REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO LXXXIII

BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"
1956

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y Dignatarios de la misma

SALA PLENA

Dr. LUIS FELIPE LATORRE, U., Presidente.
Dr. JOSE J. GOMEZ R., Vicepresidente.
Secretario: Dr. ERNESTO MELENDRO L.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. MANUEL BARRERA PARRA, Presidente.
Dr. ERNESTO MELENDRO L. Secretario.
Magistrado Dr. MANUEL BARRERA PARRA
Magistrado Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA
Magistrado Dr. IGNACIO GOMEZ POSSE
Magistrado Dr. JOSE J. GOMEZ R.
Magistrado Dr. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
Magistrado Dr. LUIS FELIPE LATORRE
Magistrado Dr. JULIO PARDO DAVILA
Magistrado Dr. JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ

SALA DE CASACION PENAL

Dr. DOMINGO SARASTY, Presidente.
Dr. JOSE AMADEO REY, Secretario.
Magistrado Dr. JESUS ESTRADA MONSALVE
Magistrado Dr. RICARDO JORDAN JIMENEZ
Magistrado Dr. DOMINGO SARASTY M.
Magistrado Dr. LUIS ZAFRA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrado Dr. MANUEL BUENAHORA
Magistrado Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN
Magistrado Dr. ROBERTO GOENAGA
Magistrado Dr. CAMILO RINCON LARA

Relator: Dr. JULIO J. BENETTI SALGAR

JUNIO de 1956

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIII - BOGOTA, COLOMBIA, JUNIO DE 1956 - NUMERO 2169

REDUCCION DEL TERMINO DE LAS PRESCRIPCIONES TREINTENARIAS

LEY 50 DE 1936 SOBRE PRESCRIPCION Y NULIDADES CIVILES

Por haber sido autor del proyecto de ley que vino a ser la 50 de 1936 "sobre prescripciones civiles", proyecto en cuya presentación y defensa en la Cámara de Representantes me acompañó el distinguido jurista doctor Darío Echandía, a la sazón Ministro de Gobierno, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución, he considerado oportuno y conveniente reproducir hoy 17 de junio de 1956 la historia fidedigna del establecimiento de dicha ley, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, esa historia es una valioso elemento ilustrativo para la fiel interpretación de aquella y para la justificación de la reforma.

En segundo lugar expondré las razones por qué esta fecha tiene la trascendencia de ser la de plena operancia de la mencionada ley.

— I —

Historia de la Ley

El proyecto primitivo no constaba sino de un solo artículo del siguiente tenor:

"**Artículo único.** — Redúcese a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc".

Exposición de motivos

del proyecto de ley "sobre prescripciones civiles".

Honorables Representantes:

La apertura reciente del Banco Central Hipotecario, el Instituto de crédito raíz llamado a desempeñar en el futuro la más trascendental función económica, ha venido a actualizar un debate que se planteó en 1928, cuando formulé, entre otros, un proyecto de ley encaminado a reducir a veinte años el término de todas las prescripciones civiles treintenarias.

Ese proyecto, fruto de buena experiencia como Abogado del Banco Agrícola Hipotecario, fue llevado al Congreso por el Senador doctor Francisco J. Chaux, defendido magistralmente por él, pero derrotado por el temor que inspira toda reforma de alguna magnitud en el estatuto sustantivo, que todavía consideramos intocable, sin recordar que más de una revolución institucional

se ha realizado en todos los pueblos, desde Justiniano hasta hoy, y que la vida contemporánea no se puede regir con los textos romanos.

En justificación de la reforma había expuesto yo lo siguiente:

. . . . . .

Todos los bancos exigen para aceptar en garantía de los préstamos hipotecarios el inmueble ofrecido, una titulación corriente en treinta años; y ese requisito se justifica de sobra al considerar que la ley ha establecido ese término para la prescripción de muchas acciones que pueden afectar el dominio del actual poseedor; la de petición de herencia que se puede ejercitar por herederos desconocidos en el momento de efectuar la operación de crédito; la de los censos, las de nulidades absolutas apoyadas casi siempre en motivos ocultos, y que, sin embargo, perjudican a terceros de buena o de mala fe; las de muchas nulidades relativas que, no obstante ser su duración nada más que de cuatro años, éstos se convierten casi siempre en quince, veinte o treinta, porque no empiezan a correr (cuando el vicio nace de la incapacidad de una persona), sino al cesar esa incapacidad (como en el caso muy frecuente de enajenación de inmuebles de mujer casada, sin licencia judicial). La misma acción reivindicatoria puede prosperar contra título inscrito de más de diez años; porque las prescripciones ordinarias alegables por el poseedor regular pueden haberse suspendido, y esa posesión también es susceptible de interrupciones, naturales o civiles.

Si pudieran reducirse esas prescripciones treintenarias a los veinte años, que para la acción judicial ordinaria fija el artículo 2536 del Código Civil, sería posible extender en proporción enorme el beneficio del crédito; pues multitud de propietarios que llevan veinticinco o más años de posesión continua y tranquila, con títulos perfectos de ese tiempo, ven rechazadas sus solicitudes de préstamo, por no serles factible encontrar documentación anterior que complete los treinta años requeridos. Y resulta que en tal caso se encuentra el 50 por 100 de los peticionarios, porque son muchísimas las causas de aquella deficiencia: descuido e ignorancia apuntados ya, los defectos en el Registro y la ineptitud de los Registradores, que impiden establecer y declarar la tradición del dominio o la libertad de las fincas; la destrucción de archivos por incendios, guerras, etc. (como ocurre en los Circuitos de Tocaima y La Palma (Cundinamarca), donde no se encuentran libros, sino de los veinte o veinticinco últimos años); de manera que aun existiendo por parte del dueño el convencimiento de la correcta tradición de su propiedad en sesenta años, no la puede acreditar en treinta...

El doctor Ricardo Hinestrosa Daza, ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de 1928, * cuando ante esa ilustre corporación expuse aquellas ideas y presenté el proyecto en referencia, dijo:

"La reducción a veinte años de los treinta que señala nuestra ley para ciertas prescripciones puede parecer a primera vista revolucionaria. Un momento de reflexión indica que el calificativo sería excesivo y presuntuoso. Trátase simplemente de acomodar nuestra ley a las exigencias imperativas del actual momento de nuestro país y del mundo.

"Conservamos la misma medida antigua, cual si aún el máximum de velocidad fuese la del atleticense que rindió su jornada y su vida al anunciar a su patria la derrota del gran rey, o la de los vélites, a lo largo de las vías con que Roma ciñó su imperio, al son de sus tambores de conquista y de triunfo. Y así medimos hoy cuando ese paso es el de la simbólica testuza ante el raudo vuelo con que en instantes se salvan los océanos y se atraviesan los continentes.

"Lo que pudiéramos llamar valorización creciente del minuto, impone plazos menos dilatados; y no sólo para la aludida prescripción, sino proporciones guardadas para las demás y para otros términos legales.

"Todavía nuestra ley procedimental computa el día a razón de dos miriámetros. Habrá algo más anacrónico? Habrá un símbolo que pregone con mayor claridad nuestra vetustez legislativa?..."

La Comisión que en el Senado estudió el proyecto para segundo debate, expresó el siguiente concepto:

"...Estimamos conveniente esta disminución del término de la prescripción para nuestro país, porque la experiencia ha demostrado que veinte años es un término más que suficiente para que se purgue todo vicio, y para que el poseedor de buena fe considere su derecho de dominio saneado, pudiendo aceptarse por terceros como garantía hipotecaria para respaldar una obligación principal, y en general, porque pasado ese término, más que suficiente, para que se puedan ejercitar las acciones ordinarias que reconoce la ley si no se han ejercitado es porque efectivamente no hay causa justificativa para que no se estabi-

* Es decir, hace cerca de 30 años.

lice en forma incontrovertible e irrevocable un derecho..."

Y el doctor Chanx, al discutirse en el Senado el proyecto de ley cuyo artículo 1º contenía la reforma de que se trata, hizo la siguiente brillantísima exposición:

"...La misma necesidad de adaptarse al moderno ejercicio del derecho de dominio, amoldándolo al uso que en el día se hace de la propiedad, ha informado este artículo 1º que reduce a veinte años los treinta exigidos por la prescripción extraordinaria.

"Dije ya, cuando se comenzó el segundo debate de este asunto, que el lapso más o menos prolongado es un mero accidente en la tesis de la prescripción, que ha sido debatida jurídica, filosófica y teológicamente, saliendo triunfante en todas las pruebas escolares a que ha sido sometida.

"Por qué se señalaron treinta años como período de las prescripciones extraordinarias?

"Esta fijación viene de las épocas en que primaba un concepto absolutamente individualista de la propiedad. Son las mismas épocas en que ese concepto imponía la defensa del dominio contra los riesgos de la noticia lenta, incierta y aleatoria; contra los riesgos que provenían de la misma extensión de los fundos, que solían ser totalmente desconocidos de su propio dueño, o al menos desconocido en sus partes más extensas y remotas; contra los riesgos provenientes de la amplia zona de jurisdicción de los Jueces o del escaso número de abogados que pudiesen patrocinar con honradez y acierto los intereses de los asociados.

"Partía el dueño del latifundio a navegar por mares desconocidos, a guerrear en lejanas tierras o a conquistar países nuevos; caía prisionero de piratas o de ejércitos vencedores, y vivía años tras años en servidumbre o sepultado en algún calabozo o atado a una galera. Algún emisario llevaba o traía las noticias un recado verbal o llevaba o traía el pergamino escrito con graves dificultades y en largo tiempo, y en el cual, por las costumbres de la época, apenas daba lugar a la información importante de la necesidad de extenderse ceremoniosamente en saludos y cortesías. El viaje de buque vela fue siempre incierto: el viaje a través de la tierra estuvo siempre amenazado de mil maneras, haciendolo contingente la fatiga de las bestias, el asalto de las bandas de foragidos, la voluntad de los amos de todas partes y el perpetuo guerrear de los hombres.

"Hoy sucede cosa distinta: el vapor, el correo preciso, el cable, el telégrafo, el teléfono y el inalámbrico; la velocidad eficaz del avión, del automóvil y del ferrocarril, han eliminado las distancias y modificado en absoluto la antigua noción de viaje personal y de la transmisión de noticias

"Cada población, siquiera de mediana importancia, cuenta con el inmediato servicio de un Juez; la jurisprudencia se ha simplificado, y las universidades extienden el ejercicio honesto de la abogacía, de manera que todo asociado puede fácilmente defender su derecho.

"La población aumenta y se riega por todas partes y la propiedad se subdivide, de manera que no quedan ya las inmensas zonas solitarias en que era posible la posesión de tercero en algunos lotes, sin que llegase a oídos del dueño la noticia de tal hecho.

"Cuando unos viajeros que hace pocas semanas cayeron en el Polo, no pasaron más de una semana sin entrar en comunicación con el mundo civilizado, ni pasaron más de sesenta días fuera de sus hogares, no es posible suponer que ya en estos tiempos, dueño alguno esté en circunstancias de ignorar durante veinte años que otro asociado posee como dueño y señor su propiedad, y no pudiéndolo ignorar, no es posible suponer tampoco que se halle en imposibilidad de defenderse.

"Si alguien se halla en esas circunstancias, es porque tiene abandonada su propiedad, y la sociedad no puede hacerse cargo de la defensa de un dominio teórico e inútil, cuando el concepto mismo de la propiedad se ha modificado, puesto que de ella deben derivar beneficio conjuntamente, y aun dentro de una escuela todavía individualista, tanto el individuo como la comunidad. La sociedad tiene que amparar eficazmente al poseedor que trabaja, y con su labor hace productiva la tierra en provecho propio y con provecho social. Entre el dueño que abandona y el poseedor que cultiva, la sociedad no puede vacilar, pues en el actual movimiento humano, con el beneficio público que hoy tiene que exigir el Estado de cada lote de tierra, no puede seguirse llevando el reconocimiento del dominio hasta el amparo irrestricto del dominio inútil.

"Soy partidario del sistema del reconocimiento de la propiedad individual, pero de la propiedad individual que beneficie a la familia humana, no de la propiedad que, sacando un bien del uso comercial a que está destinado, lo convierta en cosa improductiva, en desierto legal, en bien de manos muertas.

"Es preciso tener en cuenta que el amparo primitivo u original que presta la ley es para el poseedor, y que la institución del dominio no es jurídica y filosóficamente sino una forma, una manera de amparar la posesión para bien directo del individuo e indirecto de la comunidad.

"Lo que beneficia a la sociedad no es el dominio como derecho, sino el trabajo como hecho; el dominio se instituyó por cuanto en el estado actual de la humanidad es un medio eficaz y quizá un medio único para estimular la labor humana, para decidir al hombre al trabajo. Se comprende mejor el sentido de esta tesis y el fundamento que tiene en la naturaleza misma de las cosas, si se consideran dos situaciones: la de un país en que bajo el amparo de la ley de dominio individual ningún dueño de tierras las trabajara ni dejara trabajar de nadie, y la de un país en que los asociados, desconociendo el dominio individual y prescindiendo de esa noción, pudieran y quisieran dedicarse al trabajo de la tierrra.

"Lo primero sería la miseria; lo segundo, sería el enriquecimiento y el bienestar. Los acaparadores de tierra, y entiendo por acaparadores únicamente a quienes mantienen bajo su dominio mayores extensiones de las que racionalmente pueden pensar en cultivar, han sido los elementos sociales que más han contribuído a marcar la necesidad de renovación en los conceptos del dominio de la tierra. Si nadie pudiese ser dueño sino del lote de tierra que alcanza a trabajar, nadie discutiría los beneficios del dominio de la tierra.

"Todas las sociedades aspiran hoy a la renovación. La colombiana ha hecho ya conquistas tan memorables como la contenida en los artículos 33 y 34 de la Ley 74 de 1926, que dicen:

'Artículo 33 — El Gobierno puede comprar las extensiones mayores de quinientas hectáreas que estén situadas cerca de los grandes centros de consumo, para luego venderlas a precio de costo, en pequeños lotes, que no pasarán de cincuenta hectáreas.

'Parágrafo. — Las compras pueden hacerse por medio del Banco Agrícola. En las ventas puede exigirse una pequeña cuota al contado, que no pase de quince por ciento (15 por 100), y el resto con los mismos plazos y condiciones establecidos por el Banco.

'Artículo 34 — Si se presentaren una o varias extensiones de tierra sin cultivo, o realizado éste por arrendatarios en gran parte, y que pase de mil hectáreas cada lote, que sean próximos, a juicio del Gobierno, a los grandes centros urbanos del país, y no pudiere comprarse porque su dueño o sus dueños le pongan un precio excesivo, o por cualquiera otra circunstancia, podrá ser expropiado de acuerdo con la ley, previo concepto favorable de tres de los agrónomos del Ministerio.

'Parágrafo. — Para este efecto se declara de utilidad pública la adquisición de las tierras que se hallen en esas condiciones.

"Los artículos 4º y siguientes de la ley 80 de 1927 explanan estos principios.

"Recientemente miembros de la mayoría del Senado han traído al debate un proyecto de ley que reduce a un año el término para que los cultivadores de tierra ajena que entraron a ella y la tuvieron sin reconocer dominio ajeno, se hagan dueños del suelo donde han puesto sus energías en servicio propio y en servicio de la sociedad.

"Entre las objeciones que he oído contra el proyecto que se discute, y sobre las cuales he de volver una vez que haya oído el concepto de los señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, hay una a que debo aludir para terminar esta larga y fatigosa exposición: si se reduce a veinte años el término de prescripción extraordinaria, se dice, podrá prescribirse contra un menor, antes de que llegue a la mayor edad. Aparentemente tiene fuerza la objeción. Pero sólo aparentemente. Ese argumento no es jurídico, sino sentimental y artificioso.

"En efecto: la ley le da a los menores absoluta protección legal por medio de la patria potestad o de la tutela y curaduría.

"Toca al representante legal del menor interrumpir las prescripciones que puedan lesionar su peculio. Además nunca debería prescribirse contra las personas jurídicas o contra las parcialidades de indígenas, que están perfectamente asimiladas a menores o sometidas a la representación legal de una persona natural.

"Pero hay un argumento mayor si el representante legal de un menor deja pasar hoy veinte años sin exigir el pago de un crédito existente a favor del menor; y que valga cien mil pesos ($ 100.000.00), se consumará la prescripción; si deja pasar el mismo tiempo sin reclamar un lote de terreno que vale solamente cien pesos ($ 100), no se consumará la prescripción. En qué favorece al menor este orden de cosas? En nada. Luego al establecerse las reglas actuales de prescripción no se ha tenido en cuenta, fundamentalmente, el beneficio de los menores de edad, puesto que para ello debió atenderse al valor comercial y no a la calidad jurídica del bien perteneciente al menor, para ampliar o restringir el plazo de la prescripción..."

Algunas legislaciones, como la mexicana (Ley de Crédito Agrícola de 1926), permiten la inscripción en firme de la propiedad, mediante cierto procedimiento judicial, cuando ha habido una posesión quieta, continua, y pública, de más de veinte años; o quieta, continua, pública y de buena fe, por más de diez años; o quieta, pública, de buena fe y con justo título, por más de cinco años."

El notable expositor italiano D' Aguanno, en su obra La Reforma Integral de la Legislación Civil, dice:

"...Mayores reformas necesita la institución de la propiedad. El legislador, reconociendo toda la importancia social de la misma, debe favorecer su comerciabilidad, acortando el plazo para la prescripción, movilizando la posesión inmueble, reorganizando completamente el régimen hipotecario..."

Y no es D'Aguanno el único tratadista que en Italia sostiene la reforma encaminada a reducir el plazo de la prescripción, porque en ese país acaban de elaborar un proyecto de ley en tal sentido; y Le Temps, de París, en uno de los números de mediados de marzo de 1932, hace el elogio de tal proyecto en los términos siguientes:

"...El Consejo de Ministros ha aprobado un proyecto de ley, tendiente a la reducción del plazo de la prescripción legal. Según este proyecto, la prescripción treintenaria ordinaria será reducida a diez años, y la prescripción de diez años, o sea la adquisitiva inmobiliaria, en el caso en que existan las condiciones esenciales de buena fe y títulos regularmente inscritos, se reducirá a cinco años.

"La reducción es de aplicación general; sin embargo, se considera conveniente mencionar de modo expreso los casos en que podría haber lugar a controversia doctrinaria, para saber si se trata realmente de prescripción.

"El proyecto se justifica por la consideración de que la prescripción treintenaria, que no es sino una herencia del Derecho Romano de la decadencia, no se conforma con las comunicaciones y con el ritmo acelerado de la vida moderna y que los derechos reales no pueden soportar por más tiempo una fulela tan prolongada.

"Por otra parte, una prescripción de treinta años es extremadamente perjudicial para las operaciones concernientes a los predios y para las operaciones de crédito raíz pues constituye una traba muy seria para el crédito".

He procurado acumular en esta exposición valiosísimas opiniones y razones ajenas, para desvanecer la sospecha de que el proyecto de que se trata está inspirado tan sólo en una idea empírica de mi parte, y para que se vea que si la Roma actual no se cree obligada a regirse irreductiblemente con el Derecho de la Roma antigua, no parece justo que la República de Colombia sí deba mantener petrificadas sus instituciones, porque eran las que tenían los romanos.

Por último, me limito por hoy a volver sobre el reparo de mayor mérito aparente que se le ha hecho al proyecto: el de que implica un peligro para los intereses de los incapaces.

Ese supuesto peligro es, de un lado, puramente teórico, y de otro, si alguno existe, no es inferior al que la reglamentación vigente puede acarrear.

En efecto: al incapaz propietario nunca le falta (como sí le falta al que carece de toda fortuna), un representante que haga valer sus derechos, y no les falta, porque la administración de bienes es remunerada, y esto constituye suficiente estímulo para ejercer la representación.

Y aunque eso no fuera así, resulta, como lo observa el doctor Chaux, que no se justifica el plazo de treinta años para prescribir un predio de $ 100, bastando veinte para extinguir un crédito, hasta hipotecario, que valga $ 100.000.

Por otra parte, el peligro que se teme también se podría aducir en contra de la legislación actual, pues el artículo 2532 del Código Civil dice: "...El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de treinta años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2530".

Y esas personas son: los menores, los dementes los sordomudos y todos los que estén bajo la patria potestad, paterna o marital, o bajo tutela o curaduría, y la herencia yacente.

Ahora bien: al demente o al idiota congénitos, que no gozan ni gozarán nunca de la razón, de nada les serviría el lapso de treinta años para defenderse, si no se presume que tienen su representante que los defienda.

Otro tanto pasa con los menores en ciertos casos: cuando transcurridos doce o quince años del lapso de prescripción contra un capaz, muere éste dejando herederos menores, la prescripción no se suspende, y al consumarse ésta, es posible que esos incapaces no hayan llegado a la mayor edad,

[1] El nuevo Código Civil de México, expedido a fines de 1928, incorporó al derecho común esas nociones y en su artículo 1152 estableció un término de cinco años para la prescripción ordinaria y de diez para la extraordinaria.

sin que tal circunstancia haya sido invocada para atacar el estatuto de la prescripción.
Luis F. Latorre U. - Darío Echandía.

INFORME DE LA COMISION DE LA CAMARA

"Honorables Representantes:

"Hemos estudiado, con la atención que se merece, el proyecto de ley "sobre prescripciones civiles", que a la honorable Cámara presentaron el distinguido jurista doctor Luis Felipe Latorre y el señor Ministro de Gobierno.

"Las razones que contiene la exposición de motivos desvanecen cualquiera duda sobre la conveniencia de esa innovación, que por sí sola se apodera del espíritu a poco meditar.

"El único reato que pudiera quedar sería el de reducir el plazo en el cual se consolida un derecho surgido por vías antisociales; esta consideración y la de que en el hecho y en la doctrina se relaciona íntimamente con la prescripción extraordinaria todo lo atañedero con las nulidades, determinaron a vuestra comisión a acoger el artículo nuevo propuesto por el honorable Representante Sarmiento Alarcón, con la siguiente exposición de motivos:

"El artículo que propongo cambia sustancialmente el sistema colombiano de las nulidades absolutas, ya que, de un lado, conserva la facultad que tienen los jueces para declarar nulo el acto y el Ministerio Público para atacarlo, y además concede acción a todo el que tenga interés en ello, incluyendo a quien ha ejecutado el acto o contrato nulo, para recurrir a la justicia a fin de que se destruyan los efectos de lo aparente.

"Nada diferente de una apreciación más clásica que acertada justifica el sistema colombiano, distinto del consagrado en las legislaciones modernas.

"En la realidad, debe tenerse presente que la llamada presunción de conocimiento de la ley, en la cual descansa el orden jurídico, no es filosóficamente una presunción sino una ficción, ficción útil pero no presunción. Lo normal es que las personas ignoren el derecho; lo excepcional que lo conozcan. Así, sin intención dolosa, sin ánimo de violar la ley ni de burlarla, el ciudadano puede incurrir en alguna de las causales generadoras de nulidad absoluta.

"Pero aunquando así no fuera, la institución colombiana que aparenta tratar de evitar las nulidades absolutas imponiendo a la gente, a manera de pena, la falta de acción, aparenta olvidar que ese castigo para el uno genera el premio para el otro de los coautores de una sola violación de la ley.

"En la realidad la ley colombiana vigente estimula la mala fe de los más capaces en contra de la ingenuidad o de la ignorancia de los otros.

"La reforma propuesta tiende, de otro lado, a consagrar en norma cierta y estable lo que ya la jurisprudencia colombiana —que no puede ser tachada de audaz ni innovadora— comienza a reconocer. Comienza a reconocer, en forma injurídica, en forma vacilante, en algunos casos. Todos sabemos que sin antecedente alguno en la doctrina y sí con violación del principio de la continuidad jurídica que hace que el causahabiente tenga que ser considerado como prolongación de la persona del causante, acaso con menos obligaciones pero en todo evento con superiores derechos, la Corte Suprema de Justicia ha concedido acción de nulidad absoluta al heredero y, en novísima jurisprudencia, al acreedor. Es deber de la ley amoldarse a las necesidades de la justicia para que los órganos jurisdiccionales no se vean precisados a contrariar la norma jurídica para buscar el equilibrio social imperfectamente resguardado por falta de evolución del derecho positivo.

"Conviene anotar que en nuestro Derecho Civil no es necesario consagrar, como reza el inciso 2º del artículo 18 del Código Suizo de las obligaciones que, el deudor no podrá oponer la excepción de simulación contra el tercero que haya resultado acreedor sobre la fe de un reconocimiento escrito de la deuda, ni principio similar alguno para proteger a terceros, ya que los artículos 1547 y 1548 del Código Civil les prestan suficiente amparo.

"No podría tacharse de audaz a una reforma que abre amplio camino a un fin que hoy mismo puede conseguirse. En realidad no es aventurado pensar que un abogado de mediana capacidad puede lograr que un Juez consciente de su misión social decrete una nulidad absoluta si se enuncian y prueban los hechos que la generaron.

"Como lo dice el artículo 1741 del Código Civil, además del objeto o de la causa ilícita, generan nulidad absoluta 'la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos', y la absoluta incapacidad del autor o de alguna de las partes.

"Lo primero podría considerarse como determinante más de inexistencia que de nulidad. Si falta una solemnidad, el acto no tiene vida. Pro-

cederte es, pues, permitir que se llegue a un fin perseguido por caminos extralegales pero no contrarios al bien público.

"Son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (artículo 1504 del Código Civil). No se ve el inconveniente, para que si por el simple transcurso del tiempo, por un tratamiento médico terminan las causales de incapacidad, puedan las personas, ya en la plenitud de su individualidad jurídica, con total capacidad para ejecutar o celebrar actos legales, ratificar lo hecho, cuando la revalidación puede convenirles y en todo caso es más útil que la incertidumbre. Por eso, se permite que en estos casos la nulidad pueda ser saneada.

"Para terminar, invocamos las siguientes autorizadas opiniones de los comentarios del mismo sistema jurídico:

"Colin y Capitant, comentadores del Código Civil francés, dicen:

'Todo interesado puede hacer constar la nulidad absoluta de un acto. Por el contrario, el derecho de intentar la acción o de oponer la excepción de nulidad relativa, no pertenece más que a las personas a las que la ley concede este derecho para defenderles contra el daño injusto que el acto les causa. Por ejemplo, un menor adquiere un inmueble sin estar autorizado o representado por su tutor; puede pedir al menor la anulación de la venta, pero no tiene este derecho el vendedor (artículo 1125). Por esto se designa a la anulación con el nombre de nulidad relativa'.

"El doctor Rodríguez Piñeres, comentador del Código Civil Colombiano, se expresa así al hablar de la nulidad absoluta:

'...3º - - No puede alegarse por el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Este principio, que no rige para la nulidad del matrimonio, no lo encontramos fundado, puesto que si la ejecución de actos nulos viola el orden público, no se comprende por qué se cierra un camino que impida su restablecimiento, fuera de que por medio de la prohibición referida se aprovecha de los efectos del acto nulo una de las partes, a la que no es justo favorecer de tal manera'.

"Esta adición, que vuestra comisión acepta, impone el cambio del título. En consecuencia, os proponemos:

"Dése segundo debate al proyecto de ley 'sobre prescripciones civiles', con las modificaciones que en pliego aparte se consignan".

"Vuestra Comisión X. Legislación Civil.

Ricardo Sarmiento Ahumón. — E. Abad Mesa — Eduardo Bossa. — Pedro Alonso Jaimes. Pedro Lozano y Lozano. — Jorge López Posada. — Alfonso Romero Aguirre".

INFORME DE LA COMISION DEL SENADO

Honorables Senadores:

Objeto del más detenido y atento estudio ha sido para vuestra Comisión de Legislación Civil, el muy importante proyecto de ley "sobre prescripciones y nulidades civiles", aprobado por la honorable Cámara de Representantes en sus tres debates constitucionales y como resultado de ese estudio, tenemos el honor de rendiros el informe correspondiente.

Dos trascendentales reformas plantea el proyecto a que nos referimos, ambas de innegable importancia, de manifiesta conveniencia y de provechosa utilidad para el progreso de nuestras instituciones civiles. Se encamina la primera de ellas a reducir a veinte años el término para la prescripción extraordinaria, tanto adquisitiva como liberatoria, que nuestro Código Civil fija en treinta años. La segunda se endereza a determinar nuevos efectos a la nulidad absoluta de los actos y contratos.

Aun cuando tanto la una como la otra de las dos reformas que propone el proyecto entrañan cuestiones de una claridad tal, que no exigen mayores argumentos para fijar su alcance, a lo que se agrega que en la exposición de motivos y en el informe de la Comisión de Legislación Civil de la honorable Cámara están consignadas las razones que sustentan ampliamente el proyecto, queremos exponer algunas más, en el deseo de contribuír a apoyar las reformas propuestas.

Es un principio cardinal de Derecho Público que la legislación de un país debe ser el trasunto de conjunto de circunstancias determinantes de su desarrollo en todos los órdenes de la actividad social, y, en tal virtud, aquella debe ir acomodándose a cada una de las etapas o grados de cultura que marcan el perfeccionamiento progresivo de sus instituciones. De acuerdo con este principio que va fijando los nuevos postulados del Derecho y orientando su evolución a través de los tiempos, es incuestionable que la prescripción como modo de adquirir el dominio y como medio de extinguir las acciones judiciales para consolidar los derechos, debe adaptarse a la realidad so-

lombiana, determinada por una situación que es la culminación del avance palpable y progresivo del país. Los medios de comunicación, el desarrollo del crédito, el mejoramiento en la organización y el procedimiento judiciales y muchos otros factores, de innegable mayor eficiencia en la actualidad, brindan mayores medios para facilitar las relaciones de la comunidad social y, especialmente, para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. De ahí que la reducción del término para la prescripción extraordinaria que el proyecto propone no es, en esencia, otra cosa que la adaptación del Derecho Colombiano al grado actual de evolución que ha alcanzado el país. La prescripción treintenaria tuvo su explicación y su plena justificación en otras épocas en que el intercambio en las relaciones de todo orden y los medios de comunicación eran tan deficientes, que no podía presumirse el verdadero abandono de un derecho cuando el titular no ejercía en un tiempo relativamente restringido las facultades emanadas de él; pero en la actualidad, un plazo demasiado amplio para la prescripción, no respondería evidentemente a las necesidades colombianas y bien podría considerarse como un verdadero anacronismo en nuestras instituciones.

Otro aspecto de la reforma a que nos referimos y que no debe perderse de vista al estudiar el término de la prescripción, es que una de las razones fundamentales por las cuales se consagra esta institución como uno de los modos de adquirir el dominio o como medio de extinguir las acciones, ha sido en todas las legislaciones, la de que el orden público y el interés social exigen la consolidación de las situaciones creadas, como fuentes generadoras del derecho. A este respecto dice Colin y Capitant:

"El fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, cabe presumir que su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución sería muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana. Por último, la prescripción dispensa a los deudores que han cumplido su obligación, del cuidado de conservar indefinidamente los recibos".

Al analizar esta cuestión, no puede perderse de vista que en un país en donde la movilización de la propiedad es muy lenta, su progreso se retarda también y es indudable que el establecimiento de términos demasiado amplios para la consumación de la prescripción, conduce al estancamiento de las mutaciones del dominio y, consiguientemente, a dilatar el desarrollo económico de la Nación.

Comentando el texto francés que, como nuestro Código Civil, consagra también la prescripción treintenaria, dicen los mismos expositores citados:

"El plazo de treinta años está hoy día considerado por muchos autores como demasiado largo y se ha pedido algunas veces su limitación a diez o veinte años. Se invoca la actual 'movilidad de la gente y de las cosas', que hace muy difícil después de muchos años, que un deudor encuentre en caso de necesidad la prueba de su liberación, y, con mayor razón, la prueba de la liberación de las personas a que ha sucedido".

Otra faz que no debe pasarse inadvertida al estudiar la cuestión relativa al plazo de la prescripción extraordinaria, es la de la unificación que establece la reforma tanto para la prescripción adquisitiva como para la liberatoria, que tienen términos diferentes en la actual legislación, sin que existan motivos que justifiquen, siquiera sea teóricamente, esa diversidad en el tiempo requerido para su consumación, así, por ejemplo, para la extinción de las acciones ordinarias, consagra el Código Civil (artículo 2536), veinte años: pero en contraposición a esta regla general, establece treinta años para la prescripción de la acción reivindicatoria de inmuebles y para la de petición de herencia, ya que, respecto de la primera, rige el precepto de que "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho" (artículo 2538), y en cuanto a la segunda, la disposición especial que regula el ejercicio de esa acción (artículo 1326).

Contra la prescripción de veinte años se opone el argumento de que corriendo, como corre, contra toda persona, podría llegar a consumarse contra un menor, antes de que llegara a tener su capacidad civil plena por mayoridad; pero tal argumento queda desvanecido al considerar, como muy bien lo observa el autor del proyecto en la exposición de motivos, que bajo el régimen de prescripción treintenaria que existe en la actualidad también puede ocurrir el mismo caso, no respecto de los menores, pero sí en relación con los demás incapaces, como el demente o el sordomudo, por ejemplo, cuyo período de incapacidad no tiene duración definida, o como las corpora-

ciones de derecho público y las demás personas jurídicas, asimiladas, en cuanto a la nulidad de sus actos y contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría, y cuya incapacidad sui generis es permanente. A esto debe agregarse que teniendo todos los incapaces su representante legal, no puede presumirse que la acción no haya podido ser ejercida por causa de la circunstancia de incapacidad.

Refiriéndonos ahora a la reforma, por su aspecto relativo a los efectos de la nulidad absoluta, la enmienda propuesta tiene un alcance bien definido. En este punto viene a restaurar, con pocas variaciones, el principio que ya había sido acogido por la legislación colombiana, como base de la modificación consagrada en el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, que atemperaba el principio rígido en que se apoya el régimen actual y conforme al cual la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, en ningún caso.

No obstante la importancia que entrañaba la enmienda consagrada en la Ley 153 citada, que, como hemos dicho, marcaba una reacción contra la regla absoluta del Código Civil, aquella no tuvo larga subsistencia, habiendo quedado abolida por la Ley 95 de 1890 cuyo artículo 15, actualmente en vigencia, restableció íntegramente los efectos de la primitiva disposición del Código.

La nueva norma que propone el proyecto, repetimos, revive el principio que inspiró la reforma de 1887, limitando el alcance extremista de la disposición imperante y acomodando, al mismo tiempo, el nuevo régimen, a las doctrinas que la jurisprudencia nacional ha consagrado como más acordes con los principios reguladores del derecho en materia de nulidad absoluta.

La nueva disposición que contiene el proyecto establece dos modificaciones al principio vigente: la una encaminada a abolir la restricción que, tanto el Código Civil como las leyes reformatorias de 1887 y 1890 citadas, establecían para la acción de nulidad en contra de quien ejecutó el acto o celebró el contrato nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y la otra enderezada a restablecer la ratificación de las partes como medio de sanear los actos y contratos afectados de nulidad, salvo los casos en que ésta tenga origen en objeto o causa ilícitos, tal como lo establecía la reforma de 1887, a que nos hemos referido.

En cuanto a la primera faz de la enmienda propuesta, cabe observar que la restricción establecida como sanción para quien ejecutó el acto o celebró el contrato, a sabiendas del vicio que lo invalidaba, no tiene razón de ser si considera que la institución de la nulidad se basa en principios de orden público y que en el interés de ese orden está el que no subsistan situaciones jurídicas originadas por el quebrantamiento del régimen legal establecido. A este respecto debemos observar que otras legislaciones, entre ellas la francesa, no establecen la excepción que consagra nuestro estatuto civil, refiriéndose a lo personería para impetrar la nulidad absoluta, de acuerdo con el Derecho francés, dicen Colin y Capitant:

"Toda persona que tiene interés en prevalerse contra una nulidad de este género, puede invocarla antes los tribunales de justicia, ya bajo la forma de acción ya bajo la forma de excepción. Así, si se trata de un contrato, los dos contratantes y los terceros pueden invocar la nulidad. Por ejemplo, una persona dona una casa por documento privado en contra de lo que dispone el artículo 931 del Código Civil, que exige escritura notarial. Posteriormente vende la misma casa a otra persona que luego a posesionarse de ella. Este adquiriente, si se viera atacado por el donatario, contestaría a la demanda fundándose en la nulidad de la donación".

"Cuando un contrato está afectado de nulidad absoluta, todos los interesados pueden prevalerse de esta nulidad, es decir, en primer lugar, los contratantes y luego todos los que tengan interés en hacer constar dicha nulidad del acto, lo que comprende a todos los causahabientes de los contratantes".

Por otra parte, la prohibición no tiene sino un carácter de sanción puramente personal, habiéndose admitido por la jurisprudencia colombiana que no afecta a los herederos de los contratantes, ni a sus causahabientes, siendo, por lo tanto, sus efectos limitados y temporales. Siendo esto así, no se ve, pues, la razón para conservar esa sanción que no está acorde con los principios que rigen la nulidad absoluta, como hemos visto, y que, por otra parte, no tiene sino una aplicación muy restringida. A este respecto no debe perderse de vista que si los herederos o causahabientes pueden ejercer la acción de nulidad en relación con los actos y contratos de su causante, es porque aquélla no se extingue, sino que se suspende, ya que no se puede transmitir o transferir lo que no existe. No es lógico conservar una disposición cuyos efectos son casi ilusorios y cuyas bases no obedecen a una clara noción jurídica.

Analizando la disposición que comprende la re-

forma y buscando su fundamento en los antecedentes del Código Civil de Chile, fuente del nuestro, se llega a la conclusión de que el criterio que inspiró a los autores de aquel Código fue el de consagrar una norma menos rígida y absoluta que el alcance doctrinal que la jurisprudencia ha dado al precepto que establece la prohibición de alegar la nulidad a quien ejecutó el acto o celebró el contrato, cualquiera que sea el motivo que la haya originado. Una interpretación exacta y armónica de los textos legales, no deja duda alguna respecto a la intención de los autores del Código de Chile, en cuya estructura se modeló el estatuto colombiano, sin sustanciales modificaciones. Un ligero análisis, en busca de la "debida correspondencia y armonía", de los artículos 1.525, 1746 y 2083 del Código Civil colombiano, que señalan consecuencias irreparables a la nulidad absoluta para quien, a sabiendas del vicio que la originaba, ejecutó el acto o celebró el contrato, cuando aquélla proviene de objeto o causa ilícitos, dejando la posibilidad de la acción y la consiguiente reparación de los efectos del acto o contrato nulo a cualesquiera de las partes, en los demás casos, pone en evidencia que el propósito de los legisladores chilenos, precursores del derecho colombiano, no fue otro que el de establecer una norma jurídica de alcance más relativo que la consagrada en el texto de nuestro Código Civil y de las leyes que lo reforman. En magistral estudio sobre esta cuestión, el jurisconsulto chileno, don José Clemente Fabres, comentando el Código de su país, en la parte referente a la nulidad absoluta, dice lo siguiente, que es la confirmación de la tesis que dejamos expuesta:

"Que esta ha sido la intención del legislador y que no puede darse más alcance a su prohibición, se deduce, no sólo de la demostración precedente, con la que se evita el conflicto de la obligación que se le impone al juez de declarar la nulidad, con la prohibición de alegarla, sino también de los términos en que estaba redactado el proyecto. Allí se decía (artículo 1866): "Excepto el que ha contratado a sabiendas de la causa ilícita que vicia el contrato". En el Código se cambiaron estas expresiones, dándoseles una generalidad ilimitada, pero que no podrán comprender otra cosa más que el objeto ilícito, porque los otros vicios deben aparecer de manifiesto, y para este caso se daba al mismo tiempo la regla de que se declarase por el juez, de cuya declaración debían aprovecharse los contratantes, puesto que es absurdo suponer que se declare nulo un contrato y que se sostenga su cumplimiento.

"La interpretación que damos al artículo 1683 (1742 del Código Civil colombiano), en la parte que niega el derecho de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, guarda perfecta consonancia con las disposiciones de los artículos 1488 y 1687 (1525 y 1746 del Código Civil colombiano). En estos artículos se declara que no puede repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícitos, a sabiendas, luego es legítimo deducir a **contrario sensu**, que puede repetirse lo que se ha dado o pagado a consecuencia de un acto o contrato con nulidad producida por cualquiera de los otros dos vicios, incapacidad absoluta, o falta de formalidad o requisito peculiar, aun cuando se haya ejecutado el acto o celebrado el contrato con conocimiento del vicio. Si no fuera así, el Código habría dicho: 'No se podrá repetir lo que se haya dado o pagado por un acto o contrato nulos', y si esta regla se encontrase consignada en algún otro artículo, o hubiese querido establecerla el legislador en el artículo 1683 (1742 del Código Civil colombiano), no habría vuelto a repetir en el artículo 1687 (1746 del Código Civil colombiano), que sólo no puede recobrarse lo dado o pagado por objeto o causa ilícitos".

"Si hay derecho en aquel caso para repetir lo dado o pagado por un acto o contrato nulos, aunque se hayan ejecutado o celebrado con conocimiento del vicio, es también legítimo deducir que la única nulidad que no puede alegar el que ejecutó el acto o celebró el contrato, es la proveniente de objeto o causa ilícitos, que no aparecen de manifiesto y fueron o debieron ser conocidas por el que ejecutó el acto o celebró el contrato. La introducción es evidente: si la ley me da acción para recobrar lo dado o pagado en virtud de un contrato nulo, a fortiori me autoriza para oponerme a dar o pagar lo que se me cobra por un acto o contrato nulos. Es así que el artículo 1687 (1746 del Código Civil colombiano) confiere expresamente la acción al reembolso de lo dado o pagado por el acto-contrato nulos, sin más limitación que lo dado o pagado por objeto y causa ilícitos, y lo dado o pagado al incapaz en cuanto éste no se haya hecho más rico; luego el artículo 1683, (1742 del Código Civil colombiano), quiere decir que sólo el que ejecutó el acto o celebró el contrato con objeto o causa ilícitos, no puede oponer esta nulidad si supo o debió saber este vicio, y además no aparece de manifiesto en el acto o contrato. Inútil parece agregar que debió saber el vicio el que debió saber las leyes, o

lo que es lo mismo, que no excusa en este caso la ignorancia de la ley o el error de derecho, en conformidad con los artículos 8º y 706, inciso 4º (9º y 768 del Código colombiano).

"No hay entonces más que un defecto de redacción en el citado artículo 1683 (1742 del Código Civil colombiano), que consiste en la generalidad con que se niega el derecho de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato con conocimiento del vicio, puesto que la prohibición sólo puede referirse a uno solo de los vicios que producen la nulidad absoluta, y no comprende por consiguiente los otros dos".

Si, como lo hemos expuesto, la nulidad absoluta entraña una cuestión de orden público no debiendo subsistir, por lo tanto, las situaciones creadas al amparo de actos y contratos que la originan, y si, por otra parte, la legislación actual solo establece la prohibición de alegarla como una sanción de carácter muy relativo, por sus efectos limitados y transitorios, es incuestionable que se impone un régimen más acorde con los principios en que se apoya esa institución, cuyas normas deben constituir un sistema armónico y de consecuencias eficaces en el orden jurídico.

Esclarecido y precisado el pensamiento que guió a los autores del Código al establecer la prohibición de alegar la nulidad como sanción para quien ejecutó el acto o celebró el contrato nulo, a sabiendas, sólo tenemos que agregar que fundándose esa prohibición en la norma de orden público de que el conocimiento de la ley se presume, es incuestionable que cuando la nulidad ha sido originado por objeto o causa ilícitos, vicios que las partes no pueden ignorar en virtud de la presunción a que se ha hecho referencia, tal sanción viene a constituir, en cierto modo, un obstáculo para la restauración del orden jurídico quebrantado por la nulidad ya que cierra a todas las partes que intervinieron en el acto o contrato el camino para restablecer la normalidad jurídica, porque sobre todas ellas recae la sanción, como conocedoras, por presunción de derecho, del vicio que acarreó la nulidad.

Refiriéndonos al otro aspecto de la reforma, en lo tocante a la cuestión de la nulidad absoluta, o sea a la prohibición de ratificar el acto o contrato nulos por las mismas partes, la enmienda tiende a restaurar un principio que rigió en nuestra legislación y conforme al cual la nulidad absoluta podía ser saneada mediante la ratificación del acto o contrato nulo por las partes, menos cuando proviniera de objeto o causa ilícitos o de incapacidad absoluta para celebrar un contrato (artículo 90 de la ley 153 de 1887), principio que hacía susceptible de saneamiento, por ratificación, los actos y contratos viciados por los demás motivos legales. La norma jurídica que consagraba este principio fue abolida para establecer la prohibición irrestricta que sobre el particular contiene la disposición que rige en la actualidad y cuyos efectos absolutos se propone modificar la reforma proyectada.

La restricción contenida en la nueva norma que establece el proyecto, conforme a la cual quedan excluídos de la ratificación de las partes los actos y contratos viciados por objeto o causa ilícitos, tiene su fundamento en los principios de orden público sobre que descansa el régimen de la nulidad absoluta. Es obvio que si conforme a esos principios no deben subsistir situaciones irregulares que afecten el orden jurídico, originadas por actos o contratos viciados, es lógico deducir que no pueden ser susceptibles de ratificación aquellos en que el motivo que los invalida es un objeto o causa ilícitos, ya que no depende de la voluntad de las partes eliminar el origen de la nulidad; pero en este orden de ideas, no ocurre lo propio en relación con los actos y contratos en que el vicio que los afecta radica en hechos o circunstancias que pueden desaparecer con el transcurso del tiempo o mediante el cumplimiento de determinadas formalidades o requisitos. Por ejemplo, el contrato celebrado por una persona absolutamente incapaz, engendra nulidad absoluta; pero no hay razón lógica para que desaparecida la incapacidad, las mismas partes no puedan darle validez, ratificándolo, del mismo modo que podrían celebrarlo de nuevo, o si la inhabilidad no ha desaparecido, mediante la intervención del representante legal del incapaz. Lo mismo ocurre respecto de un acto o contrato nulo por falta de formalidades esenciales para su validez, como la compraventa de un inmueble hecha por documento privado, cuya ratificación por las mismas partes no puede constituir motivo de excepción, ya que con ella el acto jurídico puede purgarse del vicio que lo afecta, revistiéndolo de las solemnidades de que carece. En realidad, en estos casos, la ratificación puede equipararse a un nuevo acuerdo de voluntades.

Creemos que el análisis que hemos hecho de la reforma propuesta y las razones que dejamos expuestas para demostrar su indiscutible importancia, unidos a los muy valiosos conceptos contenidos tanto en la exposición de motivos como en el informe de la honorable Cámara de Represen-

tantes, sean suficientes para que el honorable Senado le imparta su aprobación al proyecto.

Antes de terminar queremos anotar un error de simple redacción que observamos en la parte final del inciso primero del artículo segundo del proyecto, que debe corregirse, pero que por no constituir una modificación propiamente no presentamos en pliego separado, ya que puede subsanarse al sacarse en limpio el proyecto para tercer debate. Consiste en que en la parte del artículo a que nos referimos se emplea la frase 'objeto o causa ilícita', en vez de 'objeto o causa ilícitos', como debe expresarse, pues la tacha de ilicitud que prevé la disposición se refiere tanto al objeto como a la causa.

Como conclusión del estudio verificado, tenemos el honor de proponeros el siguiente proyecto de resolución:

"Dése segundo debate al proyecto de ley sobre prescripciones y nulidades civiles".

Bogotá, febrero 20 de 1936.

Honorables Senadores, vuestra Comisión.

Humberto Gómez Naranjo — Héctor José Vargas — Benjamín Gómez Duque — Demetrio Morillo — Roberto Durán Alvira — Gustavo Hernández Rodríguez — Ocilio Vargas.

LEY 50 DE 1936
Marzo 18

"sobre prescripciones y nulidades civiles"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º — Redúcese a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisita de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc.

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 ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Queda así subrogado el artículo 15 de la ley 95 de 1890.

Dada en Bogotá a trece de marzo de mil novecientos treinta y seis.

— II —

APLICACION DE LA LEY

El texto de la ley es claro, pero, en cuanto a las prescripciones iniciadas antes pero no cumplidas, su aplicación quedó subordinada a la norma del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que dice:

"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Esta regla la explica el Dr. Angarita con el siguiente aparte del mensaje con que el Presidente de Chile pasó al Congreso el proyecto de ley que consagró la misma disposición:

"Por último, en materia de prescripción el proyecto adopta un partido que si bien no se conforma rigurosamente a los principios teóricos que imperan sobre este punto, es, con todo, el que mejor armoniza las expectativas de los actuales prescribientes con los derechos de aquellos contra quienes se prescribe. Es indudable que una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. La nueva ley podría, pues, cortar el curso de sus esperanzas, prolongando o disminuyendo el plazo que la anterior exigía, o aun declarando imprescriptibles las cosas sobre que versaba la prescripción. Pero de la estricta aplicación de este principio podrían resultar inconvenientes graves. Bien podría suceder que por consideraciones personales u otros motivos ajenos a la renuncia presunta del derecho que se prescribe, el titular de este derecho hubiese dejado de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señalaba. Si antes de la expiración de este plazo una nueva ley le viniese a redimir el tiempo de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad o indulgencia de que hubiese usado para con el prescribiente. Este inconveniente queda del todo removido con el temperamento que adopta el proyecto, el cual no carece

de precedentes en la legislación de otros países que también lo han adoptado con excelentes resultados. Dándose al prescribiente la facultad de elegir entre el término señalado por la antigua ley y el que prefija la nueva, él verá por cuál de ellos más le convenga decidirse. Si prefiere la antigua ley, ninguna innovación se produciría en su condición ni en la de los derechos de la persona contra la cual está prescribiendo. Si, por el contrario, elige la nueva, ningún ataque se inferirá a los derechos de este último, desde que todos los requisitos constitutivos de la prescripción deben realizarse después de que dicha ley haya sido promulgada".

El profesor Pérez, en su conocida obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes" (pasaje 215) corrobora la misma tesis, así:

"Solamente en la hipótesis de que la ley nueva abreviase la duración de dicho término, podría encontrar alguna dificultad la aplicación de la regla antes indicada, y todos los escritores lo han reconocido así. En efecto: si en dicho supuesto se aplicase la nueva legislación a las prescripciones que ya estuvieren en curso al tiempo de su promulgación, y se considerase suficiente para el efecto de prescribir la posesión por ese período de tiempo más breve respecto de aquellas cosas para las cuales exigía la ley antigua el lapso de un término mayor, se daría el absurdo jurídico de tener que considerar completa o eficazmente terminada la prescripción si en el momento de empezar a regir dicha legislación hubiese transcurrido ya el plazo fijado por la misma, y el resultado sería que se había consolidado la propiedad en favor del prescribiente con perjuicio de aquellos dueños que tenían derecho a destruir los efectos de la prescripción por un período de tiempo mayor, según el orden de derecho existente cuando empezó a surtir efecto el hecho de la posesión.

"Para evitar este absurdo, algunos han propuesto que se considerase como no transcurrido el tiempo que se hubiere estado poseyendo en las prescripciones que se hallaren en curso al promulgarse dicha ley, y se obligara a los que quisieran prescribir a empezar de nuevo la prescripción con arreglo a la ley nueva para llevarla a cabo en el término establecido por ella. Pero entendemos que no es oportuna ni acertada esta solución, porque podría producir un inconveniente no menos grave que el que se trata de salvar, pues si faltase poco tiempo para completar el término exigido para la prescripción en la legislación antigua, vendría a aumentarse de hecho la duración del mismo, toda vez que para nada había de tenerse en cuenta la posesión anterior a la nueva ley, y había de poseerse de nuevo todo el tiempo fijado en la misma las cosas que hubieran de prescribirse.

"El mejor temperamento es, pues, el adoptado por Savigny; esto es, dejar en libertad al que quiera prescribir para terminar el lapso de la posesión con arreglo a la ley antigua, o volver a comenzarlo en armonía con los nuevos preceptos, según que uno u otro medio le fuese más ventajoso".

El legislador colombiano de 1936, encontró sólidamente fundado el principio transaccional contenido en el preinserto artículo 41 y lo acató, a sabiendas de que con él la ley 50 no operaría sino dentro de un radio muy limitado: para los que apenas iban a principiar la posesión o llevaban menos de diez años. En tal evento les resultaba mejor acogerse a la nueva ley y principiar los 20 años señalados en ella que continuar con el término anterior de 30 que les reclamaba una posesión de 21, 25 o más.

No ocurría lo mismo con el prescribiente que llevaba más de 10 años de posesión. A ese le convenía el término antiguo que de todas maneras era menor de 20 años.

Con el transcurso del tiempo el radio de acción de la ley 50 se fue ensanchando, hasta hacerse totalmente útil hoy, fecha en que ya se cumplieron los 20 años de vigencia a partir del 17 de junio de 1936, día en que se cumplieron los dos meses posteriores a la promulgación: 17 de abril anterior (Diario Oficial de esa fecha).

Otra cosa ocurrió con la ley 51 de 1943 sobre prescripción entre comuneros: estableció los 20 años de posesión (término adoptado por la ley 50 de 1936), pero disponiendo que "la prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero haya completado o complete veinte años de posesión y explotación económica, **antes** o después de la vigencia de esta ley" (inciso 3º artículo 1º).

Esta disposición fue acusada y la Corte Suprema la declaró inexequible en cuanto dijo "veinte años **antes**". (Sentencia de 2 de noviembre de 1944 Gaceta Judicial Tomo LVIII, pág. 9)

Allí se dijo:

"El artículo 1º de la Ley 50 de 1936 redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas por el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, etc., sin modificar el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, puesto que ésta contiene un principio

que es precisamente normativo de la nueva ley que modifique el término de prescripción, en relación con las ya comenzadas y todavía no consumadas al tiempo de entrar en vigencia la nueva ley.

"Así, pues, el tránsito de la legislación antigua a la nueva en materia de prescripción, de conformidad con la norma ya citada (artículo 41, Ley 153 de 1887) se hará de esta manera: las prescripciones iniciadas ya continuarán contándose por la ley antigua, a no ser que el prescribiente prefiriere la ley nueva, caso en el cual no se le puede computar el período de la posesión anterior. O en otros términos y más explicado: para que un prescribiente —antes de la Ley 51 de 1943— pudiera alegar el término de veinte años, en vez del de treinta que exigía el Código, tendría que empezar a contarlos desde 1936.

"A quien llevara diez años cabales de posesión cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1936, le era exactamente igual guiarse por el Código ante el cual le faltaban veinte años, o por esta ley, puesto que para reducir la prescripción a esta cifra tendría que comenzar su cómputo con ellas prescindiendo del tiempo anterior. Pero al poseedor que al hallarse en observancia la Ley 50 llevara una posesión de más o de menos de diez años, no le daba lo mismo elegir aquélla o ésta, porque si llevaba menos, al optar por la nueva ley ganaba la diferencia, y si llevaba más, perdía el exceso.

"Al poseedor que en 1936 tenía ya, por ejemplo, diez y ocho años de posesión, no le faltaban sino doce para completar los treinta; por consiguiente le convenía seguir con el Código porque al optar por la ley habría de comenzar con ella y completar veinte años a partir de 1936, con lo que perdería los ocho de diferencia entre veinte y doce. Y al que en 1936 no llevara sino cuatro años y a quien faltaran, por lo mismo, veintiséis para completar los treinta del Código, su conveniencia le indicaría preferir la ley dejando de lado ese tiempo anterior para abocarse a una prescripción de sólo veinte.

"Según la Ley 51 de 1943 la reducción del término para usucapir en ella establecido, produce sus efectos inmediatamente, sin una limitación transaccional —por así decirlo— como la establecida por la citada Ley de 1887 para regular el cambio de sistema.

"Claro es que, si se tratara meramente de oposición entre dos leyes, de allí no podría deducirse reparo alguno en un proceso sobre exequibilidad, en el cual la piedra del toque y obligado punto de referencia es la Constitución. Salta a la vista que, ante la potestad del legislador de dictar leyes, no cabe declarar inexequible una nueva, porque reforme o aun derogue o, en términos generales, discrepe de otra o la contradiga.

"Pero, concretando la Sala la atención como es su deber en procesos de esta clase, a la Carta Fundamental y juzgando ante ella la ley acusada, encuentra que ésta quebranta el artículo 26 de la Constitución, ya transcrito aquí, porque sacrifica el derecho de los comuneros contra quienes el que ha poseído antes de la vigencia de la ley —por veinte años— puede oponerles usucapión; de suerte que el derecho de dominio de aquéllos, que estaba amparado según el Código por un término de treinta años, queda sin protección de un momento a otro y sin advertencia defensiva o salvadora, por todo el tiempo que para los treinta años le faltara al poseedor material.

"Hasta ahora los comuneros no poseedores —materialmente hablando— por negligencia o cualquiera otra causa, confiaban en que su situación estaba respaldada por los treinta años que el Código señalaba. De manera que en cuanto no hubiere transcurrido ese término, no tenían por qué temer la pérdida de su derecho. Y según la Ley 51, súbitamente vienen a saber que ese lapso es sólo de veinte y que, por tanto, aquello que en sus cálculos entraba como integrante de su patrimonio, había sufrido un fenómeno imprevisto que los cogía desprevenidamente".

"Pero una posesión material iniciada antes de la vigencia de la Ley 51, no puede jurídicamente convertirse en veinte años, en vez de treinta que es, como ya se ha visto, el fijado por el Código Civil, sino contándolos a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, porque, en fuerza de las reflexiones precedentes en relación con el artículo 26 de la Carta Fundamental, el beneficio de usucapir en cuatro lustros no puede extenderse al que los haya completado antes. Repítese que es por extenderlo a este caso por lo que la Corte encuentra inconstitucional el artículo 1º de la Ley 51, en esa parte de su tercer inciso".

Este problema no se presentó con la ley 50 de 1936, que hoy, como atrás se dijo, cumplió los 20 años de vigencia, término igual al que señaló para todas las prescripciones extraordinarias.

Al entrar así a aplicarse la ley 50, sin discriminación ni distinción alguna para todos los casos de prescripción extraordinaria, por haberse dado total efecto al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, cuya norma se cumplió durante el tiempo

de tránsito de una legislación a otra, los certificados de la oficina de Registro sobre tradición de un inmueble para efectos judiciales, del crédito hipotecario y demás negocios sobre inmuebles, no tienen que ser ya de treinta años, sino de 20, con lo cual se facilita mucho más la movilización de la propiedad raiz.

Bogotá, 17 de junio de 1956.

Luis F. Latorre U. Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

S A L A P L E N A

LA CORTE RESUELVE QUE NO ES EL CASO DE DECIDIR SOBRE LA DEMANDA DE INEXQUIBILIDAD DEL DECRETO 2996 DE 1950 POR CUANTO LAS DISPOSICIONES ACUSADAS NO SE ENCUENTRAN VIGENTES

En el caso del Decreto 2996 de septiembre 26 de 1950, aparece que las disposiciones acusadas no rigen en la actualidad. En efecto, según lo dice el mismo decreto, el llamamiento a ejercer la Presidencia de la República allí previsto, tendrá lugar "por cuanto en la actualidad se halla vacante la designatura, y mientras el Congreso en pleno no haga la elección de Designado", es decir, que cuando el Congreso haga la elección de Designado, las disposiciones del Decreto, obviamente, dejarán de regir. Es bien sabido que el Congreso, en sesión de 30 de octubre de 1951 hizo la elección de Designado, según el Acta publicada en el número 3 de los Anales del Congreso. Además, esta materia fue reglamentada por el Acto Legislativo Nº 1 de 1954 que rige para el actual período presidencial.

Luego no se contempla en la actualidad el caso de conflicto entre una norma constitucional y la disposición de carácter legal acusada, porque ésta no tiene vigencia hoy, y en la actualidad no existe materia sobre la cual pueda fallarse, de acuerdo con constante doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena.—Bogotá, junio cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

El abogado Hermenegildo Bonilla Gómez, en ejercicio de la facultad consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional pidió, por demanda incoada el 4 de julio de 1952, que la Corte "se sirva declarar que son inexequibles los artículos 1º y 2º del decreto número 2996 de 26 de septiembre de 1950", pues considera que el citado decreto legislativo infringió los artículos 124, 125, 130 y 218 de la Carta.

El decreto legislativo número 2996 de 1950, aparece publicado en el Diario Oficial número 27422 de 27 de septiembre de 1950, lleva la firma del Presidente de la República y la de todos los Ministros, y dice así, en lo parte pertinente:

"Artículo 1º—Por cuanto en la actualidad se halla vacante la Designatura, y mientras el Congreso en pleno no haga elección de Designado, en caso de falta absoluta o temporal del Presidente de la República, ejercerán la Presidencia, de conformidad con lo que al respecto dispone el artículo 125 de la Constitución Nacional, los siguientes funcionarios en su orden: Ministro de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro de Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Guerra, Ministro de Agricultura y Ganadería, Ministro del Trabajo, Ministro de Higiene, Ministro de Comercio e Industrias, Ministro de Minas y Petróleos, Ministro de Educación, Ministro de Correos y Telégrafos, Ministro de Obras Públicas, Gobernador de Cundinamarca, Gobernador del Tolima, Gobernador de Boyacá, Gobernador de Caldas, Gobernador del Huila, Gobernador de Antioquia, Gobernador de Santander, Gobernador del Valle del Cauca, Gobernador del Chocó, Gobernador del Cauca, Gobernador del Norte de Santander, Gobernador de Nariño, Gobernador de Bolívar, Gobernador del Atlántico, Gobernador del Magdalena.

"Artículo 2º—Quedan suspendidas las disposiciones contrarias al presente decreto, el cual entrará a regir desde la fecha de su expedición.

"Comuníquese y publíquese.—Dado en Bogotá, a 26 de septiembre de 1950".

Relaciona el demandante diez y seis hechos para concluir que el decreto acusado viola las disposiciones constitucionales que relaciona en la

demanda, y las razones que da pueden resumirse así:

Que el Congreso Nacional, en agosto de 1949, reunido en pleno, eligió el Designado para ejercer la Presidencia de la República por un período de dos años, conforme a las normas establecidas por el Acto Legislativo número 1º de 1945; que el 26 de septiembre de 1950, "el Ejecutivo Nacional en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 121 de la Carta, profirió el decreto extraordinario número 2996, declarando la vacante de la Designatura.....", que dentro de tales circunstancias no existía ninguna vacante, puesto que el período de dos años citado, no se había vencido, partiendo del día de la elección del Designado, agosto de 1949, "ni el Congreso al hacer esa elección dijo que era para el resto del período en curso"; que el artículo 121 de la Carta no faculta al ejecutivo para derogar ni suspender sus disposiciones, sino únicamente para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio: que con el decreto extraordinario número 2996 acusado, se suspendieron los efectos del artículo 124 del Estatuto constitucional, y hubo marcada extralimitación de funciones.

El señor Procurador ad hoc, hizo un detenido estudio sobre la materia a la luz de las disposiciones constitucionales vigentes a la época en que rindió su concepto, y concluye diciendo: "Por todo lo anterior considero que son inexequibles los artículos 1º y 2º del decreto extraordinario número 2996 de 1950 (septiembre 26) y así debe declararlo la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia".

El concepto del señor Procurador fue presentado el 25 de marzo de 1953.

Se considera:

A la Corte le confía la Constitución la guarda y la integridad de la Carta fundamental, siempre que se presenten conflictos entre las disposiciones de ésta y las normas de carácter legal: en tales casos la Corte debe resolver si realmente la ley viola los principios consagrados por la Constitución, para declarar entonces que aquélla es inexequible y que por lo tanto no puede regir. Pero es claro que el fallo de la Corte ha de referirse a normas legales vigentes al tiempo de su pronunciamiento, pues éste "tiene interés en orden a la vigencia de las leyes en el futuro". (Sentencia de 15 de marzo de 1955, Sala Plena, GACETA JUDICIAL número 2151, pág. 653) y en sentencia de tres de marzo del mismo año, se dijo:

"...La Corte ha mantenido en forma constante la jurisprudencia 'de que no es el caso de decidir sobre exequibilidad o inexequibilidad de disposiciones acusadas que en el momento del fallo hayan dejado de regir, porque la Corte ha considerado que en tal evento no existe materia sobre la cual debe producirse el fallo'" .(G. J. número 2151, pág. 644).

En el caso que se estudia, aparece que las disposiciones del decreto acusado no rigen en la actualidad. En efecto: según lo dice el mismo decreto, el llamamiento a ejercer la Presidencia de la República allí previsto, tendrá lugar "por cuanto en la actualidad se halla vacante la designatura, y mientras el Congreso en pleno no haga elección de Designado". es decir que cuando el Congreso en pleno haga la elección de Designado, las disposiciones del Decreto, obviamente, dejarán de regir. Es bien sabido que el Congreso en pleno, en sesión del día 30 de octubre de 1951 hizo la elección de Designado, según aparece del Acta publicada en los Anales del Congreso número 3, luego por ese hecho y desde la misma fecha, ya no tenía vigencia el decreto acusado.

Además, esta materia fue reglamentada por el Acto Legislativo número 1º de 1954, que dispuso en su artículo 5º:

"Durante el próximo período presidencial, mientras no se elija nuevo Designado, o cuando el período de éste haya concluido, en caso de falta absoluta o temporal del Presidente de la República, lo reemplazará en el ejercicio de su cargo el Ministro o Gobernador a quien corresponda sucederlo, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución, y de acuerdo con el orden de precedencia indicado en el artículo 73 del Código de Régimen Político y Municipal y las disposiciones que lo adicionan y reforman; pero si la falta fuere absoluta, la Asamblea Nacional Constituyente se reunirá por derecho propio, dentro del término de treinta (30) días a partir de dicha falta, en la fecha que señale el Presidente de la Corporación, con el objeto de elegir el ciudadano que haya de ejercer la Presidencia de la República por el resto del período. En todo caso se entenderá como falta absoluta del Presidente, toda aquella que exceda de un año. Para efectos de la disposición anterior, suspéndese el artículo 127 de la Constitución".

Este acto legislativo tiene fecha 30 de julio de 1954, y rige desde esa fecha.

De suerte que durante el actual período presidencial, que según la Constitución es de cuatro años y que se vence el 7 de agosto de 1958, rigen, para el caso de falta absoluta o temporal del Presidente de la República, no las normas del Decreto Legislativo número 2996 de 1950, que dejó de regir, sino las disposiciones del artículo 5º del Acto Legislativo número 1º de 1954.

Luego no se contempla en la actualidad el caso de conflicto entre una norma constitucional y la disposición de carácter legal acusada, porque ésta no tiene vigencia hoy, y en tal virtud no existe materia sobre la cual pueda fallarse, de acuerdo con la constante doctrina de la Corte, la que no se considera que debe variarse, no obstante las respetables opiniones del señor Procurador ad-hoc, contenidas en el concepto que obra en el expediente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

RESUELVE:

No es el caso de decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad del decreto legislativo número 2396 de 26 de septiembre de 1950, propuesta por el abogado Hermenegildo Bonilla Gómez, pues las disposiciones acusadas no se encuentran vigentes.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra, Manuel Buenahora — Aníbal Cardoso Gaitán,— Jesús Estrada Monsalve — Roberto Goenaga—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez — Julio Pardo Dávila — Camilo Rincón Lara—José Joaquín Rodríguez—Luis Zafra—Juan Samper Sordo, Conjuez — El Secretario, **Ernesto Melendro J.**

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CORTE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS POR EL GOBIERNO EN ESTADO DE SITIO

1 — Después de la expedición del Acto Legislativo Número 1° de 1945, cuyo artículo 53 es el 214 de la codificación constitucional vigente, es indudable que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde en ejercicio de su jurisdicción constitucional, como guardián de la integridad de la Carta, decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias de que queda investido por la declaración del estado de sitio en la República a causa de guerra exterior o de conmoción interna. La norma citada sometió expresamente a la jurisdicción constitucional de la Corte los decretos dictados en ejercicio de las atribuciones de que trata el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella por cualquier ciudadano como violatorios del Estatuto Fundamental. En los antecedentes de la reforma constitucional de 1945 aparece muy claro el propósito del constituyente en el sentido de estatuir como nueva garantía en defensa de los derechos individuales y sociales y de la organización del Estado, la acción pública de inexequibilidad contra los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo en estado de sitio, complementándose así la responsabilidad política del Gobierno por el indebido ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Carta, con el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de tales decretos, que por declaración expresa del artículo 214 son acusables por demanda de cualquier ciudadano.

2 — En un régimen de derecho no se concibe actividad alguna del Gobierno que pueda ejercerse arbitrariamente, sin sujeción a normas constitucionales o legales, pues cualesquiera que sean la gravedad y urgencia de las situaciones que se presenten, los funcionarios del Estado sólo podrán enfrentarlas por los medios tomados del derecho preexistente y en ningún caso arrogarse poderes discrecionales que sobrepasen los que se derivan del orden jurídico constituido en la nación. Característica del Estado de Derecho, afirma Carl Schmitt, es que toda la actividad del Estado esté repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas en la ley. Un problema como el de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno en estado de sitio es, al fin y al cabo, una cuestión de competencia de los funcionarios del Estado, o sea, saber hasta dónde pueden extenderse o cuáles son sus límites dentro del contenido de la norma que las confiere. Por eso la Carta dice que "los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (art. 2°); que las autoridades "están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 16); que los funcionarios del Estado son responsables "por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas" (art. 20); que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" (art. 63); que "el Presidente de la República o quien haga sus veces será responsable por sus actos o omisiones que violen la Constitución o las leyes" (art. 130), y en fin, también determina en sus textos, los deberes y atribuciones de las ramas del poder público. El régimen de las facultades extraordinarias concedidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o conmoción interna no es una excepción al Estado de Derecho. Es verdad que según el artículo 120 de la Carta, "corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, conservar en todo el territorio nacional, el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (ord. 7°), y que el artículo 121 del mismo Estatuto otorga

al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y adoptar las medidas enderezadas a su restablecimiento. Pero estos poderes aun cuando son muy amplios, no son absolutos, como que están limitados por los propios ordenamientos de la Constitución Nacional. Y así el Gobierno podría extralimitarse en el ejercicio de los poderes extraordinarios del estado de sitio, ya por quebrantar los principios consagrados en el artículo 121, ya por menoscabar los preceptos que garantizan en todo tiempo derechos individuales y sociales, y consagran la organización del Estado.

3 — No corresponde a la Corte pronunciarse sobre si realmente han existido los hechos constitutivos de la conmoción interna que hayan motivado la declaración del estado de sitio, o sobre si han cesado las circunstancias perturbadoras del orden público en tal medida que se imponga el levantamiento de aquel estado. Es posible que el Gobierno extralimite el uso de sus poderes en uno u otro caso, pero no es la Corte sino el Congreso quien puede juzgar sobre la conducta del Presidente de la República y sus Ministros. Por esto, la reiterada doctrina de la Corte ha dicho que de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución, en concordancia con el 122, se deduce que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por su naturaleza bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por el Presidente y todos los Ministros, o carezca del dictamen del Consejo de Estado, sin que sea necesario que éste se haya proferido favorablemente (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX, Nos. 2018-2021. pág. 31; diciembre 2 de 1948, Nos. 2068-2069, pág. 293). Y de igual modo, esta corporación ha declarado que al Gobierno corresponde decidir acerca del mantenimiento del estado de sitio o de su levantamiento, y que la determinación del Ejecutivo al respecto no puede ser materia de una decisión de la Corte (Sala Plena, diciembre 2 de 1948, T. LXV, Nos. 2068-2069, pág. 295).

4 — Según la constante jurisprudencia de la Corte, la Constitución en el ordinal 5º del artículo 118 y en el artículo 121 autoriza al Gobierno, durante la turbación del orden público, para dictar decretos legislativos, dentro de los límites señalados en la propia Carta. "Los decretos que expida el Gobierno en las circunstancias difíciles que los hicieron necesarios, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas en la Carta, el sello de su legitimidad constitucional". "Para la emergencia de la turbación del orden público pueden los decretos estatuir sobre lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de sitio" (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX Nos. 2019-2021 pág. 38). "El Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público, pero con las limitaciones consagradas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el Gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia" (Sala Plena, noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-2161. pág. 596).

5 — "Establece el artículo 120 de la Constitución que corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado, y el artículo 121 le otorga la facultad de declarar que aquél se ha alterado y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de esa obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente a fin de que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. Los pode-

res presidenciales en el estado de sitio son muy amplios y han de entenderse con ese carácter otorgados para que la misión que corresponde al primer Mandatario de la nación se cumpla sin dificultad, pudiendo adoptar disposiciones que no competen de ordinario al Jefe del Estado sino que por su índole legislativa pertenecen al Congreso. El Presidente de la República suple la acción de éste y ejercita la suya propia con el fin indicado de la guarda del orden. "Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones. "Surgen pues los poderes presidenciales en el estado de emergencia, de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado". (Sala Plena, abril 19 de 1955, T. LXXX, N° 2153, págs. 3 y 4).

6 — La doctrina de la Corte ha expresado que los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante el estado de sitio, deben acomodarse a la necesidad de conservar o restablecer el orden público. Lo que significa que la función legislativa extraordinaria del Gobierno se halla limitada a dictar los ordenamientos transitorios que tengan conexidad con la conservación o el restablecimiento de la normalidad. Ya se ha visto que por previsión expresa del artículo 121, tales decretos sólo pueden suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio. Reiterando su constante doctrina al respecto, dijo la Corte con el voto unánime de sus Magistrados: "Es noción irrevocablemente incorporada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deja de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo le autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud proveía el Estatuto de 1886, 'para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento' ". (Sala Plena, julio 9 de 1943, T. LXV Nos. 2066-2067, pág. 12).

7 — La Constitución de 1886 adoptó como sistema de gobierno el régimen presidencial, estructurando un Ejecutivo unitario, fuerte y responsable, dotado de todos los medios adecuados para afianzar la unidad nacional, mantener la paz interna y externa, amparar los derechos civiles y procurar el progreso armónico del país. Dentro de este sistema era secuela natural que en la distribución de las funciones estatales, la defensa del orden público en todo el territorio nacional se confiase al Presidente, con plenitud de poderes para mantener la paz pública y restaurar la normalidad cuando quiera que fuere turbada. Y así se estableció en la Constitución, cuyos ordenamientos enseñan que la guarda del orden público es función esencialmente ejecutiva, atribuida al Jefe del Estado. Las normas que regulan los poderes presidenciales en estado de sitio, y las que confieren a la Corte Suprema de Justicia la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos que el Gobierno dicte en tiempo de turbación del orden público, no han de tomarse separadamente. Unas y otras forman parte integrante del Estatuto Fundamental de la Nación, que puntualiza las reglas para el funcionamiento armónico de las dos ramas del poder. Debe rendirse cumplido acatamiento a la integridad de la Carta. Y de esta suerte, los preceptos de los artículos 118 —ordinal 8°, 120- ordinal 7° y 121, tocantes con los poderes extraordinarios del Presidente de la República como supremo guardián del orden público en todo el territorio nacional, y el precepto del artículo 214 atinente al control jurisdiccional de la Corte Suprema

de Justicia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos como guardián de la integridad de la Carta, han de cumplirse sin recíproco menoscabo. Ni el Presidente de la República puede verse restringido en el ejercicio legítimo de los poderes extraordinarios concedidos para el restablecimiento de la normalidad, ni la Corte Suprema de Justicia puede permanecer indiferente e inactiva por lo que atañe a su deber de decidir sobre la exequibilidad de los decretos legislativos que fueren acusados ante ella como violatorios de la Ley Fundamental. Al ejercer tal atribución, la Corte habrá de colocarse en el plano elevado de la autonomía que constitucionalmente le corresponde, pero sin invadir la que se reconoce asimismo al primer mandatario dentro de nuestro sistema de gobierno presidencial. En el estado de sitio, determinado por la anormalidad pública que lo hace necesario, es imperativo categórico, emanado de la Constitución, que la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República colaboren armónicamente hacia la realización de un fin altísimo y cuenda a ambas ramas del poder público, a saber, el restablecimiento de la paz y la tranquilidad de la nación. Así se cumplirá en este caso, el primordial principio del derecho público moderno, acogido en el artículo 55 del Código Supremo, según el cual las ramas del poder público "tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". De la doctrina constitucional que viene expuesta, fluyen orientaciones que deben inspirar el criterio de la Corte en los fallos sobre exequibilidad de los decretos legislativos dictados en estado de sitio, a saber: a) no estorbar la acción del Ejecutivo, como supremo guardián del orden público, dirigida al cumplimiento de sus perentorios deberes y al ejercicio de sus facultades extraordinarias para la restauración de la paz y la seguridad social; b) impedir el quebranto de las garantías básicas que la Constitución mantiene para todo tiempo, en lo tocante a la organización del Estado, y a los derechos individuales y sociales; c) cuidar de que los decretos legislativos que se sometan al juicio de la Corte cumplan la finalidad de contribuir al restablecimiento del orden público.

8 — En la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el Constituyente y dar cabida, en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen y vivifiquen las normas escritas y los principios que las informan, adaptando las instituciones a la realidad de los hechos actuales. El Constituyente del siglo pasado no previó ni pudo prever la complejidad de los trastornos políticos, sociales y económicos de nuestros días, pero el intérprete debe encontrar en sus ordenamientos los medios adecuados para salvar las difíciles emergencias a que se enfrenta el gobernante de hoy, como que la Constitución ha sido expedida "con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz", según lo expresó solemnemente su preámbulo. Con este criterio, es dable afirmar que graves perturbaciones de orden político, social o económico, que pongan en peligro la paz pública, justifican el estado de sitio y la adopción de medidas propias de tal emergencia, en la misma forma como fue autorizado este régimen excepcional para las épocas anormales de conmoción interna por alzamiento o insurrección. En todo caso, desde luego, el trastorno político, social o económico debe ser de tanta entidad que comprometa la paz pública. Y de consiguiente, las medidas legislativas extraordinarias que el Gobierno dicte entonces para conjurar la perturbación del orden público, en ejercicio de los poderes del artículo 121 se extienden legítimamente a las causas políticas, sociales y económicas que hayan originado o mantengan la anormalidad, para atacarlas y destruirlas en cuanto fuere necesario para el pronto restablecimiento de la paz.

9 — La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del orden público, sin que se produzca por ello una colisión de competencias sobre la materia objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente, la consideración de estas hipótesis: 1ª En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que

se suspende o se dicta, con la guarda del orden público: 2ª Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público; y 3ª Hay casos dudosos, en los cuales no es manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado.

Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexequibilidad debe ser proferida. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo, con el orden público, no es clara o ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibilidad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquél con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto del Ejecutivo. En otros términos: si la norma del Decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, la contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer.

10 — Al fijar la Corte en el presente fallo su criterio respecto al modo de ejercer sus atribuciones en los puntos que aquí se han examinado, cumple la corporación el deber de guardián de la integridad de la Carta, y como intérprete auténtico de las normas y principios de la Ley Fundamental, según encargo del propio Constituyente, sienta una doctrina jurídica de obligatoria aplicación, a falta de disposiciones concretas del Estatuto.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

El ciudadano Luis Enrique Carvajal, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, por medio de libelo presentado el 27 de septiembre de 1954 pide a la Corte se declare inexequible el Decreto Legislativo Número 003664 de 1950 (diciembre 12), por el cual se determinan los días de vacancia judicial.

El texto del acto acusado aparece inserto en el número 27.402 del "Diario Oficial", correspondiente al 22 de diciembre de 1950, y es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 003664 DE 1950
(Diciembre 12)

por el cual se determinan los días de vacancia judicial.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto 3518 del 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que el lapso de vacaciones judiciales señalado en la parte final del inciso 1º del artículo 161 de la Ley 105 de 1931, es mucho más largo que el que fijan otras leyes para las vacaciones de los

demás empleados públicos, sin que ello tenga justificación, y

Que toda medida tendiente a intensificar el servicio de la justicia contribuirá en forma eficaz al restablecimiento del orden público,

DECRETA:

Artículo 1º — A partir de la fecha del presente Decreto, los días de vacancia judicial, incluyendo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la del Trabajo, serán los siguientes: los de fiesta nacional, los domingos, los de fiesta católica de guardar, los de la Semana Santa y los comprendidos en el lapso del 20 de diciembre al 10 de enero, inclusive.

Artículo 2º — Quedan suspendidas las disposiciones legales contrarias al presente Decreto.

Artículo 3º — Este Decreto regirá desde la fecha de su expedición.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 12 de diciembre de 1950.

LAUREANO GOMEZ

El Ministro de Gobierno, Domingo Sarasty — El Ministro de Relaciones Exteriores, encargado del Despacho de Guerra, Gonzalo Restrepo Jaramillo — El Ministro de Justicia, Guillermo Amaya Ramírez — El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Rafael Delgado Barreneche. — El Ministro de Agricultura y Ganadería, Alejandro Angel Escobar — El Ministro del Trabajo, Alfredo Araújo Grau. — El Ministro de Higiene, Alonso Carvajal Peralta — El Ministro de Minas y Petróleos, encargado del Despacho de Comercio e Industrias, Manuel Carvajal Sinisterra. — El Ministro de Educación Nacional, Antonio Alvarez Restrepo — El Ministro de Correos y Telégrafos, José Tomás Angulo. — El Ministro de Obras Públicas, Jorge Leyva".

La demanda

El escrito o memorial de demanda es bastante defectuoso, confuso y carente de técnica, pero la Sala ha considerado con un criterio de amplitud que llena los exigencias mínimas señaladas en el artículo 2º de la Ley 96 de 1936.

El demandante considera que el decreto acusado es inexequible, porque fue dictado por el Presidente de la República "en extralimitación de sus facultades constitucionales".

El actor critica el considerando del decreto demandado, según el cual "el lapso de vacaciones judiciales señalado en la parte final del inciso 1º del artículo 131 de la Ley 105 de 1931, es mucho más largo que el que fijan otras leyes para las vacaciones de los demás empleados públicos, sin que ello tenga justificación". El demandante observa que el lapso señalado en el Código Judicial para las vacaciones judiciales, es de 30 días comunes en el año y así no aparece mucho más largo que el fijado para los demás servidores del Estado que es de 15 días hábiles. Por otra parte, las vacaciones judiciales durante un mes cada año se justifican, porque ellas no solo son para los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional sino para los abogados en ejercicio.

El decreto va contra una ley que reglamenta una materia que solo a ella corresponde.

Como fundamento del decreto acusado se expone en su último considerando que "toda medida tendiente a intensificar el servicio de la justicia contribuirá en forma eficaz al restablecimiento del orden público". Pero esto acusa la falta de las demás medidas sustantivas que no se han tomado encaminadas a tal fin. El considerando aludido excluye la idea de que el decreto se expidiera para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento". El acto acusado excede los límites de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República en estado de sitio en razón de guerra exterior o conmoción interior, pues conforme a la Constitución aquél solo tiene "además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones". Y los fundamentos del decreto demandado excluyen el concepto de que la ley suspendida "sea incompatible con el estado de sitio".

La demanda se extiende en consideraciones encaminadas a demostrar la conveniencia de que se mantenga el lapso señalado en la ley para el descanso anual de funcionarios y empleados judiciales.

Según la demanda, "el derecho está expresa y suficientemente determinado en los artículos 73, 121 y 214 y demás de la Constitución Nacional aún en vigencia". Debe entenderse que en sentir del demandante los dos primeros preceptos son los violados por el decreto acusado, ya que el último sólo indicaría la competencia de la Corte.

Concepto del Procurador General de la Nación

El señor Procurador General de la Nación se pronuncia por la constitucionalidad del decreto legislativo demandado.

En oportunidad el señor Procurador se opuso a la admisión de la demanda por no reunir en su concepto las exigencias formales determinadas en la ley, concepto del cual se apartó la Corte.

El señor Procurador en su vista y al emitir concepto de fondo sobre el presente negocio, se opone a las pretensiones del demandante y expone las razones que en seguida se transcriben:

"En su deshilvanada demanda, el Sr. Carvajal, manifiesta que 'El Derecho está expresa y suficientemente determinado en los artículos 76, 121 y 214 y demás de la Constitución Nacional aun en vigencia', lo que hace deducir al H. Magistrado Ponente que 'en sentir del demandante tal acto (el decreto acusado) viola los artículos 76 y 121 de la Carta allí citados, por extralimitación en las atribuciones legislativas extraordinarias del Presidente de la República en caso de turbación del orden público, por no aparecer en concepto del mismo demandante, que la ley suspendida sobre vacaciones judiciales sea incompatible con el estado de sitio'.

"Con respecto a la violación del artículo 76 de la Carta, el demandante en parte alguna la sustenta, pues no expresa que el Presidente de la República hubiera usurpado indebidamente o con extralimitación de sus atribuciones legislativas, alguna de las que en los 24 numerales señala como del Congreso del artículo 76 citado.

"Pero aceptando que la intención del demandante hubiera sido ésta, tal argumento carece de valor, toda vez que estando turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el Presidente de la República, tiene además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

"En ejercicio de estas facultades puede dictar decretos, que son de obligatoria observancia, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"Por medio de los decretos referidos, el Gobierno puede suspender y no derogar, las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio.

"El Presidente hizo uso de esta atribución, suspendiendo y reemplazando el artículo 181 del C. J. es decir que ejerció las facultades de Legislador, no pudiendo haber violado, el artículo 76 que señala cuáles son las atribuciones del Congreso cuando está reunido y en tiempo de paz o de normalidad y desde tal punto de vista no puede afirmarse que el Presidente al ejercer una facultad constitucional, como legislador y en receso del Congreso, en virtud del estado de sitio, hubiera violado otro precepto constitucional, que le confiere determinados poderes al órgano legislativo, para el tiempo de paz.

"Por lo que hace a la violación del artículo 121 de la Constitución Nacional, en cuanto que ni la medida fuera conveniente para el restablecimiento del orden público, ni la disposición suspendida incompatible con el estado de sitio, vuelve la Procuraduría General a afirmar la tesis, sostenida en muy diversas ocasiones tanto por el suscrito como por varios de sus distinguidos antecesores, de que la H. Corte no tiene competencia para decidir, cuándo una disposición que se suspende y subroga por un decreto legislativo, es incompatible con el estado de sitio, apreciación que la Constitución deja privativamente al Presidente de la República como tutelador supremo del orden, a fin de que con toda amplitud y libertad pueda tomar todas las medidas y determinaciones que estime convenientes al restablecimiento del orden con el único límite del Derecho de Gentes, y de cuyo uso o abuso debe dar cuenta ante el Congreso en la oportunidad señalada por la Carta o sea una vez levantado el estado de sitio.

"En el caso presente, el Ejecutivo dio, aún cuando no estaba obligado a ello, una poderosa razón para dictar la norma materia de la acusación y fue la de que 'toda medida (como la que se adoptó) tendiente a intensificar el servicio de la justicia contribuirá en forma eficaz al establecimiento del orden público'. Premisa evidente a todas luces, pues, todo lo que afecte desfavorablemente la justicia, afecta también el orden público y dificulta su restablecimiento y todo cuanto vaya en bien de la justicia, de su eficacia, de su prontitud al administrarla, redunda, asimismo, en beneficio del orden público y de su rápido establecimiento".

Termina el señor Procurador solicitando a la Corte se declare exequible el Decreto Legislativo Nº 3064 de 12 de diciembre de 1950.

Consideraciones de la Corte

En el presente negocio, como en otros en que se ha planteado el mismo tema, el señor Procurador General de la Nación sostiene que la Corte Suprema de Justicia carece de facultad para decidir cuándo una disposición legal suspendida

por un decreto legislativo, es incompatible con el estado de sitio, pues esta decisión es una prerrogativa que la Constitución en su artículo 121 concede exclusivamente al Presidente de la República, cuya responsabilidad con la de los Ministros que la autorizan, por la posible inconstitucionalidad, sólo puede deducirse por el Congreso.

Afirma el alto funcionario que esta tesis ha sido constantemente defendida por sus antecesores en la Procuraduría General de la Nación, al través de reiterados conceptos.

Para el mejor esclarecimiento de la cuestión, la Corte considera conveniente transcribir apartes de algunos de tales conceptos. Así:

a) En vista fiscal del 22 de septiembre de 1944 sobre la demanda de inexequibilidad de algunos artículos del Decreto Legislativo 1900 del mismo año, el Procurador doctor Rafael Escallón dijo:

"El único que está en capacidad de determinar qué disposiciones legales son incompatibles con el estado de sitio, es el Gobierno, ya que él es precisamente el encargado de velar por el mantenimiento del orden y de la tranquilidad social. Sería inoperante lo dispuesto en el artículo 117 (120 de la codificación actual), si otro cualquiera de los Organos del Poder Público tuviera la facultad de entorpecer la actuación del Gobierno" (Rafael Escallón, "Doctrinas de la Procuraduría General de la Nación", 1945 Nº 265, pág. 144);

b) En concepto del Procurador doctor Rafael Quiñones Neira en las demandas de inexequibilidad de los Decretos Legislativos Números 1611 y 1403 de 1946, expuso dicho funcionario:

"Expreso una vez más mi concepto de que es solamente el Presidente de la República junto con todos sus Ministros a quienes corresponde definir qué leyes o disposiciones de ellas son incompatibles con el estado de sitio, y que la H. Corte Suprema de Justicia y el Procurador carecen de elementos de juicio para declarar con certidumbre, fundados sobre multitud de hechos y circunstancias que el Gobierno sí puede conocer, si ciertamente pugna con el estado de sitio o con la necesidad de restablecer el orden público, una determinada disposición legal" (Eduardo Piñeros y Piñeros, "Suspensión de leyes en estado de sitio", Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Nº 170, pág. 12);

c) Y en vista del Procurador doctor Luis F. Reyes Llaña sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto Legislativo Número 2460 Bis de 1952, se afirmó:

"Sobre este aspecto de la presente acción nada nuevo puede agregar el suscrito Procurador a la doctrina constante de este Despacho sustentada en repetidas ocasiones y acogida invariablemente por la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema, según la cual ésta carece de facultades para definir si una norma legal determinada es o no incompatible con el estado de sitio, porque ese problema traspasa los naturales límites de la misión eminentemente jurídica que le asigna el artículo 214 de la Carta. Y porque siendo el Presidente de la República quien de acuerdo con la Constitución es el único responsable de la conservación del orden público, resultaría contradictorio que hubiera alguien con la atribución de juzgar si un ordenamiento legal impide o no el restablecimiento de ese orden, y si un mandato con carácter legislativo es o no conducente a tal restablecimiento, y al respecto la Constitución establece la responsabilidad del Presidente y sus Ministros por la suspensión de las leyes dentro del estado de sitio, como consecuencia de que es el mismo Gobierno el que tiene que expedir las medidas encaminadas a restablecer el orden público". (Eduardo Piñeros y Piñeros, estudio citado, págs. 11 y 12).

Se advierte que antes de ahora la Corte no se había pronunciado especialmente sobre el punto preciso a que se refieren los conceptos de la Procuraduría General de la Nación. Bien es cierto que en sentencia del 12 de junio de 1945 (T. LIX, Nos. 2019-2021, pág. 39), se dijo de manera incidental, en relación con los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones del artículo 121 de la Carta, que hay "una modalidad especial e importante que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos legislativos a que se hace mención, y es la que mira al juicio, que parece reservado al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. Para juzgar sobre este último punto es natural que el Gobierno, una vez terminado el estado de sitio, presente al Congreso la explicación de sus actos, lo que permitirá a éste conocerlos en sus causas y por sus finalidades. El juez natural del Presidente y de los Ministros, ante quien ellos explican su conducta, está capacitado especialmente para apreciar la relación en que se hallan las disposiciones de los decretos con el deber del Presidente de velar por la conservación o el restablecimiento del orden". Mas agregó en seguida el mismo fallo: "Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda

de la integridad de la Constitución y decidir respecto a la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo deberá tener en cuenta que el Imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República. Hay, como lo expresó el señor Caro, dos órdenes de legalidad constitucional, cuya guarda le compete a la Corte: La Constitución no cesa de regir en ningún tiempo; ella establece dos órdenes de legalidad: a la de la paz reemplaza constitucionalmente, llegado el caso, la legalidad marcial, una verdadera legalidad" (Antecedentes, obra citada)".

De tales conceptos, transcritos además en fallo de 1º de diciembre de 1951 (T. LXX. Nos. 2107-2108, pág. 723), la Procuraduría deduce que hay una jurisprudencia constante de la Corte sobre el punto concreto que en el presente negocio se le ha sometido, a saber, la carencia de facultades de la Corte para pronunciarse sobre la conexidad de los decretos legislativos con el restablecimiento del orden público.

La Corte en la presente oportunidad precisa y aclara tales conceptos y fija concretamente su pensamiento sobre la cuestión referida, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

— I —

Después de la expedición del Acto Legislativo número 1º de 1945, cuyo artículo 53 es el 214 de la codificación constitucional vigente, es indudable que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde en ejercicio de su jurisdicción constitucional, como guardiana de la integridad de la Carta, decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias de que queda investido por la declaración del estado de sitio en la República a causa de guerra exterior o de conmoción interna. La norma citada sometió expresamente a la jurisdicción constitucional de la Corte los decretos dictados en ejercicio de las atribuciones de que trata el artículo 121 de la Constitucional Nacional, cuando fueren acusados ante ella por cualquier ciudadano como violatorios del estatuto fundamental.

Antes del año de 1945, no obstante que el artículo 41 del Acto Legislativo Número 3 de 1910 había confiado a la Corte "la guarda de la integridad de la Constitución" y que a renglón seguido la facultaba para decidir sobre la exequibilidad de "todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales", no era perfectamente claro, para algunos exégetas, que los decretos extraordinarios dictados por el gobierno en estado de sitio estuvieran sometidos a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Factores de tal perplejidad pudieron ser acaso, algunos pronunciamientos de la Carta sobre el régimen del estado de sitio. Como la expresión del artículo 121 al conferir obligatoriedad a tales decretos; la prescripción de que éstos sólo dejarían de regir cuando hubiera cesado la guerra exterior o se hubiera reprimido el alzamiento; la consagración de la responsabilidad en que incurrirían el Presidente de la República, sus ministros y demás funcionarios, por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en dicha norma, y la obligación impuesta al Gobierno de convocar el Congreso, una vez restablecido el orden público, y pasarle una exposición motivada de sus providencias.

En los antecedentes de la reforma constitucional de 1945 aparece muy claro el propósito del Constituyente en el sentido de estatuir como nueva garantía en defensa de los derechos individuales y sociales y de la organización del Estado, la acción pública de inexequibilidad contra los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo en estado de sitio, complementándose así la responsabilidad política del Gobierno por el indebido ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Carta, con el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de tales decretos, que por declaración expresa del artículo 214 son acusables por demanda de cualquier ciudadano.

Y así es como la Corte Suprema de Justicia, guardián de la integridad de la Constitución Nacional, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 214, ha venido conociendo y fallando sobre demandas de inexequibilidad contra decretos legislativos promulgados por el Gobierno durante las situaciones de emergencia de los últimos años.

— II —

En un régimen de derecho no se concibe actividad alguna del Gobierno que pueda ejercerse arbitrariamente, sin sujeción a normas constitucionales o legales, pues cualesquiera que sean la

gravedad y urgencia de las situaciones que se presenten, los funcionarios del Estado sólo podrán enfrentarlas por los medios tomados del derecho preexistente y en ningún caso arrogarse poderes discrecionales que sobrepasen los que se derivan del orden jurídico constituido en la nación. Característica del Estado de Derecho, afirma Carl Schmitt, es que toda la actividad del Estado esté repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas en la ley. Un problema como el de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno en estado de sitio es, al fin y al cabo, una cuestión de competencia de los funcionarios del Estado, o sea, saber hasta dónde pueden extenderse o cuáles son sus límites dentro del contenido de la norma que las confiere.

Por eso la Carta dice que "los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (art. 2º); que las autoridades "están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 16); que los funcionarios del Estado son responsables "por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas" (art. 20); que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" (art. 63); que "el Presidente de la República o quien haga sus veces será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes" (art. 130), y en fin, también determina en sus textos, los deberes y atribuciones de las ramas del poder público.

El régimen de las facultades extraordinarias concedidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o conmoción interna no es una excepción al Estado de Derecho. Es verdad que según el artículo 120 de la Carta, "corresponde al Presidente de la República, como supremo autoridad administrativa, conservar en todo el territorio nacional, el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (ord. 7º), y que el artículo 121 del mismo Estatuto otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y adoptar las medidas enderezadas a su restablecimiento. Pero estos poderes aun cuando son muy amplios, no son absolutos, como que están limitados por los propios ordenamientos de la Constitución Nacional. Y así el Gobierno podría extralimitarse en el ejercicio de los poderes extraordinarios del estado de sitio, ya por quebrantar los principios consagrados en el artículo 121, ya por menoscabar los preceptos que garantizan en todo tiempo derechos individuales y sociales, y consagran la organización del Estado.

No corresponde a la Corte pronunciarse sobre si realmente han existido los hechos constitutivos de la conmoción interna que hayan motivado la declaración del estado de sitio, o sobre si han cesado las circunstancias perturbadoras del orden público en tal medida que se imponga el levantamiento de aquél estado. Es posible que el Gobierno extralimite el uso de sus poderes en uno u otro caso, pero no es la Corte sino el Congreso quien puede juzgar sobre la conducta del Presidente de la República y sus Ministros.

Por esto, la reiterada doctrina de la Corte ha dicho que de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución, en concordancia con el 122, se deduce que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por su naturaleza bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por el Presidente y todos los Ministros, o carezca del dictamen del Consejo de Estado, sin que sea necesario que éste se haya proferido favorablemente (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX, Nos. 2019-2021, pág. 31; diciembre 2 de 1948 Nos. 2068-2069, pág. 298).

Y de igual modo, esta corporación ha declarado que al Gobierno corresponde decidir acerca del mantenimiento del estado de sitio o de su levantamiento, y que la determinación del Ejecutivo al respecto no puede ser materia de una decisión de la Corte (Sala Plena, diciembre 2 de 1948, T. LXV. Nos. 2068-2069, pág. 298).

— III —

Según la constante jurisprudencia de la Corte, la Constitución en el ordinal 5º del artículo 118 y en el artículo 121 autoriza al Gobierno, durante la turbación del orden público, para dictar decretos legislativos, dentro de los límites señalados en la propia Carta. "Los decretos que expida el Gobierno en las circunstancias difíciles que los hicieron necesarios, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas en la Carta, el sello de su legitimidad constitucional". "Para la emergencia de la turbación del orden público pueden los decretos estatuir sobre lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones

incompatibles con el estado de sitio" (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX. Nos. 2019-2021, pág. 38). "El Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público, pero con las limitaciones consagradas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el Gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia" (Sala Plena, noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-2161 pág. 596).

— IV —

En reciente fallo ha dicho esta corporación:

"Establece el artículo 120 de la Constitución que corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado, y el artículo 121 le otorga la facultad de declarar que aquél se ha alterado y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan intimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de esa obligación. La paz pública descansa, conforme al estatuto fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente a fin de que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. Los poderes presidenciales en el estado de sitio son muy amplios y han de entenderse con ese carácter otorgados para que la misión que corresponde al primer Mandatario de la nación se cumpla sin dificultad, pudiendo adoptar disposiciones que no competen de ordinario al Jefe del Estado sino que por su índole legislativa pertenecen al Congreso. El Presidente de la República suple la acción de éste y ejercita la suya propia con el fin indicado de la guarda del orden.

"Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones.

"Surgen pues los poderes presidenciales en el estado de emergencia, de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado". (Sala Plena, abril 19 de 1955. T. LXXX, Nº 2153, págs. 3 y 4).

En la misma sentencia se han señalado las siguientes pautas doctrinarias que fijan el ámbito de los poderes presidenciales en estado de sitio, por lo tocante a los derechos individuales y garantías sociales, a saber:

a) Hay disposiciones de obligatoria aplicación en todo tiempo, por mandato expreso de la Carta, que no podrían dejar de cumplirse aún en caso de guerra o anormalidad (artículos 28 y 33);

b) Hay normas que por declaración expresa del Estatuto rigen para tiempo de paz y limitan, por tanto, la acción del legislativo ordinario, pero que pueden afectarse en tiempos de guerra o anormalidad por los decretos legislativos del Gobierno (artículos 43, 73, 42, 38 y 61);

c) Hay otros preceptos de la Constitución cuyo imperio ha de limitarse por virtud de la alteración del orden; no ya por así inferirse de los términos de los ordenamientos, sino como un corolario obligado de la situación de hecho y de derecho en que se encuentra colocado el Presidente de la República cuando sobreviene la turbación del orden público (artículos 18, 23 y 46);

d) Por último, hay otras normas de la ley suprema que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo como derechos individuales y garantías sociales (artículos 22 - 23 - 25 - 26 - 29 - 30 - 34 37 - 39 - 41 - 44 - 49 y 53).

— V —

La doctrina de la Corte ha expresado que los decretos legislativos dictados por el Presidente de

la República durante el estado de sitio, deben acomodarse a la necesidad de conservar o restablecer el orden público. Lo que significa que la función legislativa extraordinaria del Gobierno se halla limitada a dictar los ordenamientos transitorios que tengan conexidad con la conservación o el restablecimiento de la normalidad. Ya se ha visto que por previsión expresa del artículo 121, tales decretos sólo pueden suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio.

Reiterando su constante doctrina al respecto, dijo la Corte con el voto unánime de sus Magistrados:

"Es noción irrevocablemente incorporada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deje de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo lo autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud preveía el Estatuto de 1886, 'para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento'.

"El propio don Miguel Antonio Caro explicaba así el alcance de la norma:

" 'En estas circunstancias el Presidente de la República ejerce las facultades que le hayan conferido las leyes y, en su defecto, las que le da el Derecho de Gentes, dictando decretos de carácter legislativo, pero en manera alguna para disponer libremente de la hacienda nacional ni de las vidas e intereses de los ciudadanos, sino con dos únicos fines legítimos, cuales son defender los derechos de la nación en guerra exterior y restablecer el orden interior si hubiese sido perturbado'.

"Y en el siguiente pasaje es mucho más explícito el pensamiento de aquel autorizado intérprete:

" 'Háse inventado recientemente una fórmula lacónica que sirve para cortar toda dificultad, y con lo cual se pretende justificar todo abuso oficial. Se dice que en tiempo de guerra los derechos individuales y el imperio de la ley quedan suspendidos y autorizado el Gobierno para hacer cuanto le plazca por medio de decretos. No se concibe interpretación más imprudente por lo absurda, ni más alarmante por lo bárbara, de la disposición constitucional' ". (Sala Plena, julio 9 de 1948. T. LXV Nos. 2066 2067. pág. 12).

— VI —

La Constitución de 1886 adoptó como sistema de gobierno el régimen presidencial, estructurando un Ejecutivo unitario, fuerte y responsable, dotado de todos los medios adecuados para afianzar la unidad nacional, mantener la paz interna y externa, amparar los derechos civiles y procurar el progreso armónico del país.

Dentro de este sistema era secuela natural que en la distribución de las funciones estatales, la defensa del orden público en todo el territorio nacional se confiase al Presidente, con plenitud de poderes para mantener la paz pública y restaurar la normalidad cuando quiera que fuere turbada. Y así se estableció en la Constitución, cuyos ordenamientos enseñan que la guarda del orden público es función esencialmente ejecutiva, atribuída al Jefe del Estado.

Las normas que regulan los poderes presidenciales en estado de sitio, y las que confieren a la Corte Suprema de Justicia la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos que el Gobierno dicte en tiempo de turbación del orden público, no han de tomarse separadamente. Unas y otras forman parte integrante del Estatuto Fundamental de la Nación, que puntualiza las reglas para el funcionamiento armónico de las dos ramas del poder. Debe rendirse cumplido acatamiento a la integridad de la Carta. Y de esta suerte, los preceptos de los artículos 118 —ordinal 8º, 120 -ordinal 7º y 121, tocantes con los poderes extraordinarios del Presidente de la República como supremo guardián del orden público en todo el territorio nacional, y el precepto del artículo 214 atinente al control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos como guardián de la integridad de la Carta, han de cumplirse sin recíproco menoscabo. Ni el Presidente de la República puede verse restringido en el ejercicio legítimo de los poderes extraordinarios concedidos para el restablecimiento de la normalidad, ni la Corte Suprema de Justicia puede permanecer indiferente e inactiva por lo que atañe a su deber de decidir sobre la exequibilidad de los decretos legislativos que fueren acusados ante ella como violatorios de la Ley Fundamental. Al ejercer tal atribución, la Corte habrá de colocarse en el plano elevado de la autonomía que constitucionalmente le corresponde, pero sin invadir la que se reconoce asimismo al primer

mandatario dentro de nuestro sistema de gobierno presidencial.

En el estado de sitio, determinado por la anormalidad pública que lo hace necesario, es imperativo categórico, emanado de la Constitución, que la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República colaboren armónicamente hacia la realización de un fin altísimo y común a ambas ramas del poder público, a saber, el restablecimiento de la paz y la tranquilidad de la nación. Así se cumplirá en este caso, el primordial principio del derecho público moderno, acogido en el artículo 55 del Código Supremo, según el cual las ramas del poder público "tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". La organización del Estado, afirma el constitucionalista Carré de Malberg, "es compleja: precisa de la institución de órganos múltiples, provistos de competencias diversas; las consideraciones debidas a la libertad pública exigen, como lo han demostrado Montesquieu, que el ejercicio de la potestad estatal no dependa exclusivamente de la voluntad de una sola y misma autoridad. Pero por encima de estas necesidades, domina un principio capital que forma el punto culminante del sistema estatal moderno: el principio de la unidad del Estado. Esta unidad sólo puede salvaguardarse con una condición: es necesario que, entre la multiplicidad de las autoridades y la especialización de las competencias, la organización del Estado se combine de modo que produzca en él una voluntad unitaria y esto implica que las voluntades y actividades de los órganos estatales deben estar ligadas y coordinadas entre sí de tal modo que converjan hacia un fin común y hacia resultados idénticos" (Carré de Malberg, "Teoría General del Estado", Nº 279 pág. 764).

De la doctrina constitucional que viene expuesta, fluyen orientaciones que deben inspirar el criterio de la Corte en los fallos sobre exequibilidad de los decretos legislativos dictados en estado de sitio, a saber: a) no estorbar la acción del Ejecutivo, como supremo guardián del orden público, dirigida al cumplimiento de sus ponderosos deberes y al ejercicio de sus facultades extraordinarias para la restauración de la paz y la seguridad social; b) impedir el quebranto de las garantías básicas que la Constitución mantiene para todo tiempo, en lo tocante a la organización del Estado, y a los derechos individuales y sociales; c) cuidar de que los decretos legislativos que se sometan al juicio de la Corte cumplan la finalidad de contribuir al restablecimiento del orden público.

— VII —

Si la norma que se suspende o se dicta por medio de un decreto legislativo ha de guardar conexidad con el orden público, según queda expuesto, para el cabal examen de este último punto conviene precisar el concepto de **orden público** en la Constitución.

El artículo **121** expresa que "en caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella", y que "el Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento". Cabe advertir que las expresiones "conmoción interior" y "alzamiento" se usan aquí indistintamente, pero indican un mismo fenómeno: la perturbación interior. O sea que la conmoción interior o el alzamiento determinan una alteración de la normalidad que puede dar origen a la declaración presidencial de que el orden público se ha perturbado. En la mente de los constituyentes de 1886 debió tenerse en cuenta el alzamiento o la guerra civil, y la conmoción que por tal causa venía afectando en el siglo pasado la estabilidad de las instituciones en la Nación. En el artículo 118 del Proyecto del Consejo de Delegatarios de tal año, se decía que en caso de invasión extranjera o de conmoción interior **"y siempre que la paz y la seguridad pública peligren"**, podrá el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público. Este antecedente ilustra el significado de la expresión "orden público" en el estatuto: se quería dar medios eficaces al Ejecutivo para debelar los movimientos subversivos que podían ir del motín y la sedición a la guerra civil, males de la época. En 1910 volvió a decirse que la "conmoción interna", a más de la guerra exterior, era causa para declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República.

En el artículo 28 de la Carta se señala de manera indirecta el significado de la expresión "orden público". "Aun en **tiempo de paz** —reza el texto de dicho artículo— y habiendo graves motivos para **temer perturbación del orden público**, pueden ser aprehendidas las personas contra quienes haya graves indicios de que **atenten contra la paz pública**". Según lo aquí prescrito, el

orden se perturba cuando se atenta contra la paz, o dicho de otra manera, la perturbación del orden se produce por los atentados contra ella. Graves motivos para tener perturbación del orden público es correlativo a graves indicios de que se atenta contra la paz pública. Se relacionan claramente en el lenguaje del Contituyente las expresiones "orden público" y "paz pública".

Respecto al sentido de las normas constitucionales de 1886 y 1910, en cuanto a los poderes extraordinarios del Presidente de la República en estado de sitio, cabe hacer algunas consideraciones atinentes al concepto de orden público. En el año primeramente mencionado se quiso conceder al Ejecutivo atribuciones bastantes para conjurar los peligros de la guerra civil y para debelar la insurrección. Este era el problema que tenían a la vista los constituyentes de 1886, a raiz de luchas intestinas de rebeldes contra la autoridad legítima y entre las secciones que componían la nación. La unidad política, objetivo cardinal de la reforma, exigía dotar al Jefe del Estado de amplísimas atribuciones para mantenerla y defenderla eficazmente y para garantizar el orden en toda la Nación. No contempló el Constituyente de entonces, aspectos sociales y económicos que en el transcurso de los tiempos habrían de influir poderosamente en los trastornos de la normalidad pública. La reforma de 1910 conservó en lo fundamental los ordenamientos que en la materia había consagrado la de 1886, concretó mejor las facultades del Ejecutivo y limitó el efecto de las mismas. Fue, pues, muy claro el pensamiento del Constituyente en 1886 y 1910 al expedir las normas sobre estado de sitio, en el sentido de dotar al Presidente de la República de los medios adecuados para defender la paz pública, perturbada por la subversión.

En la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el Constituyente y dar cabida, en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen y vivifiquen las normas escritas y los principios que las informan, adaptando las instituciones a la realidad de los hechos actuales. El Constituyente del siglo pasado no previó ni pudo prever la complejidad de los trastornos políticos, sociales y económicos de nuestros días, pero el intérprete debe encontrar en sus ordenamientos los medios adecuados para salvar las difíciles emergencias a que se enfrenta el gobernante de hoy, como que la Constitución ha sido expedida "con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz", según lo expresó sabiamente su preámbulo. Con este criterio, es dable admitir que graves perturbaciones de orden político, social o económico, que pongan en peligro la paz pública, justifican el estado de sitio y la adopción de medidas propias a tal emergencia, en la misma forma como fue autorizado este régimen excepcional para las épocas anormales de conmoción interna por alzamiento o insurrección. En todo caso, desde luego, el trastorno político, social o económico debe ser de tanta entidad que comprometa la paz pública. Y de consiguiente, las medidas legislativas extraordinarias que el Gobierno dicte entonces para conjurar la perturbación del orden público, en ejercicio de los poderes del artículo 121, se extienden legítimamente a las causas políticas, sociales y económicas que hayan originado o mantengan la anormalidad, para atacarlas y destruírlas en cuanto fuere necesario para el pronto restablecimiento de la paz.

Con este concepto integral del orden público —político, social y económico— el Ejecutivo hizo uso de las atribuciones legislativas extraordinarias del estado de sitio, a raiz tanto del 10 de julio de 1944 como del 9 de abril de 1948. Y las Cámaras de estos años, informadas por el Gobierno sobre el uso de tales atribuciones para conjurar la perturbación del orden público en sus causas políticas, sociales y económicas, no sólo se abstuvieron de deducir responsabilidad al Presidente y sus Ministros sino que convirtieron en leyes permanentes no pocos de los decretos expedidos con tal criterio. De lo cual parece inferirse lógicamente que el Congreso, juez del Gobierno y legislador ordinario, ha compartido esta interpretación de la Carta.

En el año de 1948 los Ministros de Gobierno y de Justicia, doctores Darío Echandía y Samuel Arango Reyes defendían esta doctrina constitucional, con las siguientes palabras:

"Que no es muy probable que el constituyente de 1886 alcanzara a prever todos los fenómenos de orden económico y social que podrían ocurrir con el decurso de los años, pues ello equivaldría a suponer en él una facultad extraordinaria, o, filosóficamente hablando, el don de la clarividencia. En Francia puede decirse que siguen rigiendo disposiciones del Código de Napoleón, y en la interpretación extensiva de esas leyes se encuentran comprendidos todos los fenómenos de índole social y económica, sin que por esto pueda afirmarse que Napoleón previó o tuvo la facultad extraordinaria e intuitiva de adivinar lo

que podría ocurrir en el futuro con el transcurso de decenios... Lo que sucede es que en el derecho contemporáneo el concepto jurídico de orden público ha sido enriquecido con los conceptos de orden social y orden económico. De consiguiente, la tesis exacta es la analizada por el señor Presidente de la República, cuando conceptúa que las causas que pueden considerarse como integrantes del orden público no son solamente políticas sino de carácter social y económico. Así, por tanto el Gobierno dentro del estado de emergencia tiene la facultad de dictar todas las providencias de carácter social y económico que se relacionen especialmente con el restablecimiento de la normalidad, en virtud de las autorizaciones extraordinarias que le confiere el artículo 121 de la Constitución" (Concepto transcrito por el Presidente de la República en carta-respuesta del 9 de abril de 1950 dirigida a varios ciudadanos).

Por último, la doctrina constitucional expuesta sobre el concepto de orden público, es la defendida por el Procurador General de la Nación, quien afirma que en caso de perturbación de la normalidad por conmoción interior, hay que examinar las causas a que ésta puede haber obedecido, o que hubieren contribuido a ella, las cuales pueden ser sociales, económicas, políticas etc. "De ahí que las facultades de que está investido el Gobierno en caso de turbación del orden público, no deben entenderse en estricto sentido de las orientadas a reprimir el alzamiento o conmoción interior, únicamente, sino de todas aquellas que contribuyan al restablecimiento del orden, eliminando o modificando las situaciones que la originaron" (Eduardo Piñeros y Piñeros, estudio citado, págs. 16 y 17).

— VIII —

La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del orden público, sin que se produzca por ello una colisión de competencias sobre la materia objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente, la consideración de estas hipótesis: 1ª En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público; 2ª Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público; y 3ª Hay casos dudosos, en los cuales no es manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexequibilidad debe ser proferida. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo, con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibilidad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquél con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto del Ejecutivo.

En otros términos: Si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer.

Al fijar la Corte en el presente fallo su criterio respecto al modo de ejercer sus atribuciones en los puntos que aquí se han examinado, cumple la corporación el deber de guardián de la integridad de la Carta, y como intérprete auténtico de las normas y principios de la Ley Funda-

mental, según encargo del propio Constituyente, sienta una doctrina jurídica de obligatoria aplicación, a falta de disposiciones concretas del Estatuto.

— IX —

Tienen importancia del punto de vista doctrinal las conclusiones de la Comisión de Estudios Constitucionales de 1954, sobre el tan debatido tema de los poderes presidenciales en estado de sitio, pues en varios de los aspectos primordiales de la cuestión hay una completa coincidencia que la Corte considera conveniente destacar.

El texto del artículo 121 quedaría así, en concepto de los Comisionados:

"En caso de guerra exterior o de conmoción interior que alteren la paz y la seguridad social, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros y previo concepto del Consejo de Estado, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades que le confiere la ley, las que conforme al derecho de gentes y a las normas de la moral cristiana rigen para la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio, y a solo expedir decretos legislativos en las materias que conciernan al restablecimiento del orden.

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya terminado la guerra exterior, se haya reprimido el alzamiento o haya cesado la perturbación de la paz; y dejarán de regir los decretos de carácter legislativo que haya dictado.

"Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interna; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concebidas en el presente artículo.

"Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

"En caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso por el mismo decreto en que declarare turbado el orden público, para dentro de los quince días siguientes, y si no lo convocare podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

En la exposición de Motivos de la Reforma, la Subcomisión integrada por el Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación y por los doctores Alvaro Copete Lizarralde, José Gabriel de la Vega, Gonzalo Gaitán y Carlos Holguín Holguín, dijo lo siguiente:

"El artículo 121 se mantiene esencialmente igual al vigente. Su estudio dio ocasión a numerosas discusiones en el seno de la Subcomisión, la cual, después de varios días de estudio, encontró que sus disposiciones son, por una parte, tan rigurosas que si el Gobierno se mantiene fiel a su espíritu no habrá peligro alguno para las instituciones ni para las garantías civiles, y, al propio tiempo, tan amplias, que en ningún caso dejarán al Presidente sin las facultades necesarias para mantener el orden público.

"Es evidente que la amplitud formal del texto permite que se viole su espíritu y su finalidad misma, especialmente por el aspecto que las disposiciones que se suspenden o las providencias que se adopten no tengan relación alguna con el restablecimiento de la normalidad perturbada. Pero ello no es imputable a la redacción de la norma, ya que es esencial a toda regla de derecho que pueda ser infringida. Por otro lado, las limitaciones con que se pretende circunscribir la acción del Presidente, para evitar arbitrariedades, llevarían a un casuismo excesivo y seguramente incompleto, pues no son previsibles, de antemano, las modalidades que puede llegar a asumir una guerra exterior o una conmoción interna, ni la urgencia de los remedios que sean indispensables para impedir el hundimiento de la Nación. En ningún caso deberá ponerse a los gobernantes en el trágico dilema de violar la Constitución y las leyes o salvar la República. Por ello, como sabiamente lo pensaron los constituyentes de 1886, precisa conceder al Gobierno, en los supremos estados de emergencia, todas aquellas atribuciones que lo permitan restablecer el orden, dentro de una legalidad marcial, que asegure el mínimo respeto debido a la persona humana.

"Aunque no fuera jurídicamente indispensable —pues el artículo original así debe entenderse—, consideró la Subcomisión importante poner énfasis en la idea de que los decretos extraordinarios que se dicten durante el estado de sitio deben referirse necesariamente al restablecimiento

del orden. Por ésto, al disponer que las facultades del Presidente se limiten a suspender las disposiciones incompatibles con el estado de sitio, agregó la frase 'y a sólo proveer en las materias que conciernen al restablecimiento de dicho orden'. Se subraya así la finalidad propia de la norma, para evitar torcidas interpretaciones, y al propio tiempo se provee expresamente a la facultad, que estaba meramente implícita en la redacción original, según la cual el Gobierno no sólo puede suspender ciertas normas sino dictar las providencias que deban reemplazarlas.

"En el proyecto de los honorables Comisionados, doctores Pérez, Serna y Bernal Jiménez, se propone restringir las facultades presidenciales a la suspensión de las meras leyes ordinarias que sean incompatibles con el estado de sitio, con la evidente intención de excluir la posible suspensión de normas constitucionales. Sobre este punto, existen discrepancias entre los intérpretes de la Carta vigente, pues cuando el artículo habla de que pueden suspenderse las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, se preguntan si la Carta se refiere sólo a las leyes ordinarias, dictadas por el Congreso, o si aquella expresión comprende también las leyes constitucionales.

"En esta materia existen normas constitucionales que rigen siempre, aun en tiempo de anormalidad, y que constituyen lo que se ha denominado la legalidad marcial. Son aquellas que expresamente indican que su vigencia opera 'aun en tiempo de guerra' o que establecen prohibiciones que no pueden suspenderse 'en ningún caso'. Existen otras disposiciones que, a la inversa, y por propio mandato constitucional, solamente se aplican 'en tiempo de paz'. Es claro que estas últimas, no solamente pueden suspenderse durante la turbación del orden público, sino que, puede afirmarse, dejan de regir automáticamente en estado de sitio.

"Pero existen muchas otras disposiciones, la mayoría de las de la Carta, cuya redacción no indica que deben aplicarse aún en tiempo de guerra, ni tampoco limitan su vigor al tiempo de paz. Respecto de éstas, se plantea el problema de su posible suspensión cuando sean incompatibles con el estado de sitio.

"Vuestra Subcomisión al analizar el problema ha observado que muchas disposiciones cuya vigencia no se limita a las épocas normales, evidentemente pueden y aun deben ser suspendidas en caso de guerra exterior o de conmoción interior. Así ocurre con la garantía del derecho de huelga o con la inviolabilidad de la correspondencia. Si se admite la tesis de que no puede suspenderse ninguna norma constitucional, salvo las que se han dictado sólo para tiempo de paz, sería inexequible todo decreto que prohibiera las huelgas en tiempo de guerra, ya que no valdría decir que corresponde a la ley regular su ejercicio, pues ello no autorizaría para invalidar una garantía constitucional. Tampoco podría establecerse, ni en caso de guerra exterior, censura a la correspondencia. Lo propio puede afirmarse de muchas otras disposiciones del Título III y de la organización misma del Estado.

"No ha querido la Subcomisión indicar expresamente que el Presidente tenga la facultad de suspender las disposiciones constitucionales, pues ello podría equivaler a una invitación a que lo hiciera sin ninguna restricción ni responsabilidad. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o del Tribunal a que se confía la guarda de la integridad de la Constitución, establecer si el Gobierno se ha excedido en la facultad de suspender normas incompatibles con el estado de sitio. Especialmente tocará a la misma Corte, cuando juzgue al Presidente o a los Ministros, deducir la responsabilidad que les incumba por infracción de la Constitución o por abuso en el ejercicio de sus atribuciones" (Eduardo Ruiz Martínez. "Apuntamientos a un Proyecto de Reforma Constitucional", 1956. Tomo I, págs. 288 y 289).

Anota la Corte, con referencia a la última parte de la transcripción precedente, que si es verdad, como ella lo ha dicho y lo afirma la Subcomisión de Estudios Constitucionales, que hay normas del Estatuto que rigen en todo tiempo y otras que no se aplican en caso de guerra exterior o de conmoción interna, ello no significa propiamente que los preceptos de la Carta puedan ser suspendidos, como las leyes, por el Presidente de la República, sino que aquéllos que no son de obligatorio imperio en época de anormalidad, ceden automáticamente frente al cumplimiento de las disposiciones concretas que el Gobierno adopta, dentro de las facultades del artículo 121, para la guarda o el restablecimiento del orden.

La Corte deja constancia de que en la anterior exposición doctrinal se recogen y refunden los estudios presentados en diferentes ocasiones ante la Sala Plena por los Magistrados Aníbal Cardoso Gaitán, Luis Enrique Cuervo, Jesús Estrada Monsalve y Agustín Gómez Prada.

Examinada ampliamente la doctrina que suscitan la presente demanda y la vista del señor

Procurador General de la Nación respecto a las facultades de la Corte para calificar la conexidad o inconexidad de un decreto legislativo con la guarda del orden público, la Sala Plena hace las siguientes consideraciones sobre el caso que ahora tiene a su conocimiento:

Según la parte final del inciso 1º del artículo 181 de la Ley 105 de 1931, entre los días de vacancia judicial se comprende el lapso de veinte de diciembre al veinte de enero inclusive.

Normalmente corresponde al Congreso señalar por medio de una ley ordinaria las vacaciones anuales de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional del poder público, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, ordinal 2º de la Constitución.

El Decreto Nº 3664 de 1950, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Carta, reduce el lapso de dichas vacaciones al término comprendido entre el 20 de diciembre y el 10 de enero, para lo cual se declaran suspendidas las disposiciones legales contrarias. O sea, que por medio del decreto legislativo citado se adoptó una norma transitoria para reglamentar las vacaciones anuales de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional, y se suspendió al mismo tiempo, en lo pertinente, la disposición del artículo 181 del Código Judicial.

En los considerandos del decreto acusado se afirma, como fundamento de éste, que "toda medida tendiente a intensificar el servicio de la justicia contribuirá al restablecimiento del orden público".

Para el demandante el decreto acusado no guarda relación alguna con el restablecimiento del orden público, pues él no fue dictado "para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento". Y los fundamentos del decreto, en su sentir, excluyen el concepto de que la ley suspendida "sea incompatible con el estado de sitio".

En cambio, para el señor Procurador General de la Nación es premisa evidente a todas luces que "todo lo que afecte desfavorablemente la justicia, afecta también el orden público y dificulta su restablecimiento y todo cuanto vaya en bien de la justicia, de su eficacia, de su prontitud al administrarla, redunda, asimismo, en beneficio del orden público y de su rápido restablecimiento".

Aplicando la doctrina antes expuesta, la Corte considera que en el presente caso no aparece, en forma clara y evidente, falta de conexión de la norma acusada con el restablecimiento del orden público. Durante una época de anormalidad por conmoción interna, es previsible que para la restauración de la paz y la tranquilidad social sea necesario intensificar el trabajo de los funcionarios encargados de administrar justicia, a fin de que los delitos sean investigados y sancionados eficazmente y de que todos los derechos tengan oportuna protección de parte del Estado. Y por lo demás, parece natural que en época de anormalidad pueda exigirse por el Gobierno, supremo guardián del orden público, mayor contribución personal de los servidores del Estado para un rendimiento extraordinario en todas sus labores.

Comprendida la noción de orden público en la forma antes explicada, la calificación del Ejecutivo sobre la conexidad del decreto acusado con la guarda del orden, debe prevalecer y, en consecuencia la Corte habrá de resolver favorablemente a su constitucionalidad.

Como es obvio, no incumbe a la Corte pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la norma transitoria adoptada respecto de vacaciones judiciales, y por ende, son improcedentes los razonamientos del demandante al respecto.

Por las consideraciones hechas no aparece que el Decreto Número 003664 de 1950 haya violado los artículos 76 y 121 de la Constitución.

Ni encuentra la Corte que por otros aspectos el acto demandado infrinja los ordenamientos de la Ley Fundamental.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, resuelve:

Es exequible el Decreto número 003664 de 1950 (diciembre 12) por el cual se determinan los días de vacancia judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los señores Ministro de Gobierno y de Justicia, y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre U.—Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora—Aníbal Cardoso Gaitán—Jesús Estrada Monsalve—Roberto Goenaga—Agustín Gómez Prada—Ignacio Gómez Posse—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez — Julio Pardo Dávila — Camilo Kinrón Lara—José Joaquín Rodríguez — Octavio Laserna Villegas, Conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 3º Y 5º DEL DECRETO 1403 DE 1948

El Decreto 1403 rigió primeramente entre los días 16 y 18 de abril de 1948, por razón del estado de sitio, y después entre el 17 de enero de 1949 y el 18 de julio del mismo año, en virtud de las facultades extraordinarias que otorgó el Congreso hasta el 31 de diciembre de 1949 para reorganizar la Policía Nacional, que el Presidente de la República ejercitó parcialmente al revivir el Decreto 1403 y que agotó posteriormente al expedir el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional (Decreto 2136 de julio 18 de 1949).

La vigencia del Decreto 1403 expiró definitivamente, por lo tanto, desde el 18 de julio de 1949, y en las demanda de inexequibilidad —como lo ha dicho la Sala en constante jurisprudencia— no hay lugar a decidir en el fondo sobre la disposición o disposiciones acusadas cuando éstas han dejado de regir en el momento de dictarse el fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Obrando en su propio nombre y en ejercicio del derecho consagrado en el inciso 2º del artículo 214 de la Constitución Nacional, el doctor Alfonso Uribe Noguera ha acusado de inconstitucionalidad ante la Corte los artículos 3º y 5º del Decreto número 1403 de 30 de abril de 1948, dictado por el Presidente de la República en virtud de las facultades a que se refiere el artículo 121 de la Carta.

En la parte acusada, dispone el artículo 3º: "El Gobierno y el Director General de la Policía Nacional procederán a dar de baja a todo el personal uniformado de la Institución"; y el artículo 5º, acusado en su integridad, establece: "Queda suspendida la vigencia de los artículos 6º y 22 de la ley 72 de 1947 y la de las disposiciones contrarias al presente Decreto".

Como textos infringidos, se señalan por el actor los artículos 30 y 121 del Estatuto Fundamental.

El concepto de violación

A.—Se hace consistir el quebranto del artículo 3º en que, al darse de baja a todo el personal uniformado de la Policía Nacional y al decretarse la suspensión de los artículos 6º y 22 de la ley 72 de 1947, se desconocieron "derechos adquiridos" por los miembros de aquella institución. Los artículos suspendidos dice, en su orden:

"**Artículo 6º** — Los Agentes, Cabos, Sargentos, Alféreces, Oficiales de la Policía Nacional, que después de quince (15) años de servicio continuo o discontinuo sean retirados o se retiren voluntariamente, tendrán derecho a que se les ascienda al grado inmediatamente superior, siempre que tengan por lo menos dos (2) años de servicio en su grado. Esto para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo".

"**Artículo 22.** — Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que sean retirados sin solicitud propia por causas distintas de mala conducta debidamente comprobada, percibirán el sueldo y primas correspondientes hasta que se les paguen las prestaciones a que tienen derecho según las leyes vigentes".

Sostiene el demandante que la primera de las normas transcritas presenta un aspecto jurídico, de orden cronológico, en que el derecho nace por el transcurso del tiempo, de tal modo que el retiro del empleado (cualquiera que sea la causa que lo provoca), agregado al factor correlativo de quince años de servicio continuo o discontinuo, engendra el bien patrimonial del ascenso, para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro; y que la segunda ofrece un aspecto que nace como consecuencia inmediata del retiro voluntario o no, según el caso. Y agrega:

"Ahora bien: este derecho —adquirido por la sola virtud de que concurran los requisitos señalados en el artículo 22— nace 'per se', como facultad constitutiva, y, de esta suerte, viene a ser puramente declarativa en sus efectos la resolución que lo reconoce.

"Por manera que aquí no podría hablarse de meras expectativas, siendo así que éstas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene (artículo 17 de la ley 153 de 1887), sino de un auténtico derecho, incorporado automáticamente al patrimonio de los titulares que el día treinta de abril de mil novecientos cuarenta y ocho se encontraban amparados por la norma contenida en el comentado artículo 6º de la ley 72 de 1947, o bien por la del artículo 22 ibidem.

"Y si ello es así, este beneficio, llámesele garantía institucional, derecho adquirido o patrimonial en abstracto, debe ser protegido por orden del constituyente, con el objeto de sustraerlo, o a cambiantes mayorías parlamentarias o a facultades ejecutivas extraordinarias, procurándole así el mayor grado posible de estabilidad al impedir su caprichosa modificación".

B.—Estima, finalmente, el actor que los preceptos acusados se oponen al artículo 121 de la Carta, porque la Rama Ejecutiva del Poder Público no podía, con base en las facultades extraordinarias que esta norma superior confiere, suspender con efecto retroactivo, como incompatible con el estado de sitio, la vigencia de los aludidos artículos 6º y 22 de la ley 72 de 1947; y al efecto expone:

"El comentado artículo 121 autoriza al gobierno para **suspender** (no para derogar explícita o implícitamente) normas **legales cuya incompatibilidad** con el estado de sitio resulte manifiesta.

"Si esto es así; si el término 'incompatibilidad' supone un estado tal de cosas que pugne abiertamente con determinado régimen o estatuto legal; si éste entraña grave quebranto para la subsistencia del orden público o para el normal desarrollo de las facultades extraordinarias que la Constitución concede al Presidente, es apenas natural que tal funcionario pueda suspender transitoriamente su vigencia, porque, ante la hipótesis contraria, resultarían en abierta contradicción el ejercicio eficaz de tales facultades y la norma positiva de derecho que prohibiera o entrabara un poder discrecional imprescindible.

"Mas cuando el vigor de la ley, como tal, no pugna con el estado de sitio; cuando éste y aquélla se armonizan, se compenetran o complementan recíprocamente; cuando la eficacia jurídica de la norma positiva se relieva más en el estado de sitio que en condiciones sociales normales, es sencillamente aberrante e inconstitucional empeñarse en suspenderla o derogarla implícitamente, porque ello constituye un abuso de poder, una extralimitación de funciones públicas a todas luces inadmisible...

"Huelga decir que los disturbios y graves acontecimientos ocurridos el 9 de abril y siguientes, provocaron una conmoción interior de repercusiones trascendentales, cuyos efectos exigían el ejercicio gubernamental inmediato de facultades extraordinarias.

"Desde tal punto de vista resultaba apenas lógico e imperativo el Decreto que hubo de declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República: del mismo modo que las circunstancias anormales y de pánico surgidas a raíz de los sucesos de abril, impusieron la acción enérgica del gobierno para contrarrestar en lo posible las funestas consecuencias de orden social, político y económico engendradas por la rebelión.

"Empero la actitud del Jefe del Ejecutivo en tal evento, debía ceñirse en forma rigurosa a la norma jurídico-constitucional que señalaba sus funciones, sin que éstas lo trocaran en legislador 'ad hoc' o en usurpador de atributos públicos que la Carta reservara exclusivamente al Congreso, en quien 'reside la potestad de hacer las leyes'.

"Y si no podía el Presidente derogar la ley, ni suspender su vigencia sino en caso de incompatibilidad manifiesta con el estado de sitio, síguese de ello que sus facultades extraordinarias, si bien concedidas en abstracto por el Constituyente, debían ser aplicadas parsimoniosamente, mediante una indispensable gravitación dentro de la órbita, de prudencia y equidad que el Derecho y la Constitución demandaban".

La vista fiscal

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que es constitucional el artículo 3º acusado, porque la situación jurídica de los empleados públicos frente al Estado no es contractual sino legal o reglamentaria, ya que "desde el nombramiento hasta después del retiro se hallan sometidos a las condiciones fijadas por la ley, sin que ellos posean derecho para discutirlas, en ningún instante"; porque es al legislador a quien corresponde crear y reglamentar la Policía Na-

cional, de donde se deduce que "la ley, o el Decreto con fuerza de ley, pueden modificar en cualquier momento las disposiciones legales vigentes sobre la materia"; porque "Ningún empleado público puede alegar ante la ley que ésta carezca de competencia para suprimirle su empleo o para prescindir de sus servicios (excepción hecha, claro está, de aquellos cargos que tienen prerrogativas constitucionales relativas al período o al sueldo)", y porque "La Constitución no concede a los miembros de la policía prerrogativas especiales en cuanto a período, remoción ni prestaciones".

Pasa luego a analizar el artículo 5º demandado, y después de transcribir los artículos 6º y 22 de la ley 72 de 1947 suspendidos por tal norma, razona de esta manera:

"Como se ve, ambas disposiciones se refieren a prestaciones concedidas por el legislador para el caso de retiro de miembros de la policía nacional. De conformidad con la doctrina expuesta anteriormente es indudable el derecho de la ley para modificar en cualquier momento las condiciones del retiro, que ocurra con posterioridad al acto modificatorio. En cambio, tal acto no puede afectar las situaciones jurídicas concretas adquiridas con anterioridad, porque éstas como ya se ha dicho, constituyen derechos adquiridos. En el presente caso ocurre algo que quizá la doctrina no ha tenido oportunidad de analizar: el retiro y la modificación de sus condiciones se produjeron simultáneamente, en el instante en que entró a regir el decreto; o, mejor dicho un mismo acto jurídico dispuso el retiro y la modificación de sus condiciones.

"En mi sentir no habiendo hecho uso el Gobierno de su facultad, en época de turbación del orden público, de decretar expropiaciones, lo jurídico es entender que en el instante del retiro decretado se hallaban vigentes las disposiciones suspendidas y que en consecuencia, los retirados tenían un derecho adquirido, de conformidad con tales disposiciones. Me parece que esta interpretación es la más acorde con la significación de equidad y de respeto al derecho del artículo 30, que impide al legislador vulnerar los derechos adquiridos. Como es bien posible que no todo el personal de la policía se encontrara el 30 de abril en las situaciones previstas por los artículos 6º y 22 copiados, opino que la H. Corte debería declarar inexequible el artículo 5º demandado, en cuanto su aplicación pudiera afectar derechos adquiridos de conformidad con los artículos 6º y 22 de la ley 72 de 1947 y las demás disposiciones legales relacionadas con ellos en el momento de producirse la baja decretada en el artículo 3º del mencionado decreto".

Fue muy breve la Procuraduría con referencia a la violación del artículo 121, pues al respecto manifestó únicamente:

"Expreso una vez más mi concepto de que es solamente al Presidente de la República junto con todos sus Ministros a quienes corresponde definir qué leyes o disposiciones de ellas son incompatibles con el estado de sitio, y que, la H. Corte Suprema y el Procurador carecen de elementos de juicio para declarar con certidumbre, fundados sobre multitud de hechos y circunstancias que el Gobierno sí puede conocer, si ciertamente pugna con el estado de sitio o con la necesidad de restablecer el orden público, una determinada disposición legal".

Consideraciones de la Sala:

El Decreto de que hacen parte las disposiciones acusadas se dictó en desarrollo de los Decretos Legislativos 1239 y 1259 de 10 y 16 de abril de 1948, por los cuales se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, y dejó de regir el 16 de diciembre siguiente, fecha de expedición del Decreto 4144 "por el cual se levanta el estado de sitio en todo el territorio de la Nación", de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 121 de la Carta. En la fecha últimamente mencionada, el Congreso revistió al Presidente de la República, hasta el 31 de diciembre de 1949, de facultades extraordinarias para reorganizar la Policía Nacional, y con base en ellas se expidió el Decreto 86 de 17 de enero de ese año, por cuyo artículo único se dispuso: "Mientras el Gobierno reorganiza la Policía Nacional en uso de las facultades que le confiere el artículo 1º de la ley 93 de 1948, continuarán rigiendo los Decretos números 1403 de 30 de abril de 1948 'por el cual se reorganiza la Policía Nacional' y 2244, de 3 de julio del mismo año... Parágrafo. Este Decreto rige desde su fecha". Finalmente, el Presidente de la República reorganizó la Policía Nacional por el Decreto 2136 de 18 de julio de 1949, que reglamentó íntegramente la materia.

Resulta de lo anterior que el Decreto 1403 rigió primeramente entre los días 10 y 16 de abril y 16 de diciembre de 1948, por razón del estado de sitio, y después entre el 17 de enero de 1949 y

el 18 de julio del mismo año, en virtud de las facultades extraordinarias de que se ha hecho mención, que el Presidente de la República ejercitó parcialmente al revivir el Decreto 1403 y que agotó posteriormente al expedir el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional.

La vigencia del Decreto 1403 expiró definitivamente, por lo tanto, desde el 18 de junio de 1949, y en las demandas de inexequibilidad —como lo ha dicho la Sala en constante jurisprudencia— no hay lugar a decidir en el fondo sobre la disposición o disposiciones acusadas cuando éstas han dejado de regir en el momento de dictarse el fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, previa audiencia de la Procuraduría General de la Nación, DECLARA que no es el caso de pronunciarse sobre los artículos 3º y 5º del Decreto 1403 de 30 de abril de 1948, por sustracción de materia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y comuníquese.

Luis Felipe Latorre U.—Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora — Aníbal Cardoso Gaitán— Jesús Estrada Monsalve — Agustín Gómez Prada. José Ignacio Gómez Posse — José J. Gómez –Roberto Goenaga — José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Camilo Rincón Lara—José Joaquín Rodríguez—Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1974 DE 1955—SUSTRACCION DE MATERIA.—EXCEPCION PERENTORIA DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

1.—Por Decreto 1974, expedido el 19 de julio de 1955, se aplaza "la próxima reunión ordinaria de la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa", es decir, la que debía instalarse al día siguiente (20 de julio de 1955) y terminar el 20 de diciembre del mismo año. De donde resulta que el Decreto 1974 a que se contrae la demanda no tiene hoy vigencia porque, de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte, únicamente corresponde a ella ejercer su ministerio de velar por la integridad de la Constitución cuando está vigente el acto acusado, pues sólo así es posible averiguar si éste viola algún precepto de la Carta. En otros términos: para que sea conducente declarar que una determinada Ley o Decreto de aquellos a los cuales se extiende la jurisdicción constitucional de la Corte es inexequible, o lo que es lo mismo, que deja de regir, se requiere actualidad, pues de otro modo no puede decirse que hay conflicto: y si éste no existe, se carece entonces de materia sobre la cual pronunciarse.

2.—No es el caso de examinar los argumentos de la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el señor Procurador, porque ello sería oportuno si se fuera a considerar el planteamiento del escrito en que se solicita la declaración de inexequibilidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

En acción de inexequibilidad ha sido demandado ante la Corte el Decreto número 1974 de 19 de julio de 1955, del siguiente contenido:

"**Decreto número 1974 de 1955, julio 19**, por el cual se toma una determinación en relación con la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, especialmente de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y considerando:

"Que en virtud del Decreto número 3518 de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que, además, los sucesos de violencia ocurridos en los días inmediatamente anteriores en diversos lugares de la Nación, destacan ampliamente la necesidad imperiosa de mantenerlo;

"Que la reunión ordinaria de corporaciones, el Congreso, o de las que cumplan las funciones del mismo, es incompatible con el estado de sitio, de acuerdo con la naturaleza de éste y con la tradición institucional del país;

"Que, como muy bien lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones (sentencia del 12 de junio de 1945, sobre exequibilidad de los Decretos números 1640 y 1644 de 13 y 14 de julio de 1944; y sentencia del 19 de abril de 1955, sobre exequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto número 2072 de 1950), frente a los preceptos del Estatuto Constitucional que garantizan los derechos individuales y sociales y organizan las instituciones, "los poderes extraordinarios del Presidente en el estado de sitio, correspondientes a su responsabilidad y a los deberes que la Constitución le señala para la guarda del orden público", son siempre "fuente de restricción":

"Que de conformidad con la interpretación auténtica unánimemente adoptada por la Comisión 5ª de la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, al estudiar el proyecto de Acto Legislativo número 2 de 1954, que establece para tal entidad la reunión por derecho propio, en casos de turbación del orden público, para la Asamblea Nacional Constituyente Legislativa en sus relaciones con el Gobierno, rigen las mismas normas y prácticas que para el Congreso,

"DECRETA:

"Artículo primero.—Mientras subsista la actual situación de orden público, aplázase la próxima reunión ordinaria de la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa.

"Parágrafo.—El Gobierno Nacional podrá convocar la Asamblea a sesiones extraordinarias cuando lo juzgue conveniente.

"Artículo segundo.—El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 19 de julio de 1955"

Vienen a continuación las firmas del señor Presidente de la República y las de todos los Ministros.

—

En dos escritos —presentados con intervalo de 12 días— se apoya el autor para solicitar la declaración mencionada. En el primero afirma que el Decreto viola los artículos 2, 55, 121, 122 y 141 de la Constitución Nacional; y en el segundo, corroborante del anterior, cita como infringido el artículo 2º del Acto Legislativo número 2 de 1954, que dice así:

"Artículo segundo.—La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa se reunirá ordinariamente, por derecho propio, el 20 de julio de cada año en la Capital de la República, y sus sesiones ordinarias durarán 150 días".

Los argumentos que él aduce como presupuestos de sus conclusiones, pueden sintetizarse en estos términos: a) que el Gobierno, que deriva sus poderes de la Constitución, no puede ir contra lo que ella dispone; b) que el Decreto 1.974 de 1955 deroga la facultad de la Asamblea Nacional Constituyente para reunirse por derecho propio; y c) que no se oyó al Consejo de Estado antes de dictar el Decreto 1.974, desatendiendo el mandato del artículo 122 de la Carta, que es imperativo no sólo para declarar turbado el orden público sino cada vez que se adopte una medida encaminada a restablecerlo, porque así se deduce del término "providencias" que aparece en el artículo 122 citado.

Hace también el demandante algunas consideraciones fuera de lugar sobre el hecho de que exista una Asamblea Constituyente en receso con respecto a su funcionamiento pero no a los gastos que ocasionan sus componentes.

Solicitud de la Procuraduría

El señor Procurador General de la Nación, después de un detenido y meditado examen del problema sometido a su estudio, formula estas dos peticiones:

"Primero: Que se declare la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, por haber el demandante omitido y haberse luego negado a cumplir con los requisitos impuestos por la Ley 96 de 1936.

"Segundo: Que si en su sabiduría la H. Corte decide que no hay lugar a pronunciarse sobre excepciones en los juicios de inexequibilidad o que tal excepción no está acreditada, declare que el Decreto número 1.974 de 1955 es exequible".

Se considera:

Plantea el demandante una pugna entre un acto constitucional y un decreto legislativo. En el primero, como ya se ha visto, se dispone que la Asamblea Nacional Constituyente "se reunirá ordinariamente, por derecho propio, el 20 de julio de cada año en la capital de la República", y se fija en ciento cincuenta días el período de esas sesiones (ordinarias). En el segundo, expedido el 19 de julio de 1955, se aplaza "la próxima reunión ordinaria" de dicha Asamblea, es decir, la que debía instalarse al día siguiente (20 de julio de 1955) y terminar el 20 de diciembre del mismo año. De donde resulta que el Decreto 1974 a que se contrae la demanda no tiene hoy vigencia ni la tenía en la fecha en que el señor Procurador emitió su concepto (26 de mayo del año en curso), el que, por lo mismo, y no obstante su gran importancia, no podrá referirse la Corte, porque de conformidad con reiterada jurisprudencia, únicamente le corresponde a ella ejercer su ministerio de velar por la integridad de la Constitución cuando está vigente el acto acusado, pues sólo así es posible averiguar si éste viola algún precepto de la Carta. En otros términos: para que sea conducente declarar que una determinada Ley o Decreto de aquellos a los cuales se extiende la jurisdicción constitucional, de la Corte es inexequible, o lo que es lo mismo, que deje de regir, se requiere actualidad, pues de otro modo no puede decirse que hay conflicto; y si éste no existe, se carece entonces de materia sobre la cual pronunciarse.

—

Tampoco es el caso de examinar los argumen-

los de la excepción perentoria de inoptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el señor Procurador, porque ello sería oportuno si se fuera a considerar el planteamiento del escrito en que se solicita la declaración de inexequibilidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

RESUELVE:

No es el caso de decidir sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto Legislativo número 1.874 de 1955.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora—Aníbal Cardoso Gaitán—Jesús Estrada Monsalve — Roberto Goenaga—José J. Gómez—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez—Camilo Rincón Lara—José Joaquín Rodríguez—Domingo Sarasty Montenegro—Julio Pardo Dávila — Luis Zafra — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE HECHO. — EXPIRACION DEL PODER POR SUSPENSION DEL APODERADO EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO.—SUSPENSION E INTERRUPCION DEL JUICIO.—ORDINAL 4º DEL ARTICULO 370 DEL CODIGO JUDICIAL

1. —La inhabilidad del apoderado en el juicio, a virtud de sanción disciplinaria impuesta por la autoridad judicial, consistente en suspensión en el ejercicio profesional, produce la expiración del poder con que venía actuando en el juicio (ord. 4º, artículo 376, C. J.).

Esta situación, conforme a la ley procesal determina una crisis del procedimiento, caracterizada en la suspensión de términos. En el momento en que el poder expira el juicio se suspende. La suspensión es consecuencia de la expiración del mandato, su inmediato antecedente.

2.—Lo que la ley manda y quiere que se haga, en guarda del derecho de defensa, es que en el proceso quede testimonio auténtico de que la parte privada de representación en el juicio tenga conocimiento de este hecho y pueda constituir nuevo apoderado, para que la litis no continúe desarrollándose sin su audiencia y tenga así cumplido efecto el mandato constitucional, a virtud del cual, nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada proceso. Tal exigencia no quedaría satisfecha con el informe particular que el apoderado diera al mandante sobre la circunstancia de haber perdido su capacidad procesal para continuar en ejercicio del mandato.

3.—En la moderna doctrina procesal, consagrada en algunos códigos de procedimiento civil extranjero, los hechos externos al proceso, ajenos a la actividad de las partes, como la muerte del litigante o de su apoderado, o la inhabilidad de éste para el ejercicio de la profesión de abogado, dan lugar al fenómeno de la interrupción del juicio, así como los hechos que se producen dentro de éste, por obra de la ley o de la voluntad de los litigantes, como por ejemplo, la denuncia del pleito, el conflicto de competencia, la acumulación de autos, etc., ocasionan su suspensión, figura procesal distinta de la anterior.

Aunque el Código Judicial, en su artículo 370, identifica la suspensión con la interrupción del proceso, no se aparta de la ciencia procesal al señalar sus efectos, en ambos fenómenos idénticos, a saber: la paralización del juicio. Se ajusta también a los principios del derecho procesal al señalar el término de esta crisis del procedimiento cuando la interrupción se produce por la expiración del mandato judicial, esto es, hasta que se haga saber a la parte que ha quedado privada de representación en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. Bogotá, junio diecinueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

La señora Victoria Bustos, obrando como representante legal de su hijo menor Jaime Bustos, promovió, por medio de apoderado, juicio ordinario contra la sucesión de José Lozano Rodríguez, representada por sus herederos, entre los cuales figuran Dolores Manuela, Concepción y Flora Lozano Rodríguez, de quienes es apoderado en el juicio el doctor Nicolás González Torres.

El objeto del proceso es obtener que se hagan en la sentencia, entre otras declaraciones, la de

que el menor Jaime Bustos es hijo natural del causante José Lozano Rodríguez.

Al decidir el pleito en segunda instancia acogió el Tribunal Superior de Ibagué la referida declaración, previa revocatoria de la sentencia de primer grado, desfavorable a la parte actora.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el doctor González Torres el recurso de casación, que le fue denegado; inconforme con tal decisión, ha recurrido de hecho ante la Corte, para que ésta se lo otorgue.

En tiempo fue interpuesto el recurso de hecho, y el recurrente lo ha sustentado oportunamente ante esta Superioridad.

Con el memorial en que se funda el recurso se han traído a la Corte las piezas pertinentes del proceso, que comprenden la sentencia de segunda instancia y toda la actuación surtida en el juicio, desde que el fallo se dictó, hasta la providencia que ordenó expedir las copias para los efectos del recurso de que se ha hablado.

Antecedentes

La documentación de que se ha hecho mérito acredita, entre otros hechos, los siguientes:

a) Que el 23 de febrero del corriente año venció el término señalado por la ley para recurrir en casación contra el fallo de segunda instancia, pronunciado el 17 de enero anterior y notificado a las partes por edicto.

b) Que en memorial de 18 de febrero, esto es, dentro de la oportunidad legal, interpuso el doctor González Torres el recurso de casación.

c) Que el Tribunal denegó el recurso porque, según informe de su Secretario, cuando esa actividad procesal se cumplió, comenzaba a correr el término de la suspensión por un mes en el ejercicio de la profesión de abogado, que como sanción disciplinaria le impuso la Corte al doctor González Torres, en providencia ejecutoriada de su Sala de Negocios Generales, es decir que para la fecha en que recurrió en casación, se hallaba inhabilitado para continuar en el desempeño del mandato que le había sido confiado en el juicio.

d) Que en memorial del dos de marzo, el doctor González Torres sustituyó el poder en el doctor Sigifredo Vivas Borjo, quien al aceptar el mandato manifestó que coadyuvaba la gestión hecha oportunamente por el apoderado principal al interponer el recurso de casación. Debido a informalidades en la presentación personal del memorial de sustitución, subsanadas después, el Tribunal sólo vino a reconocer personería al abogado sustituto en providencia del 12 de abril.

Para negar el recurso de casación, el Tribunal expone las siguientes razones:

"Como el doctor González Torres interpuso el recurso de casación cuando no podía ser oído, pues había sido suspendido en el ejercicio de su profesión según constancia secretarial que obra al folio 24 del cuaderno número 3° y la manifestación del apoderado sustituto de que coadyuva tal pedimento solamente puede tenerse en cuenta a partir de la presentación personal del memorial por medio del cual se le sustituyó el poder, fecha en que ya había vencido el término legal para interponer el recurso, es el caso de negarlo, en consideración a que debe tenerse como interpuesto extemporáneamente.

"Es verdad que el doctor González Torres no había obrado a nombre propio sino como mandatario de sus poderdantes, pero no lo es menos que el representante judicial de una persona, para poder ser oído, tiene que hallarse en condiciones legales adecuadas".

Afirma el recurrente de hecho, al sustentar el recurso ante la Corte, que el apoderado sustituto coadyuvó oportunamente el de casación interpuesto por el apoderado principal, y que el mandatario sustituto ratificó expresamente la actuación cumplida por él desde que le fue sustituido el poder hasta que se le reconoció personería en el juicio.

Dice además en uno de los pasos de su escrito:

"De ello, (alude al celo con que el legislador protege el derecho de defensa) es la mejor prueba la preocupación que dictó (sic) los tres últimos ordinales del artículo 370 del C. J. No es posible englobar, en una sanción contra un tercero, a personas que nada han tenido que ver ni con aquélla ni con las causas que la produjeron. Y menos aún tratar de comprenderlas en las consecuencias de esa pena, urgiendo inusitadamente, a pesar de la ley y de la jurisprudencia, la aplicación de aquélla. El legislador ha querido no dificultar la defensa de un derecho sino facilitarla...".

La Corte considera:

Se trata de saber si la inhabilidad del apoderado en el juicio, a virtud de sanción disciplinaria impuesta por la autoridad judicial, produce de inmediato la pérdida de la investidura, sin nin-

guna consecuencia en el proceso en que el apoderado actúa.

Es esa la tesis que sostiene el Tribunal Superior de Ibagué, y con fundamento en ella negó el recurso de casación de que se viene haciendo referencia.

La Corte no la encuentra legalmente aceptable, por las razones siguientes:

El Código Judicial, en su artículo 370, dispone:

"Los términos no corren en un negocio determinado:

"..... ....

"4º Por la expiración del poder o de la representación legal, hasta que el hecho se haga saber a quien puede seguir en ella".

Reconoce el Tribunal que por inhabilidad sobreviniente del apoderado doctor González Torres, expiró el poder con que venía actuando en el juicio, fenómeno de indiscutible evidencia.

Esa situación, conforme a la ley procesal determina una crisis del procedimiento, caracterizada en la suspensión de los términos. En el momento en que el poder expira el juicio se suspende. La suspensión es consecuencia de la expiración del mandato, su inmediato antecedente. El Tribunal reconoció y le dio plena eficacia al antecedente y negó el consecuente.

Ha debido el Tribunal poner en conocimiento de los mandantes del doctor González Torres el hecho generante de su inhabilidad profesional, en acatamiento a lo dispuesto en la norma del Código Judicial, antes transcrita. Al desconocerla, rompió el principio sobre equilibrio procesal en ella consagrado, colocando a los herederos de la sucesión demandada, representados por el doctor González Torres, en situación de inferioridad frente a la parte contraria, dando lugar a la grave consecuencia que muestran los autos, esto es, el sacrificio de un derecho, sin haberle dado oportunidad a su titular para ejercitarlo.

El hecho determinante de la inhabilidad sobreviniente en el nombrado apoderado, era conocido del Tribunal, según diversos informes de su Secretario: tan enterado estaba de su ocurrencia, que en él se fundó para negarle al doctor González Torres el recurso de casación.

En una de sus providencias dice el Tribunal que correspondía al doctor González Torres comunicar a sus mandantes el hecho que produjo su inhabilidad, a efecto de que tomaran las medidas adecuadas a su defensa.

A lo cual observa la Corte que lo que la ley manda y quiere que se haga, en guarda del derecho de defensa, es que en el proceso quede testimonio auténtico de que la parte privada de representación en el juicio tenga conocimiento de este hecho y pueda constituir nuevo apoderado, para que la litis no continúe desarrollándose sin su audiencia y tenga así cumplido efecto el mandato constitucional, a virtud del cual, nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada proceso. Tal exigencia no quedaría satisfecha con el informe particular que el apoderado diera al mandante sobre la circunstancia de haber perdido su capacidad procesal para continuar en ejercicio del mandato.

En la moderna doctrina procesal, consagrada en algunos códigos de procedimiento civil extranjeros, los hechos externos al proceso, ajenos a la actividad de las partes, como la muerte del litigante o de su apoderado, o la inhabilidad de éste para el ejercicio de la profesión de abogado, dan lugar al fenómeno de la interrupción del juicio, así como los hechos que se producen dentro de éste, por obra de la ley o de la voluntad de los litigantes, como por ejemplo, la denuncia del pleito, el conflicto de competencia, la acumulación de autos, etc., ocasionan su suspensión, figura procesal distinta de la anterior.

Aunque el Código Judicial, en su artículo 370, identifica la suspensión con la interrupción del proceso, no se aparta de la ciencia procesal al señalar sus efectos, en ambos fenómenos idénticos, a saber: la paralización del juicio. Se ajusta también a los principios del derecho procesal al señalar el término de esta crisis del procedimiento cuando la interrupción se produce por la expiración del mandato judicial, esto es, hasta que se haga saber a la parte que ha quedado privada de representación en el juicio.

Se anotó también que el doctor González Torres interpuso en tiempo (15 de febrero) el recurso de casación, acto procesal que no podía surtir efectos por haberse iniciado ese día su inhabilidad profesional: pero como la inhabilidad no fue puesta en conocimiento de sus mandantes, debe considerarse suspendido el juicio, o interrumpido para hablar con más propiedad, desde el citado 15 de febrero.

La interrupción cesó el 12 de abril, fecha en que el Tribunal reconoció al apoderado sustituto doctor Vivas Borja, y como éste, según también se dejó anotado, desde que le fue sustituido el

mandato coadyuvó la petición presentada por el mandatario principal relativa a la interposición del recurso de casación, debe concluírse que éste fue interpuesto en tiempo y por persona hábil, por lo cual su admisión es procedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, resuelve:

Admítese el recurso de casación interpuesto por el doctor Sigifredo Vivas Borja como apoderado sustituto de Dolores Manuela, Concepción y Flora Louzac Rodríguez, contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio a que se refieren las presentes diligencias.

En consecuencia, remítase a la Corte, previa citación de las partes, el proceso correspondiente.

Notifíquese.

Manuel Barrera Parra—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada — José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre U. Julio Pardo Dávila — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION DE COBRO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION VERIFICADA EN JUICIO DE SUCESION TIENE EL EFECTO DE COSA JUZGADA. — PARA INVOCAR LA CAUSAL 3ª DE CASACION SE REQUIERE QUE QUIEN LA ALEGA HAYA PEDIDO EN TIEMPO ACLARACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA

1.—Sólo cuando todos los copartícipes son personas plenamente capaces y actúan de común acuerdo, puede entenderse que es por jurisdicción voluntaria como interviene el juez en el procedimiento destinado a partir la herencia. De otra suerte, en los trámites están previstas las oportunidades y el modo de dirimir las controversias que puedan suscitarse, hasta llegar a la sentencia aprobatoria que perfecciona el acto legal de partición.

Por ello, se abre articulación si alguno se opone a la demanda, como también para oír a los legatarios cuando piden que se les pague inmediatamente sus asignaciones y para decidir, con audiencia de las partes, las dudas del partidor, del propio modo que para resolver el desacuerdo entre los copartícipes sobre si debe o no hacerse la licitación de especies de que habla la regla 1ª del artículo 1394 del C. C.; y no de otra manera se procede para sustanciar las objeciones oportunamente propuestas contra la partición. Hay entonces campo abierto dentro de esas variadas incidencias para que se hagan valer los intereses contrapuestos, con términos probatorios, recursos de alzada e inclusive el de casación ante la Corte, de la misma manera que en el juzgador radican los poderes jurisdiccionales para dirimir la controversia. Y es de suyo suficiente que los trámites prevean la posibilidad de que las disputas surjan, para estar en presencia de jurisdicción en materia contenciosa, y no simplemente graciosa.

Perfeccionado el acto legal de partición por la sentencia aprobatoria, como cifra y compendio de las providencias que sirvieron para prepararla, se estabiliza en derecho una situación, no ordinariamente revisable sino de la misma manera y según las mismas normas que los contratos, por nulidad o rescisión, al tenor del artículo 1405 del C. C.

2.—"Para invocar útilmente la causal 3ª se requiere, como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del Código Judicial, que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno la aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". (Casaciones: septiembre 30 de 1946, LXII, 107; agosto 28 de 1948, LXIV, 726). Ahora bien, la parte recurrente nunca pidió en oportunidad aclaración ninguna.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En juicio ordinario y por medio de apoderado, Gonzalo Toro Patiño demandó al impúber Gilberto Ceballos Cuéllar, bajo representación de su madre natural Amalia Ceballos P., e hizo las siguientes súplicas:

"A.—Que pertenece en propiedad a mi mandante una cuota equivalente al 25% de los bienes que en la sucesión intestada del doctor Alfonso Cuéllar Gallego, le fueron adjudicados al hijo natural de éste, el menor Gilberto Ceballos C., y que se dejan relacionados en el hecho XIII de este libelo.

"B.—Que en consecuencia, mi mandante el doctor Gonzalo Toro Patiño, es comunero en la proporción del 25% de los bienes que le fueron adjudicados al dicho menor Gilberto Ceballos C., en la hijuela número 4, en la partición de los bienes de la expresada sucesión.

"C.—Que en consecuencia, el menor impúber Gilberto Ceballos C., representado por la madre

natural de él, señora Amalia Ceballos, está obligado a entregar a mi mandante el 25%, o sea la cuarta parte de los bienes que se dejan relacionados en el punto XIII de esta demanda, restitución que hará junto con los frutos naturales y civiles de la cuota correspondiente a la cuarta parte de esos mismos bienes, y no sólo los percibidos sino los que mi mandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si el equivalente en referencia de tales bienes, lo hubiera tenido en su poder.

"CH.—Que en caso de afrontar la presente litis, el menor opositor sea condenado en las costas que ella cause.

"Peticiones subsidiarias

"Para el caso de que las anteriores no sean procedentes, que se hagan estas:

"1ª—Que el doctor Gonzalo Toro Patiño prestó al menor impúber Gilberto Ceballos C. servicios profesionales de abogado en la sucesión del doctor Alfonso Cuéllar Gallego, negocio en que aquél intervenía en concepto de hijo natural del causante.

"2ª—Que los servicios profesionales prestados por el doctor Gonzalo Toro Patiño al menor Gilberto Ceballos C. en la expresada sucesión, fueron válidamente contratados y apreciados en un 25% del valor que al menor expresado pudiera corresponder en la liquidación de los bienes de la sucesión del doctor Alfonso Cuéllar Gallego.

"3ª—Que el menor Gilberto Ceballos, representado legalmente por la señora madre de él, Amalia Ceballos, debe pagar al doctor Gonzalo Toro Patiño la cantidad de $ 14.026.38 m./cte. deducidos como cuarta parte de la de $ 56.105.54 m./cte., que le fueron adjudicados como precio de su hijuela en la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión intestada de su padre natural doctor Alfonso Cuéllar Gallego.

"4ª—Que el menor Gilberto Ceballos, representado en la forma que se dijo antes, debe pagar además al doctor Gonzalo Toro Patiño, los intereses de la suma a que hace referencia la declaración anterior, a la rata legal, desde la fecha en que se verificó el registro de la partición hasta la en que se realice el pago.

"5ª—Que dada la naturaleza de la acción ejercida, el demandado Gilberto Ceballos C., deberá pagar las costas de la acción, si se opone.

"Segundas subsidiarias

"1ª—Para el evento de que las principales, ni las primeras subsidiarias sean procedentes, se declaran estas: Que el menor Gilberto Ceballos C., representado por su madre Amalia Ceballos, debe pagar a mi mandante, dentro del término que la sentencia le señale, el valor de los honorarios que éste devengó como su representante, mediante poder que le confirió su madre natural Amalia Ceballos, en el juicio de sucesión del doctor Alfonso Cuéllar Gallego, honorarios que se fijan en la cantidad de $ 14.026.38 m./cte., o lo que se establezca mediante la vía pericial en el curso del juicio, junto con sus intereses legales a partir de la fecha del registro de la partición y sentencia aprobatoria de los bienes de lo referido sucesión, hasta que se verifique el pago.

"2ª—Que debe pagar las costas del juicio".

Cuanto a los hechos, pueden resumirse en que Toro Patiño y Amalia Ceballos como representante de su hijo Gilberto, por escritura pública número 137 otorgada el 25 de abril de 1946 en la Notaría de Caicedonia, y previa licencia judicial, contrataron por el 25% de los derechos hereditarios correspondientes al impúber en la sucesión de su padre natural Alfonso Cuéllar Gallego, el valor de los gastos y honorarios profesionales del mismo Toro Patiño como procurador judicial de Gilberto para la liquidación de aquella mortuoria; y en que si bien fue admitida la subrogación en dicha cuota del 25%, el Tribunal de Buga dispuso, sin embargo, que el partidor rehiciera su trabajo para prescindir de adjudicarle a Toro Patiño parte alguna de los bienes, forma en que definitivamente fue aprobada la partición.

El demandado no sólo opuso excepciones de prescripción y de ineficacia del contrato, sino que con tal fundamento y para los mismos fines instauró demanda de reconvención.

Puso término al debate en primera instancia el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, que en 24 de octubre de 1958, resolvió:

"1º Negar las peticiones principales y subsidiarias propuestas en la demanda.

"2º Declarar probada la excepción de nulidad en el contrato celebrado por la escritura 137 de 23 de abril de 1946, otorgada en la Notaría de Caicedonia, por medio de la cual la señora Amalia Ceballos enajena el 25% de los derechos herenciales que le pudieran corresponder al menor

Gilberto Ceballos, en la sucesión de su padre natural Alfonso Cuéllar Gallego.

"3º Declarar probada la excepción de prescripción de la obligación de honorarios (sic), por servicios profesionales prestados por el doctor Toro Patiño a su representado el menor Gilberto Ceballos Cuéllar.

"4º Absolver al actor de los cargos propuestos en la demanda de reconvención, por habersen incoada (sic) las acciones como excepciones en la contestación de la demanda; y

"5º Condénase al actor a pagar las costas".

Apeló el actor, y el Tribunal Superior de Buga, en fallo de 16 de junio de 1955, "...revoca los puntos 1º, 2º, 3º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 24 de octubre de 1953, dictada en este juicio por el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, y en su lugar resuelve:

"1º Decláranse infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

"2º Condénese al menor Gilberto Ceballos, representado por su madre natural Amalia Ceballos, a pagar al actor, doctor Gonzalo Toro Patiño, el valor de los honorarios profesionales por los servicios que le prestó como apoderado judicial en el juicio de sucesión del doctor Alfonso Cuéllar Gallego que cursó ante el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, valor cuya cuantía será fijada mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º Condénese a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia".

Consideró el Tribunal que por no tratarse de la venta de derechos hereditarios del hijo impúber, le bastaba a la madre de Gilberto Ceballos obtener autorización judicial para la validez del contrato celebrado con Gonzalo Toro Patiño por la escritura pública número 137 de 23 de abril de 1946, Notaría de Caicedonia, en conformidad con el cual fueron cedidos aquellos derechos en el 25% de su cuantía, a trueque de los gastos y honorarios profesionales de Toro Patiño como procurador de Gilberto en la mortuoria de su padre natural Alfonso Cuéllar Gallego, contrato autorizado el 21 de marzo de 1946 y después aprobado por el Juez Civil del Circuito de Calarcá, donde por entonces tenía su domicilio Amalia Ceballos, madre natural del impúber.

Pero al mismo tiempo de hallar eficaz en derecho la susodicha negociación, encontró el sentenciador que en fallo dictado por el propio Tribunal en el juicio sucesorio de Cuéllar Gallego el 18 de octubre de 1948, había quedado en firme la partición de bienes, con prescindencia de adjudicarle lote alguno a Tiro Patiño, y "por tanto —dice el sentenciador— no se pueden hacer las declaraciones principales que formula la demanda, porque ellas entrañan el desconocimiento de un fallo judicial dictado en otro juicio y la revisión de un acto de partición realizado como consecuencia de tal fallo, siendo así que en la demanda ordinaria, base de este litigio, no se ha atacado la validez de aquellos actos".

Y agrega: "No quiere decir lo anterior, ni mucho menos, que el Tribunal para decidir este negocio debe aceptar la tesis que expuso la Sala de Decisión, en ese entonces, de que el doctor Toro Patiño fue únicamente mandatario de Amalia Ceballos y que, por tanto, es ésta y no el menor quien debe responder a aquél por el valor de sus honorarios, pues fuera de que esta apreciación era extraña a la cuestión misma que resolvía el Tribunal, ella contradice claramente lo que dispone el artículo 1505 del Código Civil que dice: 'Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo'.

"Así pues, si Amalia Ceballos contrató con el doctor Toro Patiño la representación judicial de su hijo Gilberto Ceballos, en el juicio de sucesión del doctor Cuéllar Gallego, mediante el pago de los servicios profesionales con una cuota de los derechos herenciales del menor, y para hacerlo, obtuvo previamente, la respectiva licencia judicial, como se ha visto, debe concluirse que el abogado demandante sí fue mandatario del menor Ceballos y que éste debe responderle por los honorarios pactados, pues el contrato produce respecto de él los mismos efectos como si lo hubiera celebrado directamente.

"Las precedentes consideraciones imponen, pues la conclusión de que la ameritada decisión del Tribunal en el juicio de sucesión sólo perjudica al contratante doctor Toro Patiño en cuanto le negó la calidad de cesionario de parte de los derechos hereditarios del menor y que ella, necesariamente dejó a salvo las acciones del mandatario, para obtener el pago de los honorarios profesionales debidos por su gestión".

En lo concerniente a la prescripción invocada, concluyó así el sentenciador:

"Estas consideraciones llevan a la conclusión

Cesión a título de trueque de gastos y honorarios

de que no está prescrita la acción de cobro de los honorarios, en este juicio, porque la obligación consta en una escritura pública y desde la fecha en que se revocó el poder al doctor Toro Patiño hasta la contestación de la demanda, no han transcurrido los términos que exige la ley para la prescripción general de las acciones, pues por aquella circunstancia es a lo que dispone el artículo 2536 a que está sometida la prescripción de la acción ejercitada y no a la de corto tiempo que establece el artículo 2542".

Ambas partes recurrieron en casación y procede ya el estudio de las demandas formuladas en su oportunidad.

Con apoyo en la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial, la parte demandante-recurrente organiza dos acusaciones:

Sostiene en primer lugar, que la sentencia violó los artículos 473 y 474 del Código Judicial, sobre fuerza de la cosa juzgada, por cuanto, en su sentir, fue dictada en juicio de jurisdicción voluntaria, y no en materia contenciosa, la providencia que ordenó rehacer la partición de bienes en la mortuoria de Alfonso Cuéllar Gallego, sin embargo de lo cual y de tratarse apenas de auto interlocutorio, le atribuyó el mérito de cosa juzgada para denegar las súplicas principales del actor.

Por otro aspecto, argumenta en el sentido de que tal providencia no puede surtir en este proceso los dichos efectos de la cosa juzgada, "ya que —expresa— el objeto es diferente en uno y otro juicio: en el de sucesión su objeto principal es el inventario, distribución y adjudicación de bienes dejados por el de cujus a sus causahabientes, y en el presente juicio ordinario el objeto es el reconocimiento del valor de los servicios profesionales prestados por el demandante al demandado, según escritura número 137 de 23 de abril de 1946; y finalmente no existe identidad jurídica en las personas de los litigantes en los dos juicios, ya que las personas del demandante y el demandado en el presente juicio ordinario, no eran contendientes en la sucesión, su relación era la de poderdante y apoderado; y por último las fuentes inmediatas del derecho reclamado en ambos negocios, son diferentes".

Se considera:

Sólo cuando todos los copartícipes son personas plenamente capaces y actúan de común acuerdo, puede entenderse, que es por jurisdicción voluntaria como interviene el juez en el procedimiento destinado a partir la herencia. De otra suerte, en los trámites están previstas las oportunidades y el modo de dirimir las controversias que puedan suscitarse, hasta llegar a la sentencia aprobatoria que perfecciona el acto legal de partición.

Por ello, se abre articulación si alguno se opone a la demanda, como también para oír a los legatarios cuando piden que se les pague inmediatamente sus asignaciones y para decidir, con audiencia de las partes, las dudas del partidor, del propio modo que para resolver el desacuerdo entre los copartícipes sobre si debe o no hacerse la licitación de especies de que habla la regla 1ª del artículo 1394 del Código Civil; y no de otra manera se procede para sustanciar las objeciones oportunamente propuestas contra la partición. Hay entonces campo abierto dentro de esas variadas incidencias para que se hagan valer los intereses contrapuestos, con términos probatorios, recursos de alzada e inclusive el de casación ante la Corte, de la misma manera que en el juzgador radican los poderes jurisdiccionales para desatar la controversia. Y es de suyo suficiente que los trámites prevean la posibilidad de que las disputas surjan, para estar en presencia de jurisdicción en materia contenciosa, y no simplemente graciosa.

Perfeccionado el acto legal de partición por la sentencia aprobatoria, como cifra y compendio de las providencias que sirvieron para prepararla, se estabiliza en derecho una situación, no ordinariamente revisable sino de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, por nulidad o rescisión, al tenor del artículo 1405 del Código Civil.

La sentencia entró así a configurar un acto cuya validez para nada se impugna en el libelo inicial. El punto permanece fuera del debate, y si en casación se argumenta alrededor de la cosa juzgada, es notorio sin embargo, que perfeccionado el acto de partición no habría podido el juez de la instancia acoger las súplicas principales del actor, sin desvirtuar y restarle eficacia a un negocio jurídico plenamente válido.

Por lo cual no prospera el cargo.

En segundo término, el actor recurrente acusa la sentencia como violadora de los artículos 1494, 2142 y 1602 del Código Civil, "por concepto de

aplicación indebida, la cual se efectuó a través de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas", se lee en la demanda. Y agrega.

"En efecto, el Tribunal de instancia no tomó en cuenta la escritura número 137 de 23 de abril de 1946, otorgada en la Notaría de Caicedonia, visible al folio 52 del cuaderno principal, contentiva del contrato de mandato celebrado entre mi poderdante Toro Patiño y la madre del menor Gilberto Ceballos, en el cual la contratante Amalia Ceballos cedió a título de dación en pago a Toro Patiño, el 25% de los derechos que al menor correspondieran en el juicio de sucesión de su padre natural, doctor Cuéllar Gallego, por el valor de los gastos que el doctor Toro Patiño tuviera que hacer y por sus honorarios profesionales. También se estipuló en dicha escritura que la cesión hecha tenía el carácter de definitiva, aun cuando por cualquier motivo la mandante Amalia Ceballos revocara el poder otorgado al profesional Toro Patiño.

"También incurrió el sentenciador en error de hecho al dejar de apreciar la cláusula de la escritura arriba citada, en la que se le dio a la cesión el carácter de definitiva, aunque se le revocara el poder al abogado, desconocimiento que lo llevó a negar la petición subsidiaria de la demanda, afirmando que como el doctor Toro Patiño se le había revocado el poder antes de la terminación del juicio de sucesión para el cual se le había dado el poder, no tenía derecho al 25 % del valor de la hijuela adjudicada a su mandante, es decir la remuneración que de común acuerdo y previo el lleno de las formalidades legales estipularon las partes, sino a una parte de ella. Este error aparece de una manera manifiesta y ostensible en los autos, ya que para reconocer su existencia sólo es necesario hacer la lectura de la cláusula en dicha escritura (fl. 52 v.) y la lectura del aparte correspondiente de la sentencia (fl. 103 v.).

"Finalmente el Tribunal incurrió en error de derecho al no darle a la escritura pública tantas veces citada (137 de 23 de abril de 1946, de la Notaría de Caicedonia), el valor probatorio que le corresponde, al tenor de los artículos 1759 del Código Civil y 630 del Código Judicial, o sea la plena fe en cuanto a las declaraciones hechas por los contratantes".

Se considera:

No desconoció la sentencia el valor probatorio que por ley corresponde a las escrituras públicas, ni puso en olvido los términos del contrato celebrado por Toro Patiño con Amalia Ceballos como representante legal de su hijo Gilberto. Apenas vio el Tribunal que la cesión del 25% de los derechos hereditarios del impúber, a que se refiere la escritura 137 de 23 de abril de 1946, Notaría de Caicedonia, no quedó aceptada en definitiva cuando se liquidó el juicio sucesorio de Alfonso Cuéllar Gallego, y viene expuesto como el sentenciador no podía menoscabar la eficacia del acto legal de partición.

Si llegó la cesión al extremo de ser como si nunca se hubiera pactado, no pugna con el vínculo jurídico fundamental que en tratándose del mandato remunerado, que ya lo sería por la naturaleza del contrato, el valor de las gestiones realizadas por el mandatario se fije de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

De donde se desprende que la segunda acusación tampoco está llamada a prosperar.

La parte demandada-recurrente formula el primer cargo para censurar la sentencia por cuanto no admitió la prescripción de corto plazo señalada por el artículo 2542 del Código Civil, para extinguir la obligación de remunerar el mandato sino que la entendió regida por la ordinaria de que trata el artículo 2536, ibidem.

Alega que el Tribunal le reconoció validez al contrato sobre que versa la escritura pública 137 de 23 de abril de 1946, Notaría de Caicedonia, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la licencia judicial, por "estimarla como autorización para enajenar parcialmente los derechos hereditarios del menor Gilberto Ceballos en la sucesión del doctor Alfonso Cuéllar Gallego, cuando no se refiere a tal enajenación y es indispensable que se refiera. O error de hecho si se estima que hubo confusión entre la licencia realmente concedida (fl. 10, C. 3º) y la que hubiera sido necesario obtener para amparar la enajenación de los derechos hereditarios de que trata la escritura número 137 de 23 de abril de 1946, de la Notaría de Calarcá".

Añade a continuación: "Mal guiado por este error, el Tribunal violó los artículos 303, 483, 1502, 1633, 1740 y 1741 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1930, al proceder sobre la base de la validez del contrato de cesión, a establecer que

no ha prescrito la obligación de remunerar los servicios del mandatario".

Con el ánimo de demostrar su aserto, sostiene el recurrente que la licencia concedida por el Juez Civil del Circuito de Calarcá con fecha 21 de marzo de 1946, no contiene autorización para enajenar derechos hereditarios, sino que "clara y expresamente se autoriza un contrato de mandato remunerado y la facultad de convenir el precio de la remuneración hasta por un 25% de los derechos hereditarios, **pero no la enajenación** de los mismos derechos en la mencionada cuantía". (Subraya el recurrente).

Alega que la dicha autorización tampoco fue pedida: que si el Juez aprobó el contrato celebrado por la misma escritura 137, en nada se valida puesto que la licencia sería póstuma, cuando por ley se exige previa; y que "si el contrato tiene pluralidad de causas y puede separarse en mandato y cesión autónomos, la licencia ampara el primero pero no el segundo, que es precisamente el que la requiere sustancialmente. Entonces —continúa— la nulidad afecta la cesión y desaparecida ésta no existe señalamiento convencional de la remuneración, porque ésta se estimó en igual valor al de la enajenación".

Se considera:

Amalia Ceballos, en su condición de madre natural del impúber Gilberto Ceballos, solicitó del Juzgado Civil del Circuito de Calarcá licencia para contratar con un abogado titulado la defensa de los derechos hereditarios de su hijo en la sucesión de Alfonso Cuéllar Gallego, padre natural del mismo impúber. Invocó al falta de recursos económicos como uno de los motivos para sustentar su pedimento, y el Ministerio Público conceptuó favorablemente, siempre que la remuneración del abogado no se extendiera más allá del 25% de los citados derechos hereditarios. Con estos antecedentes, al dar la licencia dijo el Juez en proveído del 21 de marzo de 1946:

"1º—Se concede licencia a la señora Amalia Ceballos para celebrar y legalizar el contrato respectivo con un abogado titulado, tendiente a conseguir la defensa de los derechos hereditarios que al menor Gilberto Ceballos correspondan o puedan corresponder en la sucesión de su finado padre natural, el doctor Alfonso Cuéllar Gallego, entendido que tal contrato sólo podrá extenderse hasta el 25% del derecho hereditario del menor citado.

"2º—Si el contrato tuviere un valor mayor de mil pesos, necesitará aprobación del Juzgado".

Es posible que el estilo de la providencia admitiera crítica literaria o que quizás sus términos fueran susceptibles de una mejor presentación. Pero sus finalidades son claras: autorizar a la madre para contratar en nombre del hijo los servicios de un abogado titulado para hacer valer sus derechos en la mortuoria de Cuéllar Gallego, sin que la remuneración excediera del 25% de la cuota hereditaria del impúber, y con la exigencia adicional de ser necesaria la aprobación del Juzgado en caso de que el contrato valiera más de mil pesos.

Efectivamente, con fecha 24 de abril del citado año de 1946, el Juez Civil del Circuito de Calarcá le impartió su aprobación al contrato que Amalia Ceballos celebró para aquellos fines con Gonzalo Toro Patiño mediante la escritura pública 137 del día anterior, 23 de abril de 1946, otorgada en la Notaría de ese mismo Circuito.

En ningún sentido yerra, entonces, la sentencia al considerar que el contrato se ajustó a lo prescrito por los artículos 303 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1930. Y si no tuvo efecto la subasta de que trata el artículo 810 del Código Judicial, la razón del sentenciador es obvia, puesto que la hipótesis no era de venta sino de mandato remunerado.

Así las cosas, mal podía el juez de la instancia considerar, según el artículo 2542 del Código Civil, prescrita en tres años la acción de Toro Patiño para el cobro de honorarios, puesto que para ello le habría sido preciso desconocer la obligación notarialmente escrita y desoír las voces del ordinal 1º, artículo 2544 ibidem.

En consecuencia, no es viable la acusación.

Los cargos 2º y 3º no difieren sustancialmente del anterior y se edifican sobre el mismo supuesto de nulidad del contrato contenido en la dicha escritura número 137 de 23 de abril de 1946, Notaría de Caicedonia.

En cuanto al segundo cargo, expresa el recurrente:

"En virtud del mismo error enunciado al comienzo del cargo primero anterior, el Tribunal procedió a estimar la validez del contrato de enajenación de los derechos hereditarios del menor, para deducir la existencia de convenio escrito so-

bre la remuneración del mandato y decidir que la prescripción aplicable al caso controvertido es la ordinaria (artículo 2536) y no la de corto plazo (artículo 2542)".

Y en lo que respecta al tercer cargo, se lee en la demanda:

"Con base en el mismo error establecido en los cargos anteriores, el Tribunal procedió a declarar 'infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada' entre las cuales se hallaban la de nulidad de la cesión de los derechos hereditarios del menor y la de prescripción del crédito por remuneración del mandato, a favor del actor".

Estima, pues, el recurrente que por la nulidad alegada desaparece el acuerdo escrito sobre la remuneración del mandatario, cuyo crédito ha de extinguirse en corto plazo. Deduce entonces violación de los artículos 1740, 1741, 2536, 2542, 2544 y 1625 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, por calificar el contrato como absolutamente nulo.

Se considera:

Si, como queda visto, para el negocio celebrado con Gonzalo Toro Patiño por Amalia Ceballos se llenaron los requisitos y formalidades exigidos por la ley para su validez en consideración al estado de Gilberto Ceballos como impúber bajo patria potestad, se esfuma hasta desaparecer por completo el fundamento de las acusaciones al estudio.

No puede remitirse a duda que previa licencia y con ulterior aprobación del Juez Civil del Circuito de Calarcá las partes estipularon por escritura pública un mandato remunerado. Y si en la sucesión de Alfonso Cuéllar Gallego no se le adjudicó en definitiva a Toro Patiño el 25% de la cuota correspondiente a Gilberto Ceballos, no alcanza a descubrirse motivo plausible en derecho para entender que el mandato, de remunerado, se transmutara en gratuito, o que por esa virtud dejara de existir el testimonio notarial sobre la obligación de satisfacer el valor de aquellos servicios.

—

Invoca por último el recurrente la causal 3ª de casación, o sea la de "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella".

Trascribe este párrafo del fallo:

"Las precedentes consideraciones imponen, pues, la conclusión de que la ameritada decisión del Tribunal en el juicio de sucesión sólo perjudica al contratante doctor Toro Patiño en cuanto le negó la calidad de cesionario de parte de los derechos hereditarios del menor y que ella, **necesariamente dejó a salvo las acciones del mandatario, para obtener el pago de los honorarios profesionales, debidos por su gestión**".

Subraya el recurrente y comenta así:

"Esta determinación, aunque incluída en la parte motiva formal, es una verdadera decisión del Tribunal que la convierte en parte resolutiva material, porque en él (sic) se define que al no considerarse la cesión, esta declaración perjudica al doctor Toro Patiño para tratarlo como cesionario de un 25 % del derecho hereditario y, por ende, para considerar este mismo 25% como el valor de la remuneración de los servicios profesionales prestados por él. En otros términos, que el mandato de que se trata no tiene un pacto sobre la remuneración que pueda ser atendido o que sea jurídicamente operante.

"Por estos motivos, el propio Tribunal declara que están a salvo las acciones del doctor Toro Patiño para obtener el pago de sus servicios, acciones que son las que competen al mandatario cuando no media estipulación escrita sobre remuneración. La acción de condena para obtener la declaración de la obligación e imponer la prestación de su objeto, y la acción ejecutiva para hacerla prácticamente efectiva".

Más adelante dice:

"Y, sin embargo, en otra parte de la sentencia y correspondiente a la parte motiva, pero informativo (sic) de la decisión adoptada, el Tribunal sostiene:

"'Estas consideraciones llevan a la conclusión de que no está prescrita la acción de cobro de honorarios, en este juicio, porque la obligación consta en una escritura pública y desde la fecha en que se revocó el poder al doctor Toro Patiño hasta la contestación de la demanda, no han transcurrido los términos que exige la ley para la prescripción general de las acciones, pues por aquella circunstancia es a lo que dispone el artículo 2538 a que está sometida la prescripción de la acción ejercitada y no la de corto plazo que establece el artículo 2542'".

Y concreta así su acusación:

"O sea, el Tribunal sostiene que no se estipuló o no puede considerarse estipulada la remuneración del mandato y por ello decreta la condena

en abstracto y con prescindencia del 25% pactado: pero niega la declaración de la prescripción fundada en la ausencia de estipulación escrita sobre tal remuneración, dándole entonces toda validez y eficacia al contrato de la escritura 137.

"De esta suerte, existe una verdadera y flagrante contradicción entre dos partes de la misma sentencia, o mejor, entre dos disposiciones de la parte resolutiva de la misma sentencia, considerando como parte resolutiva la que está implícita en la decisión concreta, pero se halla expuesta separadamente o conduce a tomar la decisión".

Se considera:

Lo expuesto por el recurrente a propósito de la causal 3ª no es sino una manera de insistir en los cargos formulados con respecto a la causal 1ª, desde luego que todo estriba en determinar si el contrato sobre que versa la escritura 137 es válido o si padece de nulidad.

El sentenciador considera intocable lo resuelto en el juicio de sucesión de Alfonso Cuéllar Gallego acerca de que el 25% de la cuota hereditaria de Gilberto Ceballos no fue adjudicado a Gonzalo Toro Patiño, aspecto de la cuestión que fue materia de examen al tratar del recurso de la parte actora.

"No quiere decir lo anterior, ni mucho menos —se lee en la sentencia acusada— que el Tribunal para decidir este negocio deba aceptar la tesis que expuso la Sala de Decisión en ese entonces, de que el doctor Toro Patiño fue únicamente mandatario de Amalia Ceballos y que, por tanto, es ésta y no el menor quien debe responderle a aquél por el valor de sus honorarios, pues fuera de que esta apreciación era extraña a la cuestión misma que resolvía el Tribunal, ella contradice claramente lo que dispone el artículo 1505 del Código Civil, que dice: '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 hubiese contratado él mismo'.

"Así, pues, si Amalia Ceballos contrató con el doctor Toro Patiño la representación judicial de su hijo Gilberto Ceballos, en el juicio de sucesión de Cuéllar Gallego, mediante el pago de los servicios profesionales con una cuota de los derechos hereditarios del menor, y para hacerlo, obtuvo previamente la respectiva licencia judicial, como se ha visto, debe concluirse que el abogado que demanda a fue mandatario del menor Ceballos y que éste debe responderle por los honorarios pactados pues el contrato produce respecto a él los mismos efectos como si lo hubiera celebrado directamente".

No se descubre incoherencia, menos aún contradicción en la parte dispositiva del fallo. Si conforme al estudio que viene hecho, salta a la mirada que el mandato se pactó con remuneración, tal podría transfigurarse en gratuito por el solo hecho de que ahora no sea revisable un proveído del Tribunal Superior de Buga, en el sucesorio de Cuéllar Gallego, que, sin desconocer la validez del contrato, entendió sin embargo, que ligaba a la representante y no al representado, como si en derecho colombiano careciera de vigencia el principio de la representación perfecta.

Por lo demás, ha dicho la Corte:

"Para invocar útilmente la causal 3ª se requiere, como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del Código Judicial, que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno la aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". (Casaciones: 30 de septiembre de 1946, G. J. LXI, p. 107; 28 de agosto de 1946, G. J. LXIV, p. 726).

Ahora bien, la parte recurrente nunca pidió en oportunidad aclaración ninguna.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga proferida el 16 de junio de 1955.

Sin costas en casación por haber recurrido ambas partes.

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

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCESION DE MUEBLES A INMUEBLES — EN ESTE CASO, EL SUELO SIEMPRE ES LO PRINCIPAL AUNQUE SU VALOR COMERCIAL SEA INFERIOR AL DE LA COSA QUE ACCEDE POR EDIFICACION O PLANTACION.—PRUEBA DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES

1.—Si la plantación o la construcción se hacen por el dueño del terreno, perteneciendo los materiales o las semillas a otra persona, sucede que el dueño del terreno pasa a serlo de los materiales o de las semillas, por el hecho de incorporarlos al suelo de su propiedad, pero queda obligado a pagar su precio o a entregar otros tantos elementos equivalentes al dueño de ellos (artículo 739) y con la responsabilidad consiguiente, si ha procedido con culpa o de mala fe al incorporar esas cosas muebles a su propiedad raíz.

Pero acontece, también, que la construcción o la plantación se hagan por el dueño de los elementos muebles, en terreno que pertenece a otro: entonces puede suceder: o que la edificación o plantación se hagan sin conocimiento del propietario del terreno, o que se realicen a ciencia y paciencia de él.

En los dos casos se verifica el fenómeno de la accesión, porque el principio en que ésta se funda, es el de que lo accesorio sigue a lo principal, y la ley y la jurisprudencia, con sobra de razones, tienen dicho que lo principal es siempre el suelo y que lo accesorio es la edificación o la plantación. No importa, en referencia a una construcción, que el valor comercial del suelo sea inferior al del edificio que en él se construya, porque es la tierra lo que permanece siempre y lo que no se destruye o deteriora por el uso; en cambio el edificio está sometido a los riesgos de desaparecer por un siniestro, terremoto o incendio por ejemplo, y siempre sufre deterioros por el uso y por el simple paso del tiempo. Tan cierto es esto que en el mundo de los negocios, cuando se presenta el fenómeno de la valorización en fincas, se entiende siempre que esa valorización se refiere a los terrenos y no a las construcciones, éstas, por el contrario se desvalorizan por muchos factores y aún pueden llegar a perder su valor comercial, mientras que el fenómeno no se presenta respecto de la tierra.

Volviendo al caso de la accesión por incorporación de materiales en terreno ajeno, cuando esto sucede sin el consentimiento del dueño del suelo, dice la ley que éste tendrá derecho a hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones que la misma ley establece; o podrá obligar a quien edificó a pagarle el valor del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo en que lo haya tenido en su poder.

Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro. Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra.

Por otra parte es evidente que cuando se hace una construcción, vale decir cuando una diversidad de elementos materiales, que por su naturaleza son bienes muebles, se incorporan, mediante la construcción a un terreno, éste y el edificio propiamente dicho constituyan una sola unidad económica de la que se beneficia la comunidad y que por lo mismo debe conservarse en atención a la utilidad social que presta. Sería absurdo que para solucionar la situación creada

entre el dueño del terreno y el de los materiales allí incorporados, el único camino fuera el de obligar al que edificó en suelo ajeno a destruir lo construído para llevarse los materiales y dejar así libre el solar.

El legislador, que indudablemente tuvo en cuenta estas consideraciones, dio la solución justa al problema, reconociendo los derechos del propietario del solar y los del dueño de los materiales, en los artículos 738 y 739 que se han citado.

2.—Según el artículo 1783, ord. 3º del C. C., los aumentos naturales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges por edificación pertenecen al dueño de la especie disposición esta última especialmente aplicable al caso en que los aumentos tienen lugar en bienes exclusivos de cualquiera de los cónyuges

3.—Pretender que pueda probarse el derecho de dominio sobre inmuebles por una sentencia que dijo que el demandante no acreditó su calidad de condueño en la cosa cuya decisión pedía, o por las declaraciones de unos testigos que afirman que el demandado suministró dineros para ejecutar algunas de las obras materiales necesarias para adelantar una construcción, no puede aceptarse por las más elementales razones de orden legal.

A propósito de las declaraciones rendidas por los obreros y artesanos que intervinieron en la construcción del edificio y que el recurrente afirma que prueban el dominio sobre el mismo, es bueno observar que esas declaraciones obedecen a una costumbre que se ha establecido entre nosotros. El dominio sobre bienes inmuebles, y en éstos se convierten los materiales y elementos cuando por la edificación se incorporan al suelo, no se demuestra por declaraciones de testigos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Gumercinda Córdoba de Lamilla, por demanda presentada ante el juez 2º civil del circuito de Neiva, inició juicio ordinario contra Sebastián Lamilla y María Luisa Avilés de Rozo, para que se declare:

"1º—Que son de la exclusiva propiedad de mi poderdante: a) una casa de ladrillo y adobe, pisos de baldosín, techos de zinc, eternit y teja de cemento, situada en el cruzamiento de la calle 13 con carrera 4ª de esta ciudad, distinguida con los números 4-04, 4-38, 4-12 y 4-16 por la calle y 12-64 y 12-70 por la carrera, con sus servicios sanitarios e instalaciones de acueducto, luz y alcantarillado; y b) el lote de terreno en que se encuentra edificada dicha casa y su solar correspondiente, alinderado todo así: Oriente, con solar de la casa que fue de la señora Zoila Ramírez v. de Rivera, hoy del señor Nicolás Díaz; Sur, con casa y solar que fue de la señora Dassier Hermida de Sierra, hoy del señor Neftalí Cedeño o del doctor Alfredo Cedeño; Occidente, carrera 4ª de por medio, con casa que fue del señor Ignacio Ramos, hoy del señor Elbéer María Cherry; y Norte, calle 12 de por medio, con casa y solar del señor Alfonso Medina y casa que fue del señor Fausto Tovar, hoy del señor Marco Fidel Suárez.

"2º—Que, en consecuencia, la demandada señora Avilés de Rozo, debe restituir a mi poderdante señora Gumercinda Córdoba de Lamilla, dentro del término perentorio que usted le fije, la posesión material del inmueble expresado en la anterior petición, con todos los frutos civiles y no solamente los percibidos sino también los que su dueña hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, desde la fecha en que entró la demandada en posesión material de aquella hasta el día en que haga la restitución.

"3º—Que, por su parte, el demandado Lamilla L. debe pagar a la actora el valor de todos los frutos civiles de la misma casa, y no solamente los percibidos durante todo el tiempo en que aquél la retuvo sin título alguno y, por consiguiente, de mala fe, sino también los que la actora hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, manteniendo en su poder dicha casa".

Pide también que se ordene la cancelación del registro de las escrituras número 501 de 24 de de agosto de 1948 de la notaría 2ª de Neiva y número 645 de 31 de octubre de 1937 de la notaría 1ª de la misma ciudad, y que se condene a los demandados en las costas del juicio.

Los hechos, en síntesis, son los siguientes:

El 5 de noviembre de 1934, por escritura núme-

ro 640 de la notaría 1ª de Neiva, Gumercinda Córdoba de Lamilla compró a Rosario Arias v. de Villoria, la finca que en esa escritura se determina; el 26 de abril de 1937, por escritura número 236, de la misma notaría, Gumercinda Córdoba de Lamilla vendió a Dassier Hermida v. de Chavarro la casa que comprara a Rosario Villoria, reservándose una parte de ese inmueble, o sea, el solar que forma esquina entre la carrera 4ª y la calle 13 de la ciudad de Neiva.

El 21 de septiembre de 1936, Gumercinda Córdoba contrajo matrimonio católico con Sebastián Lamilla.

En el año de 1937, fue edificada la casa de departamentos cuya restitución se pide, "edificación que se hizo sobre el lote de terreno reservado por mi poderdante, de acuerdo con lo alegado en el hecho 2º anterior, y que aquélla aportó a su matrimonio con el señor Lamilla".

El 21 de octubre de 1937, "a raíz de las graves diferencias surgidas entre los esposos Córdoba y Lamilla, que causaron la ruptura definitiva de la vida conyugal entre ellos", Sebastián Lamilla protocolizó, por medio de la escritura número 643 de la notaría 1ª de Neiva, las declaraciones de Manuel Camargo, Gabriel García, Rufino Lozada, Angel María Zambrano y Gilberto Trujillo, rendidas ante el juez 1º municipal de Neiva" con las cuales pretendió acreditar que la construcción de la casa en referencia se había efectuado con dineros suministrados por él mismo, de su peculio personal, y por su esposa la señora Gumercinda de Lamilla, por partes iguales; en el punto quinto de la citada escritura, dijo Sebastián Lamilla: "Que los dineros necesarios para gastos tanto de materiales como de obra de mano, han sido suministrados por el otorgante, de su peculio personal y por su esposa la señora Gumercinda de Lamilla, por partes iguales, quedándole por tanto a la expresada señora un derecho de dos mil pesos ($ 2.000.00) en la edificación, o sea la mitad del valor actual, incluyendo en este valor el precio del lote y un derecho de dos mil pesos ($ 2.000.00) al otorgante".

Con ese título Sebastián Lamilla promovió demanda para que con audiencia de Gumercinda Córdoba de Lamilla se procediera a la venta en pública subasta del referido inmueble para repartir entre ellos el producto de la venta, por partes iguales; esta demanda fracasó, pues el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de 11 de mayo de 1959, que está ejecutoriada, dijo: "Niega la petición sobre venta de la mencionada casa por sus linderos, solicitada por Sebastián Lamilla, por no haberse probado que pertenezca a éste y a Gumercinda Córdoba por partes iguales".

No es cierto que Sebastián Lamilla hubiera concurrido con Gumercinda Córdoba, su esposa, por partes iguales, en la construcción de la casa, pues por la época de tal construcción, Lamilla no tenía el dinero necesario para tales gastos y en cambio Gumercinda Córdoba sí tenía dinero suficiente; la actora es dueña exclusiva tanto del terreno como de la casa en él edificada "ya fuere que dicha construcción se llevase a cabo con dineros de la exclusiva propiedad del demandado —cosa que desde luego no acepto— o de la sociedad conyugal".

Desde el mes de octubre de 1937, cuando Lamilla se separó de su esposa Gumercinda Córdoba, hasta el 24 de agosto de 1948, el demandado retuvo indebidamente la finca y percibió los frutos civiles que produjo, que ascienden a una suma de consideración; el 24 de agosto de 1938, por la escritura número 601 de la notaría 2ª de Neiva, Sebastián Lamilla vendió a la demandada Avilés de Rozo el inmueble en litigio, y desde esa fecha la nombrada señora se encuentra en posesión material del mismo y recibe los frutos por arrendamientos, en su propio y exclusivo beneficio.

La demandada María Luisa Avilés de Rozo se niega a restituir a la demandante la finca sobre que versa la demanda.

La parte demandada contestó la demanda negando María Luisa Avilés de Rozo el derecho que tenga la actora para iniciar la acción y denuncia el pleito a su tradente vendedor Sebastián Lamilla. Presenta, para que se tenga como prueba, la escritura que contiene la venta que Lamilla le hace a la Avilés de Rozo, y que ya se citó.

Por su parte Sebastián Lamilla también niega el derecho que alega la actora y afirma que la edificación, levantada sobre el terreno de propiedad de Gumercinda Córdoba de Lamilla, no le pertenece a dicha señora, porque esa edificación se hizo "en su mayor parte con dineros de mi representado" (Sebastián Lamilla).

En cuanto a los hechos acepta que el terreno es de propiedad de la actora; que en el año de 1937 se inició la construcción de la casa "la que quedó en suspenso desde principios de 1938 por haberse agotado los fondos destinados a esta finalidad y sólo se continuó en 1940, llevándola Lamilla L. hasta su terminación con sus propios recursos, sin que la persona ni los recursos de su mujer intervinieran en esta construcción".

Afirma Lamilla que el dinero que él confiesa fue aportado por Gumercinda Córdoba para la construcción, fue tomado por ella "por sí y ante sí, en los elementos de un negocio que su cónyuge tiene establecido en un local de doña Gumercinda, en la calle 7ª de esta ciudad, negocio denominado 'Bar Granada', de cuyos elementos dispuso la señora sin consentimiento de su esposo, siendo su valor total mucho mayor que las inversiones que había hecho en la construcción".

Acepta que es verdad lo dicho por la actora respecto al fracaso de la acción iniciada por el demandado Lamilla para obtener la venta en pública subasta de la finca y agrega: "Precisamente por no haberse autorizado por el juzgado la venta de esa construcción, a fin de repartir su valor a prorrata de valores, se vio precisado el señor Lamilla a continuar la edificación con sus propios recursos, cuando ya no mediaban relaciones comerciales ni personales con su esposa, hasta ponerla en estado de producir algún arrendamiento, después de hacer inversiones en los años de 1940 a 1944 sin utilidad alguna, para darle el precio por el cual fue vendida a la señora de Rozo".

En la fecha de la protocolización de las declaraciones sobre propiedad, la casa no estaba terminada ni producía utilidades. "Y fue después de rotas las relaciones entre los cónyuges y después de un lapso de más de un año o dos, en que Lamilla pudo darle término, poco a poco, con sus propios dineros".

El sentenciador de primer grado desató la controversia por fallo de fecha 15 de marzo de 1954, que dice en la parte resolutiva:

"1º Es de la exclusiva propiedad de la señora Gumercinda Córdoba de Lamilla la casa de ladrillo y adobe, pisos de baldosín, techos de zinc, eternit y tejas de cemento, situada en el cruzamiento de la calle 13 con carrera 4ª de esta ciudad, distinguida con los números..... edificada en el terreno que también se declara de propiedad de la señora Gumercinda Córdoba de Lamilla y que tiene los siguientes linderos.....

"2º—Que en consecuencia, la demandada señora Avilés de Rozo, debe restituir, una vez que se haya comprobado el pago de los materiales y elementos comprados para la construcción por el señor Sebastián Lamilla, la posesión material del inmueble expresado en la anterior petición, con los frutos civiles producidos con posterioridad a la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos sino también los que su dueño hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la casa en su poder.

"3º...Que deben cancelarse tanto el registro efectuado el 27 de agosto de 1948 en el libro número 1º impar, página 85, Tomo 3º, partida 780 de la escritura número 601 de 24 de los mismos mes y año, otorgada ante el notario 2º de este circuito, como el efectuado el 25 de octubre de 1937, en el libro número 2, Tomo segundo, partida número 296, de la escritura número 645 otorgada ante el notario primero de este circuito el 21 de octubre de 1937.

"4º Que no se encuentran probadas las excepciones perentorias de compensación, petición antes de tiempo y cosa juzgada propuestas por el demandado señor Lamilla L.

"5º—No hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención, y a que se refieren las peticiones 1ª, 3ª y 4ª, por no haberse probado los hechos en los cuales se fundamentaba".

Condenó en costas al demandado Sebastián Lamilla.

Interpusieron recurso de apelación contra el fallo anterior los demandados, y surtidos los trámites de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia de fecha 17 de noviembre de 1954, resolvió el asunto así:

"...Confirma en todas sus partes el fallo que se ha revisado por apelación. Las costas de esta instancia son de cargo de la parte recurrente".

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, procede la Corte a resolverlo, pues están cumplidas las formalidades legales propias del recurso.

La sentencia recurrida

La providencia del Tribunal, materia del recurso, es bien sencilla y clara: parte de la base de que se ejercita por la actora una acción de dominio o reivindicatoria configurada por la norma contenida en el artículo 946 del Código Civil, y examina si están cumplidos los cuatro requisitos indispensables para que la acción pueda prosperar, a saber:

"a) Que se trate de una cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular;

"b) El derecho de dominio en el demandante;

"c) Posesión material en el demandado; y

"d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída".

En cuanto al primero de los elementos dichos,

acepta el Tribunal que "no hay materia sujeta a controversia", porque sobre la identidad de la casa de ladrillo y sobre el terreno en que está edificada, todo debidamente individualizado en la demanda, "hay acuerdo entre las partes". Respecto a la posesión material del demandado y a la identidad entre la cosa que se pretence y la poseída por éste, "tampoco hay motivo de divergencia entre las partes, pues nadie discute que la posesión material del inmueble, materia de la controversia, la tuvo primero el cónyuge Sebastián Lamilla y luego la tuvo (y la tiene en la época de la demanda) la señora Avilés de Rozo"; las partes no difieren en cuanto a la identidad de la cosa poseída por la parte demandada y que pretende reivindicar la parte actora, y además, en la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, el Tribunal así lo estableció y "los peritos en su dictamen conceptuaron igualmente que la edificación se encuentra en el lote inspeccionado, siendo el mismo demarcado en el libelo de la demanda y dentro de la misma ubicación'".

Con referencia a quien sea titular del derecho de dominio sobre el terreno ubicado en la intersección de la carrera 4ª y la calle 13 de la ciudad de Neiva, en el cual se encuentra edificada la casa de ladrillo, están las partes de acuerdo en que tal terreno pertenece a la demandante Gumercinda Córdoba de Lamilla. Por una parte así lo acredita el título registrado que a su favor presenta la actora, o sea la escritura número 640 de 5 de noviembre de 1934 de la notaría primera de Neiva, y lo declara el demandado Sebastián Lamilla en el punto segundo de la demanda de reconvención, cuando solicita que se declare precisamente que la actora "es propietaria por tener vigente título escriturario de dominio, aunque no tiene la posesión material, del lote de terreno demarcado como se expresó en el punto anterior" y en la manifestación que hace en la escritura número 645 de 21 de octubre de 1937 de la notaría 1ª de Neiva, cuando reconoce "de manera expresa que la señora Gumercinda Córdoba de Lamilla es la propietaria del mencionado lote".

El litigio, pues, se reduce a saber quién es dueño de la edificación levantada en el terreno de propiedad de la demandante y sobre este particular dice el Tribunal que en la escritura número 645 citada arriba, el demandado Lamilla "hace los siguientes reconocimientos: 1) Que por autorización expresa de su esposa la señora Gumercinda Córdoba de Lamilla, construyó sobre un lote de terreno de propiedad de ésta, ubicado en la intersección de la calle 13 con la carrera 4ª, de esta ciudad, la edificación de que se trata; 2) Que los dineros necesarios para gastos, tanto de los materiales como de obra de mano, han sido suministrados por el otorgante, de su peculio personal, y por su esposa la señora Gumercinda Lamilla, por partes iguales; 3) Que fuera de él y su esposa la señora de Lamilla, ninguna otra persona tiene derecho en la mencionada construcción, pues los dineros que ha demandado su edificación, han sido pagados, como se deja dicho, entre los dos cónyuges en su totalidad". Estas declaraciones fueron hechas por el demandado el día 21 de octubre de 1937.

Entonces, dice el Tribunal, el artículo 713 del Código Civil establece que la accesión 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; como está demostrada y reconocida por las partes la propiedad de la señora de Lamilla sobre el terreno en que la casa se halla edificada, es necesario estudiar "a la luz de las normas que para el caso da el Código Civil, a quién pertenece el derecho de dominio sobre la edificación plantada sobre el mismo ote. Según el artículo 739 del Código Civil, el dueño de terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, tendrá derecho a hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe, en el título de la reivindicación. Si se ha edificado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio. En cualquiera de las dos hipótesis, sea que el señor Lamilla hubiese construído con conocimiento de su esposa o sin conocimiento de ella, la edificación pertenece al dueño del terreno, por virtud de la accesión, que es de conformidad con nuestro estatuto civil, un modo de adquirir el dominio".

Cita la sentencia de la Corte de fecha 5 de octubre de 1910, Tomo XIX de la GACETA JUDICIAL, página 106.

En seguida se refiere a que el señor Lamilla alega la circunstancia de haber contribuído con dineros de su propio peculio a la construcción de la casa, y se remite a la sentencia que en el juicio de venta de bienes comunes iniciado por Sebastián Lamilla contra Gumercinda Córdoba de Lamilla, que versa sobre la misma finca, para decir que, según esa sentencia... "no aparece plenamente probado que el señor Lamilla hubiera su-

ministrado sus servicios y dineros en la construcción de la casa, de acuerdo con la demanda con el fin de hacerse comunero en la mitad de este inmueble. La prueba sobre el particular es deficiente"; pero como el juez de primer grado aceptó que el citado Lamilla sí ha hecho inversiones de dinero en el pago de elementos y materiales comprados para la edificación, esta apreciación del juez resulta intocable, porque la parte demandante aceptó el fallo en su integridad. La apelación ante el Tribunal procedió sólo de la parte demandada, como de la misma parte, únicamente, proviene el presente recurso de casación.

Agrega el Tribunal, refiriéndose al segundo de los requisitos enunciados para que pueda prosperar la acción de dominio, o sea el derecho de dominio en el demandante, "...que éste, con referencia al lote de terreno, pertenece a la demandante, y con referencia a la edificación, pertenece igualmente a la misma persona, no sólo por haber contribuído con su peculio a tal fin, sino también, por virtud del fenómeno jurídico de la accesión, aún en la hipótesis, aceptada por el juzgador **a quo**, y no sujeta a revisión en este fallo, de que el demandado señor Lamilla hubiese contribuído con su dinero y su actividad a ella". "Estando, en consecuencia, cumplida en el caso controvertido las condiciones legales para la procedencia de la acción de dominio, debe confirmarse por ello el fallo materia del recurso".

Pero como el demandado propuso varias excepciones, entre otras la de cosa juzgada que hace consistir en que "existe una sentencia ejecutoriada dictada en juicio donde fueron partes los mismos litigantes de hoy... donde se declaró que la construcción de que trata esta demanda no pertenece a la sociedad conyugal, ni es finca común, sino que cada uno de los cónyuges, es individualmente dueño de cada cosa, de la construcción el primero, y del lote el segundo...", la sentencia estudia esta excepción, haciendo mérito de la sentencia en que el excepcionante se apoya, y dice:

"El Tribunal ha estudiado en su integridad el mencionado juicio especial de venta de una cosa común, propuesta por el doctor Sinforoso G. Quiroga, como apoderado judicial de Sebastián Lamilla L. contra Gumercinda Córdoba, y ha llegado a la conclusión de que los fundamentos de esta excepción dados por el señor apoderado, no corresponden a la realidad. No puede alegarse cosa juzgada en el presente juicio, porque lo que aquí se discute no ha sido materia de anterior decisión judicial. No es tampoco exacto que en dicho juicio se hubiese fallado sobre que la construcción perteneciera al señor Lamilla, porque ello no se había propuesto al juzgador.

"Como se había pedido la venta del inmueble con fundamento en una supuesta comunidad, el Tribunal encontró que tal comunidad era perfectamente inexistente, ya que el lote pertenecía a la señora Córdoba de Lamilla y, por ende, la construcción, y que, en el supuesto de que el señor Lamilla hubiese invertido dineros de su propiedad en ella, le quedaba el camino 'para obtener el reembolso de su dinero, de hacer uso de otra acción más eficaz que la propuesta'. La excepción propuesta es, por tanto, completamente infundada".

Como las otras dos excepciones que el demandado propuso y que calificó como "compensación de valores" y "petición anticipada o antes de tiempo", están comprendidas en la demanda de reconvención, el fallo del Tribunal se refiere a esa demanda, al estudiar los dos puntos propuestos, y dice que como el demandado pide que se declare que las inversiones hechas por la señora Córdoba de Lamilla en la construcción, quedaron pagadas con el precio de los elementos del establecimiento denominado 'Bar Granada' que el demandado Lamilla afirma le pertenecía exclusivamente y del que su esposa se apoderó en forma delictual, quedando ésta por lo tanto obligada a pagar a aquél el valor de esos elementos, por su precio pericial, estudia este punto y concluye que no pueden aceptarse ni las excepciones propuestas ni las peticiones de la demanda de reconvención, fundándose la sentencia en lo siguiente:

"En este expediente, dice el Tribunal, obra a los folios 21 a 62 del cuaderno número 4, la copia íntegra expedida por el señor juez superior de este distrito, del proceso por robo que en dicho despacho cursara contra Gumercinda Córdoba de Lamilla, por sustracción de los útiles, enseres, efectos y muebles del 'Bar Granada' de esta ciudad, por denuncio formulado por Sebastián Lamilla. En dicho proceso la justicia penal investigó si efectivamente la señora Córdoba de Lamilla había cometido el acto de apropiarse de elementos pertenecientes al denunciante, y después de una amplia investigación, en la que se allegaron sobre los hechos materia del denuncio pruebas de la más amplia y variada procedencia, el juzgado superior no encontró fundamento para un llamamiento a juicio y sobreseyó, en forma

definitiva a favor de la señora denunciada. Quiere ello decir que en la investigación penal no logró acreditar el señor Lamilla, como tampoco lo ha logrado en el debate probatorio cumplido en las dos instancias de este juicio, que los elementos del mencionado 'Bar Granada' fueran de su propiedad, y que su esposa hubiese hecho de ellos una apropiación indebida. Las declaraciones de Eduardo Leiva, Urbano Cabrera, Alberto Méndez Tovar, Marco Fidel Suárez, traídas a este proceso en orden a acreditar la propiedad del señor Lamilla sobre los elementos del 'Bar Granada', no alcanzan a aportar convicción suficiente al juzgador para aceptarla, pues se halla establecido que en la primera etapa de sus relaciones conyugales el señor Lamilla obraba como administrador de los bienes de su esposa. A esta misma conclusión llegó el juzgador a quo, después de un amplio estudio sobre las pruebas aportadas al proceso. Lo anterior indica que las excepciones propuestas así como las peticiones de la demanda de reconvención, no son procedentes".

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula los siguientes cargos:

Primer cargo.—Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 740, 741, 745 y 756 del mismo Código.

Dice el recurrente que el Tribunal de Neiva y el Juzgado, niegan a la señora Avilés de Rozo el derecho de propiedad sobre el edificio, no porque crean que carece de ese derecho, ya que aceptan la retribución en dinero por "materiales y elementos" incorporados al edificio, sino porque interpretando falsamente el artículo 739 del Código Civil sobre accesión, "considera que éste debe acogerse a favor del dueño del terreno, negando, a la vez, a quien construye el edificio, su derecho a él; lo mejor, aceptando simple y llanamente, que quien es dueño del suelo, es dueño de la edificación levantada.

"Así, de dos maneras el Tribunal interpreta de manera equivocada el artículo 739 del Código Civil. Es la una, afirmando que no puede haber dueño de suelo y dueño de la edificación, distintos; sino que el propietario del terreno lo es necesariamente de la edificación, lo cual contraría en sí misma la razón legal de la accesión sobre edificios; o sea, que las cosas pertenezcan a distintas personas. Es la segunda, aquella en que confunde la accesión de un edificio o un terreno, con el pago de mejoras y el derecho de retención por su valor.

"Son dos derechos reales de propiedad inmueble, el del dueño de la tierra y el del dueño de la edificación, lo que contempla el artículo 739 del Código Civil y que esta misma disposición busca unificar en una misma persona a través de la tradición, que judicialmente se verifica por medio de la venta que el dueño del edificio o del suelo se hacen entre sí, por mandato del artículo 739".

Más adelante agrega:

"El Tribunal por no distinguir las situaciones que plantea el artículo 739 aplicable al caso controvertido, las cuales difieren en todo sentido y dimensión legal de las del resto del título sobre accesión, negó propiedad a los demandados sobre la edificación y contra lo ordenado en la parte final de este mismo artículo, no concedió el derecho al pago del edificio, como unidad inmueble, sino de 'materiales y elementos incorporados en él', con lo cual irrogó un quebranto directo a la ley".

Considera el recurrente que debe definirse por la Corte sobre qué es lo principal y cuál lo accesorio, en casos como el presente, de dos inmuebles, una edificación que vale $ 14.500.00 y un lote con valor de $ 2.300.00.

En cuanto a la segunda parte del cargo, falta de aplicación de los artículos 740, 741, 745 y 756 del Código Civil, el recurrente guarda silencio en la demanda.

Se considera:

El artículo 663 del Código Civil enumera cuáles son los modos de adquirir el dominio e incluye, entre ellos, "la accesión" que el artículo 713 de la misma obra define como "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" y en los artículos 719 a 737, trata de las accesiones del suelo y de la accesión de una cosa mueble, para llegar, en los artículos 738 y 739 a referirse especialmente de la accesión de cosas muebles a inmuebles.

Si la plantación o la construcción se hacen por el dueño del terreno, perteneciendo los materiales o las semillas a otra persona, sucede que el dueño del terreno pasa a serlo de los materiales o de las semillas, por el hecho de incorporarlos

al suelo de su propiedad, pero queda obligado a pagar su precio o a entregar otros tantos elementos equivalentes al dueño de ellos (artículo 739) y con la responsabilidad consiguiente, si ha procedido con culpa o de mala fe al incorporar esas cosas muebles a su propiedad raíz.

Pero acontece, también, que la construcción o la plantación se hagan por el dueño de los elementos muebles, en terreno que pertenece a otro; entonces puede suceder: o que la edificación o plantación se hagan sin conocimiento del propietario del terreno, o que se realicen a ciencia y paciencia de él.

En los dos casos se verifica el fenómeno de la accesión, porque el principio en que ésta se funda, es el de que lo accesorio sigue a lo principal, y la ley y la jurisprudencia, con sobra de razones, tienen dicho que lo principal es siempre el suelo y que lo accesorio es la edificación o la plantación. No importa, en referencia ahora a una construcción, que el valor comercial del suelo sea inferior al del edificio que en él se construya, porque es la tierra lo que permanece siempre y lo que no se destruye o deteriora por el uso; en cambio el edificio está sometido a los riesgos de desaparecer por un siniestro, terremoto o incendio por ejemplo, y siempre sufre deterioros por el uso y por el simple paso del tiempo. Tan cierto es esto que en el mundo de los negocios, cuando se presenta el fenómeno de la valorización en fincas, se entiende siempre que esa valorización se refiere a los terrenos y no a las construcciones, éstas, por el contrario se desvalorizan por muchos factores y aún pueden llegar a perder su valor comercial, mientras que el fenómeno no se presenta respecto de la tierra.

Volviendo al caso de la accesión por incorporación de materiales en terreno ajeno, cuando esto sucede sin el consentimiento del dueño del suelo, dice la ley que éste tendrá derecho a hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones que la misma ley establece; o podrá obligar a quien edificó a pagarle el valor del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo en que lo haya tenido en su poder.

Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro. Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra.

Por otra parte es evidente que cuando se hace una construcción, vale decir cuando una diversidad de elementos materiales, que por su naturaleza son bienes muebles, se incorporan, mediante la construcción a un terreno, éste y el edificio propiamente dicho constituyen una sola unidad económica de la que se beneficia la comunidad y que por lo mismo debe conservarse en atención a la utilidad social que presta. Sería absurdo que para solucionar la situación creada entre el dueño del terreno y el de los materiales allí incorporados, el único camino fuera el de obligar al que edificó en suelo ajeno a destruir lo construído para llevarse los materiales y dejar así libre el solar.

El legislador, que indudablemente tuvo en cuenta estas consideraciones, dio la solución justa al problema, reconociendo los derechos del propietario del suelo y los del dueño de los materiales en los artículos 738 y 739 que se han citado.

Aplicando estos claros principios al caso de autos, resulta:

En el solar de propiedad exclusiva de Gumercinda Córdoba de Lamilla, su marido Sebastián Lamilla, casi inmediatamente después de celebrado el matrimonio, adelantó la construcción de una casa, atendiendo a los gastos de esa obra, con dineros de propiedad de cada uno de los cónyuges: el aporte en dinero por parte de Gumercinda Córdoba de Lamilla está reconocido por el propio Sebastián Lamilla en las declaraciones que hizo en la escritura número 645 de 21 de octubre de 1937 de la notaría 1ª de Neiva, aun cuando más tarde quiso desvirtuar sin éxito tales manifestaciones; el aporte en dinero por parte del cónyuge Lamilla está reconocido por el fallo del juez de primer grado y fue aceptado por la demandante, dejándolo en firme en este particular; la aquiescencia de la señora Córdoba de Lamilla, en cuanto a la construcción, es evidente, pues ella misma dice que suministró el dinero para hacerla.

Entonces se contempla el caso de quien con dinero propio, en parte, levantó una construcción

en suelo ajeno, con la concurrencia económica y el consentimiento del propietario del suelo.

Quien edificó privó de la posesión del inmueble (solar y edificio) al titular del dominio de ese bien; éste pide que se decrete la restitución, a su favor, haciendo uso claro de la acción reivindicatoria a que tiene derecho y como los hechos los encontró probados el sentenciador, dio correcta aplicación al artículo 739 del Código Civil y ordenó la restitución de la finca a su dueño, con los frutos correspondientes, considerando al demandado como poseedor de buena fe, y con la obligación correlativa para el dueño del terreno, de pagar previamente a la entrega que debe hacérsele, el valor en dinero que tengan los materiales, jornales y elementos que invirtió el demandado Sebastián Lamilla en la construcción de la casa.

Por lo demás, de los preceptos sobre accesión en los cuales se basa la sentencia, hace una aplicación cabal el artículo 1783, ordinal 3º del Código Civil, según el cual los aumentos naturales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges por edificación, pertenecen al dueño de la especie, disposición esta última especialmente aplicable al caso en que los aumentos tienen lugar en bienes exclusivos de cualquiera de los cónyuges.

Lo dicho es suficiente para concluir que no aparece la violación directa, por parte del Tribunal, por interpretación errónea del artículo 739, como se afirma en la demanda de casación, y por lo tanto el cargo no prospera.

Cargo segundo

"Viola la sentencia del Tribunal de Neiva, por error de derecho en la apreciación del fallo de mayo 11 de 1939 del mismo Tribunal, y de la escritura 645 de octubre 21 de 1947 y por falta de apreciación de las declaraciones de Heliodoro y Angel Zambrano, Jesús Silverio Charry, Rubén Valbuena, Cosme Delgado y Segundo Campos, los artículos 630, 632, 697 del Código Judicial; 669, 739, 740, 745, 754, 762, 1246 y 1857 del Código Civil y 30 de la Constitución Nacional, al desestimar la prueba de dominio de Sebastián Lamilla y María Luisa Avilés de Roco, sobre la edificación".

El cargo se traduce en la violación de las disposiciones citadas por el recurrente, como consecuencia de error de derecho en la apreciación de un fallo judicial y de la escritura número 645 de 21 de octubre de 1947, es decir, error de derecho en la estimación de esas pruebas y error de derecho, también, en la falta de apreciación de otras pruebas, o sea las declaraciones de los testigos que cita el recurrente.

Se observa: el Tribunal de Neiva estudió y analizó el fallo a que el recurrente se refiere, y transcribiendo varios apartes de ese fallo, llega a la conclusión de que tal providencia se redujo a negar la venta en pública subasta pedida por Sebastián Lamilla, porque éste no demostró que fuera comunero en el dominio de la finca. Precisamente porque el fallo en mención se redujo a negar la división de la finca que pretendía Lamilla, el Tribunal en la sentencia acusada dijo que aquel fallo no podía alegarse para fundar la excepción de cosa juzgada, en lo cual tiene toda la razón el sentenciador, toda vez que lo que en el presente juicio se discute no ha sido materia de anterior decisión. En ninguna parte del fallo de 1937 se reconoció derecho de dominio a Lamilla sobre el edificio y por esa sencilla razón fue negada la demanda de división de la que él pretendía ser cosa común.

Ni la sentencia que el recurrente dice que fue mal apreciada como prueba ni las declaraciones que a petición de Sebastián Lamilla rindieron los testigos que cita la demanda, hacen prueba en cuanto al dominio de Lamilla sobre el edificio, porque éste pertenece a la Córdoba de Lamilla, dueña indiscutible del terreno, por ministerio de la ley y por virtud de la accesión.

Pretender que pueda probarse el derecho de dominio sobre inmuebles por una sentencia que dijo que el demandante no acreditó su calidad de copropietario en la cosa cuya división pedía, o por las declaraciones de unos testigos que afirman que Lamilla les suministró los dineros para ejecutar algunas de las obras materiales necesarias para adelantar una construcción, no puede aceptarse por las más elementales razones de orden legal.

A propósito de las declaraciones rendidas por los obreros y artesanos que intervinieron en la construcción del edificio y que el recurrente afirma que prueban el dominio sobre el mismo, es bueno observar que esas declaraciones obedecen a una costumbre que se ha establecido entre nosotros. El dominio sobre bienes inmuebles, y en éstos se convierten los materiales y elementos cuando por la edificación se incorporan al suelo, no se demuestra por declaraciones de testigos.

La interpretación que dio el Tribunal a las pruebas que se han mencionado, es conforme a

derecho, perfectamente lógica y legal, y por eso el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Violación directa de los artículos 5º de la ley 153 de 1887 y 717, 718 y 739 del Código Civil, porque el Tribunal resolvió que la demandada María Luisa Avilés de Rozo debe pagar los frutos civiles de la finca, producidos con posterioridad a la contestación de la demanda, y no solamente los que correspondan 'al lote que es lo único de propiedad de la actora-opositora' ".

Para fundamentar el cargo dice el recurrente, insistiendo en su tesis, que la señora Avilés de Rozo es dueña del edificio y que por lo tanto no puede pagar frutos rentados por la cosa de su propiedad. Pero es que el edificio, ya se ha dicho, no pertenece sino a la dueña del terreno en donde se encuentra edificado, y las contingencias que se derivan de esa situación jurídica. Claro es que el vendedor Lamilla debe responder a su compradora de tales consecuencias, pero esto es motivo ajeno al presente juicio.

Tampoco viola la sentencia la ley civil, si los frutos naturales de la cosa pertenecen al dueño de ésta y la cosa, en este caso, pertenece a Gumercinda Córdoba de Lamilla, entonces los frutos deben pertenecer a dicha señora, considerada la demandada como poseedora de buena fe.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

El **cuarto cargo** está concebido así:

"La negación del derecho de propiedad sobre los bienes del 'Bar Granada', cuyo amparo y reconocimiento solicitó Sebastián Lamilla en la petición cuarta de su demanda (fl. 30, cuad. 1), contra la señora Gumercinda Córdoba de Lamilla, llevó también al Tribunal a infringir la ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de los testimonios de Eduardo Leiva, Urbano Cabrera, Alberto Méndez Tovar y Marco Fidel Suárez, en los artículos 697 del Código Judicial y 655, 669, 740, 745, 754 y 762 del Código Civil".

El cargo está enderezado en el sentido de que el Tribunal apreció erróneamente las declaraciones de Leiva, Cabrera, Méndez Tovar y Suárez, pues el recurrente considera que con tales declaraciones se demuestra que el 'Bar Granada' perteneció a Sebastián Lamilla, y como el Tribunal no las aceptó para tal efecto, entonces se violó la ley sustantiva que relaciona el recurrente en la formulación del cargo.

Se considera:

El Tribunal estimó que el contrademandante Lamilla no demostró en el juicio el derecho de propiedad que alega sobre los elementos que constituyeron el denominado 'Bar Granada' y dice, que por el contrario, de la copia que obra en autos y que se refiere al juicio penal que inició Lamilla contra su esposa, aparece claro que aquél no demostró en tal juicio su derecho de propiedad sobre los elementos del Bar. Por esa circunstancia la autoridad competente sobreseyó definitivamente en favor de la demandada Gumercinda Córdoba Lamilla. En el proceso penal, dice el Tribunal:

"En dicho proceso la justicia penal investigó si efectivamente la señora Córdoba de Lamilla había cometido el acto de apropiarse de elementos pertenecientes al denunciante y después de una amplia investigación, en la que se allegaron sobre los hechos materia del denuncio pruebas de la más amplia y variada procedencia, el juzgado superior no encontró fundamento para un llamamiento a juicio y sobreseyó en forma definitiva a favor de la señora denunciada. Quiere ello decir que en la investigación penal no logró acreditar el señor Lamilla, como tampoco lo ha logrado en el debate probatorio, cumplido en las dos instancias de este juicio, que los elementos del mencionado Bar Granada fueran de su propiedad, y que su esposa hubiese hecho de ellos una apropiación indebida".

Pero además el Tribunal examina, como lo hizo el juez de primer grado, las declaraciones de los testigos citados por el recurrente y dice que esas declaraciones no alcanzan a aportar convicción suficiente al juzgador para aceptar que el Bar Granada perteneciera a Sebastián Lamilla.

El recurrente se reduce a transcribir las declaraciones de Cabrera, Méndez Tovar y Suárez, pero no puntualiza en qué consiste el error de hecho en que incurriera el Tribunal, error que para que el cargo prospere, debe aparecer de modo manifiesto en los autos. El examen que de las declaraciones hiciera el juez **a quo** y que el Tribunal acoge, no ha sido desvirtuado por el recurrente en casación y es bien sabido que ante la Corte no puede revivirse el debate probatorio, porque ese debate se clausuró en la segunda instancia. Por otra parte la apreciación del Tribunal no pugna con la evidencia de los hechos, los que más bien justifican ampliamente la aprecia-

ción que hizo el sentenciador acerca de la propiedad de los elementos del citado Bar Granada.

Las disposiciones del Código Civil que cita el recurrente como violadas indirectamente por el Tribunal, según la redacción del cargo, no tienen nada qué ver con la materia sujeta al debate, pues tales preceptos, en su orden, definen qué son cosas muebles, qué es el dominio, qué es la tradición, qué se necesita para que valga la tradición y cómo se hace la tradición de cosas muebles. Nada de esto ha sido violado por el juzgador de instancia, ya que el fallo acusado, en la parte pertinente, se redujo a declarar que Lamilla no ha demostrado que fuera dueño de los enseres que formaron el extinguido Bar Granada.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, pronunciada en el juicio ordinario de Gumercinda Córdoba de Lamilla contra Sebastián Lamilla, con fecha 17 de noviembre de 1954.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Ernesto Melendro R., Srio.

LA BUENA FE EN LA USUCAPION AGRARIA DEL ARTICULO 12, LEY 200 DE 1936. — LA PRESUNCION DEL ARTICULO 1º—LA SITUACION DEL ARTICULO 4º—LA CORTE REAFIRMA SU JURISPRUDENCIA SOBRE "MEDIOS NUEVOS" EN CASACION: CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y CARACTERES

1.—Si se trata de reivindicar un inmueble y el demandado afirma que lo posee, porque le pertenece en propiedad, tres de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria quedan establecidos: la posesión por parte del reo, la singularidad y la identidad de la cosa.

2.—La usucapión agraria (artículo 12, Ley 200 de 1936) exige el elemento subjetivo de la buena fe, que en este caso consiste en la persuasión del colono de haber ocupado terrenos baldíos. Esta buena fe se presume. La presunción es legal, y el mismo art. 12 consagra un criterio para desvirtuarlo: "si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es de propiedad privada".

3.—a) Los litigios entre un poseedor de la tierra y el titular del dominio, no se resuelven a la luz del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, sino del artículo 12 de la misma ley. La presunción del artículo 1º de esta ley equivale, respecto de la Nación, a la OCUPACION, que es modo de adquirir los particulares el dominio de las tierras BALDIAS; pero, entre estos carece de sentido, ya que la OCUPACION no es modo de adquirir el dominio agrario privado, por lo cual dicha presunción - que llega a asumir los caracteres de una presunción de derecho a favor de los poseedores y en contra de la nación— no es aplicable sino a las relaciones jurídicas entre ésta y los colonos.

b) La posesión económica que consagra el artículo 1º de la ley, está referida a la presunción de propiedad que establece, en desarrollo de la presunción general de dominio que estatuye el artículo 762 del C. C., pero únicamente en relación con la Nación, puesto que es para calificar las tierras así poseídas, de propiedad privada y no de baldíos. Se trata de una presunción a favor de los particulares y en contra de la Nación, con que el artículo 1º reformó la presunción tradicional de dominio establecida por los artículos 675 del C. C. y 44 del C. F.

4. — El artículo 4º de la Ley 200 de 1936 trató de resolver uno de los más graves problemas de la tierra existentes en la época de su promulgación, cual era el de los colonos que poseían tierras privadas creyendo que eran baldías, durante dos o más años de posesión con anterioridad a la ley, pero menos del tiempo requerido para prescribir por medio de usucapión treintenaria, expuestos, por tanto, a ser vencidos en juicio reivindicatorio.

Dos medidas de excepción al derecho común introdujo aquel texto: una, tocante a la prueba del dominio que podían aducir quienes se juzgasen titulares de él; y otra, relativa a la posibilidad de que los colonos adquiriesen la tierra por ellos poseída. La primera era una modificación al derecho probatorio de la propiedad de la tierra; la segunda, al régimen de las prestaciones mutuas, según las cuales el poseedor vencido debe restituir la cosa en todo caso.

5.—a) La Corte reafirma la doctrina consagrada en numerosos fallos sobre el "medio nuevo" en casación, con apoyo: en una razón constitucional, pues se violaría el derecho de defensa si las partes pudieran echar mano de hechos, extremos o planteamientos no alegados en instancia; y en una razón originada en la esencia de la casación, porque éste tiene por objeto restablecer el imperio de la ley infringida en la sentencia, la cual no podía basarse sino en lo alegado ante el juez, no en lo que pudiese ser alegado con posterioridad ante la Corte. La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla: no con materiales distintos,

extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le empezaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas.

6.—Puede definirse el "medio nuevo": el hecho, extremo o planteamiento que sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación, y de tal manera relacionado con la decisión que, de ser admitido, se produciría necesariamente la infirmación de la sentencia.

7.—Componen el medio nuevo:

a) Su TRASCENDENCIA en relación con la decisión, hasta el punto de que su aceptación en el recurso habría de causar necesariamente la casación.

b) LA FALTA DE ALEGACION explícita e implícita en las instancias, por el litigante interesado en alegarlo. Lo que no se alega en instancia no existe en casación. Pero, si el Tribunal trató de él, sin haber sido alegado, no es medio nuevo en casación.

c) LA NATURALEZA DEL HECHO, EXTREMO O PLANTEAMIENTO. Se excluyan las razones de puro derecho, porque en el campo de la investigación jurídica y de la interpretación legal, la función de juzgar no admite límites. La "libre investigación científica" de Gény, o la "persuasión racional" del artículo 21 de la Ley 200 de 1936, como síntesis de la potestad interpretativa del juez, no admite restricciones. Precisamente, porque a los juristas concierne participar en la dispensación de la Justicia y en el progreso de las instituciones forenses, es por lo que están llamados a influir en la doctrina jurisprudencial, a cuyo efecto no podría limitárseles su tarea en el ámbito de la investigación y del razonamiento jurídico, ni en la oportunidad para realizarla, en instancia o en casación.

Se excluyen también los medios concernientes al orden público, no invocados en instancia, y sin embargo nunca nuevos dentro del ámbito de la casación.

Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, nunca nuevos en casación, quedan los planteamientos legales o extremos no formulados o alegados en instancia, siempre nuevos en casación y, por tanto, inadmisibles en el recurso extraordinario.

Un planteamiento o extremo —que no sea razón de puro derecho ni medio de orden público— toca directa o indirectamente con los hechos, materia en la cual lo que no se alegue en instancia no puede alegarse en casación. Son, pues, dichos planteamientos, extremos o hechos, la materia de los verdaderos y únicos "medios nuevos" en casación.

8.—a) Si el reo en juicio reivindicatorio alega la prescripción extraordinaria (artículo 2531 C. C.) y en subsidio la agraria (artículo 12, Ley 200 de 1936), pero no la situación jurídica contemplada en el artículo 4º de la Ley 200, referente a los colonos que al entrar a regir la ley llevaban por lo menos dos años de posesión, no puede el demandado-recurrente acudir en casación al planteamiento del artículo 4º, para que se desestime —sorpresivamente— la prueba de la propiedad territorial que el actor aduzca de acuerdo con el derecho común, dado que la citada disposición no admite sino una prueba restricta, desde luego más difícil de suministrar. Se trata de un medio no alegado en instancia, y por tanto, inadmisible en casación. Si se hubiera alegado oportunamente, el actor se habría visto emplazado a demostrar en tiempo su derecho, de conformidad con la tarifa especial del art. 4º.

b) En su defectuosa forma este precepto exige que el colono se haya establecido en tierras incultas, convencido de tratarse de tierras baldías, por una parte, y sin que haya mediado entre el Estado y él título alguno de mera tenencia, por otra. La existencia de un título de esta clase es incompatible con la posesión. La fórmula del artículo 4º "sin reconocer dominio distinto al del Estado", equivale a la del artículo 12: "creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías".

c) Las dos fórmulas consagran una presunción legal de buena fe, en favor del colono, presunción que puede desvirtuarse demostrando que se estableció a sabiendas de que las tierras eran de propiedad privada. ¿Cómo? Para el caso de la usucapión el inciso 1º del artículo 12, el mismo texto señala el criterio. Para el del artículo 4º, nada

dice. Pero, por tratarse de una presunción legal que reposa en el mismo hecho de creer que son terrenos baldíos, la desvirtuación, en el segundo caso, puede lograrse con el mismo criterio, aplicando la segunda parte de dicho inciso, sobre hechos que destruyen la presunción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre la casación interpuesta contra la sentencia de 1º de marzo de 1955, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio del Banco Agrícola Hipotecario contra Félix Varela, Braulio Varela, Graciliano Reyes y otros.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Félix Varela, Braulio Varela, Graciliano Reyes, Pedro Pablo Tabordá, Emilio Jaramillo, Eladio Cuevara y Carlos Chaverra o Echeverri fueron demandados, ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, del Distrito Judicial nombrado, por el Banco Agrícola Hipotecario, para que se declare que le pertenecen las parcelas por ellos poseídas, las cuales deben serle entregadas con sus accesiones y los frutos percibidos y que hubieran podido percibir desde cuando las están ocupando.

2.—La parte actora funda el derecho cuya tutela demanda, en títulos inscritos, de los cuales el último es la escritura número 26, de 7 de enero de 1947, de la Notaría 3ª del Circuito de Cali, que contiene una dación en pago celebrada entre el señor José María Lalinde y el Banco Agrícola Hipotecario, y en virtud de la cual el primero traspasó a último las parcelas números 33 a 36, una porción de la 37 y las números 44, 45, 47 y 48, parcelas que hacen parte de la finca "Las Tapias" y que están ocupadas por colonos.

3.—La sentencia del Juez despachó favorablemente lo pedido y apelado el fallo por ambas partes, a excepción de Misael Jaramillo y José Eladio Guevara, el Tribunal lo confirmó.

4.—La sustancia del fallo está en el predominio de los títulos sobre la posesión de los demandados, que no llega a configurar ninguna especie de usucapión, incluida la especial agraria.

5.—La sentencia del Tribunal fue recurrida en casación sólo por los demandados Félix Varela, Braulio Varela y Graciliano Reyes. El recurso fue admitido por la Corte, fundado por los demandados y discutido por la parte actora. Corresponde a la Corte decidir sobre él.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causales y cargos

6.—Cinco cargos se formulan contra la sentencia con fundamento en la causal primera de casación.

El primero, por error de derecho en la apreciación de la inspección ocular y las declaraciones de testigos, a causa de haber hallado demostrada, con apoyo en estas pruebas, la identidad de los inmuebles.

El segundo, por error de derecho en la estimación de los testimonios aducidos por la parte demandada, del dictamen pericial y la escritura número 614, de 16 de septiembre de 1921, de la Notaría 1ª de Cali, por cuanto la sentencia desconoce que tales pruebas hayan acreditado la usucapión consumada por los demandados de acuerdo con el artículo 12 de la ley 200 de 1936.

El tercero, por error de derecho en la apreciación de las deposiciones de los testigos, aducidas por la parte actora, para establecer la explotación económica de las parcelas poseídas por los Varela y Graciliano Reyes.

El cuarto, por error de derecho "al no apreciar la prueba testimonial y también la pericial, en cuanto tal prueba demuestra que los demandados se hallan establecidos con dos años de anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936".

Y el quinto, por infracción directa del artículo 1º de esta ley, por haber desconocido la presunción que establece este precepto, "que protege a los demandados, desatendiendo todas las pruebas que obran de autos en respaldo de la misma presunción".

El recurrente cita las disposiciones legales, de orden probatorio, quebrantadas a causa de los errores de derecho, y las de carácter sustantivo infringidas sustancialmente.

7.—En síntesis, la sentencia de instancia no halla la prueba de la prescripción extraordinaria de derecho común, que consagra el artículo 2531 del C. C., ni la de la prescripción agraria de derecho

especial, que instituye el artículo 12 de la ley 200 de 1936. Encuentra deficiente la prueba de la posesión requerida para la primera, y en cuanto a la segunda, niega que esté configurado el elemento de la **buena fe**, exigido por el citado artículo 12, esto es, que se haya demostrado que al iniciar la posesión hubiese existido en los demandados, la convicción de tratarse de tierras del Estado.

Primer cargo

8.—Afirma el recurrente que ni el acta de inspección ocular, ni las declaraciones aducidas por ambas partes, prueban la identidad de los inmuebles cuya reivindicación ha pedido el Banco Agrícola Hipotecario; que al darles valor de prueba plena cometió el sentenciador error de derecho, por infracción-medio de los artículos 724, 727, 728 y 730 del C. J., en relación con el acta, y 687 y 688 ib., respecto a los testimonios, con quebranto consecuencial del artículo 946 del C. C.

En una palabra, el cargo se basa, 1º: en el hecho de que en la diligencia de inspección ocular no hizo el juzgado reconocimiento ni del globo de terreno de que hacen parte las parcelas, ni de éstas, pues se limitó a efectuar la diligencia desde un solo punto o sitio, ya que el tiempo de que el personal dispuso era insuficiente para recorrer los linderos de la finca general y de los lotes de terreno poseídos por los demandados; y 2º: en la circunstancia de que los testimonios rendidos a solicitud de una y otra parte, no son responsivos.

Se considera:

9.—La identidad de las parcelas 37 y 44, poseídas por los demandados Varela y Reyes, es un hecho evidente en este proceso, **o por lo menos**, la estimación que de las pruebas hizo el Tribunal al respecto, para admitir la identidad, no adolece de vicio alguno viable en casación.

A) La inspección ocular

10.—Reza el acta de la diligencia que "se procedió a identificar la preludida finca de Las Tapias y de ello se constató que tiene estos linderos.... (aquí ellos); después agrega: "Una vez determinada la finca de Las Tapias, se procedió a identificar todos y cada uno de los predios ocupados por los demandados y los cuales son: (aquí los linderos particulares de las parcelas)". Luego dice: "Después de la identificación de cada parcela, por sus linderos, la diligencia deja constancia de las construcciones halladas". v. gr., en la ocupada por Graciliano Reyes: "Esta parcela tiene dos casas de habitación, trapiche y fondas de cobre y un galpón"; en la ocupada por Félix y Braulio Varela: "...tres casas de habitación, dos de ellas de teja y una de techo de paja"; en la ocupada por los herederos de Emilio Jaramillo: "...cuatro casas de habitación de teja y una de astilla". Y así de las demás parcelas.

Además, constan en el acta anotaciones como las siguientes. En referencia a la parcela poseída, según el libelo, por Emilio Jaramillo: "...se encuentra en ella el señor Mariano Ramírez, quien dice estar por cuenta de los herederos de Emilio Jaramillo". En relación con la demandada a Misael Jaramillo y Eladio Guevara: "...Misael Jaramillo y Eladio Guevara, ocupaban la parcela distinguida con el número 34, y quienes según informaciones vendieron a José López y éste a Israel Herrera, quien es su actual ocupante". Respecto de la mencionada en la demanda como poseída por Carlos Chaverra: "Carlos Chaverra ocupaba la parcela número 38, poseída actualmente por el señor Jesús Peláez...". Todo lo cual indica que, en cuanto a la expresada diligencia, el concepto del Tribunal, de haber sido probada la identidad, no adolece de ninguna especie de error.

B) Las declaraciones

Entre ellas hay algunas de las cuales se sigue que los testigos conocen a cabalidad la hacienda de "Las Tapias" y los lotes de terreno de la reivindicación. Hay otras deficientes y algunas absolutamente ineficaces. Pero, muy lejos está la apreciación del sentenciador, de poder tildarse de errónea en casación.

C) La contestación de la demanda

Mas, en relación con Braulio Varela y Graciliano Reyes, existe una prueba de identidad de los fundos, invulnerable, y a la cual la Corte tendría que apelar en fallo de instancia, en caso de que procediera el cargo: es la contestación que aquéllos dieron a la demanda (fs. 23 y 27 C. principal), en la cual afirman que los fundos cuya reivindicación se ha solicitado, **están poseídos por ellos, porque les pertenecen exclusivamente**, sin haber reconocido dominio ajeno, distinto al del Estado.

Si se trata de identificar el inmueble que un título individualiza por sus linderos, con el fin de reivindicarlo de su actual poseedor, y éste afir-

na que lo posee, ciertamente, porque le pertenece en propiedad, tres de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria quedan establecidos: la posesión de la cosa por parte del reo, la singularidad y la identidad del bien.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo

11.—Se alega que el sentenciador incurrió en errores de derecho en la apreciación de las piezas que se mencionan en seguida:

A) Debido a infracción de los artículos 601 y 697 del C. J., las declaraciones de Angel Mª Castillo, Gonzalo Ruiz, Daniel García y Nicanor Mayor, recibidas a petición de los demandados para acreditar los elementos constitutivos de la usucapión del artículo 12 de la ley 200 de 1936.

B) Debido a infracción de los artículos 721 y 722 ib., el dictamen pericial, según el cual algunos cultivos llevados a cabo en las parcelas de los Varela y Reyes tienen doce y quince años, respectivamente. Y

C) Debido a infracción de los artículos 1620 y 1759 del C. C., las escrituras públicas número 614, de 16 de septiembre de 1921 y número 26, de 7 de enero de 1947, de las cuales la primera —venta de Nazario Lalinde a José María Lalinde— habla de pastos naturales, pastos artificiales (potrá), montes altos y bajos, mejoras que hoy no existen; y la segunda —dación en pago de José María Lalinde al Banco Agrícola Hipotecario— reza que las parcelas que fueron materia de la dación, se hallan ocupadas por colonos.

Y como consecuencia de estas infracciones-medios, la violación final de los artículos 764, 765 y 2528 del C. C., 12 de la ley 200 de 1936, 48 y 47 del Decreto número 59 de 1938.

A causa de tales errores, el sentenciador negó que los demandados hubiesen ejercido una posesión de las condiciones prescritas en el artículo 12 de la Ley de Tierras, y por consiguiente, que se hubiese consumado la usucapión especial instituida en dicho texto.

Se considera:

12.—El recurrente afirma que con sus pruebas, correctamente valoradas, acredita la posesión económica, pacífica e ininterrumpida, por más de cinco años, a partir del día en que comenzó a regir la citada ley, razón por la cual se consumó dicha prescripción, de tal forma que si así no lo resolvió el fallo, quebrantó los citados preceptos legales.

El cargo, en cuanto la sentencia niega el hecho de la posesión económica, pacífica y no interrumpida, durante un lapso no menor de cinco años, con posterioridad al 7 de abril de 1937, es fundado, porque de las pruebas aducidas por la parte demandada, particularmente algunos testimonios, el dictamen pericial y la escritura número 26 de enero de 1947, se sigue que los demandados han poseído, ciertamente, después de tal fecha, por más de cinco años, sus respectivas parcelas. Lo cual significa que el sentenciador incurrió en los errores que alega el recurrente.

13.—La Sala no se detiene a motivar esta afirmación, porque, con todo, el cargo es ineficaz, por faltar a la posesión uno de los requisitos que aquel texto demanda para que opere la nueva usucapión de la tierra: la buena fe, aspecto de la cuestión que el recurrente no incluye en su acusación y al cual se refiere la sentencia en estos términos:

"Del análisis de la prueba que hasta ahora se ha hecho, no resultan claramente demostrados varios de los requisitos enunciados. Sí aparece, en cambio, de las declaraciones de los señores Gonzalo Urdinola, David Patiño, Alfonso Calzada, Alberto Urdinola, Abel Urdinola, Rafael Victoria, Juvenal Carnelo, Pascual Rodríguez y Lino Carnelo (fs. 11 a 21 v C. número 7), que tanto el señor José María Lalinde como sus causantes, han ejercido a través de muchos años pleno dominio sobre los terrenos de la hacienda de "Las Tapias", inclusive sobre las parcelas que ahora ocupan los demandados, y que ha sido ostensible su calidad de dueño. Y si esto es así, como en realidad lo es, no se puede aceptar que los demandados tuvieran la convicción necesaria sobre la calidad de tierras baldías cuando entraron a ocupar sus respectivas parcelas, ocupación que por antigua que sea no alcanza en manera alguna a cubrir la ostensible posesión de sus legítimos propietarios, manifestada con actos propios de una explotación económica. Además, y como antes se ha dicho, se desconoce a cuánto tiempo se extiende la posesión de los demandados con anterioridad a la demanda".

14.—La apreciación que hizo el Tribunal, del conjunto de pruebas producidas por ambas partes, lo llevó a la conclusión contenida en el párrafo inserto. La hacienda de Las Tapias fue conocida de años atrás, en la región, como propiedad privada; sus propietarios la poseyeron ejecu-

tando diversos actos de explotación, si bien no pudieron poseerlo en su totalidad, es decir, incluidas las parcelas de la reivindicación, puesto que los poseedores de aquéllas eran los demandados, al menos de 1937 en adelante.

El sentenciador consideró probado el hecho de la posesión o explotación de la hacienda, por parte de sus titulares, por medio de cultivos, siembras, cerramientos, establecimiento con ganados, etc. En esta estimación no halla la Sala más error que el de extender la posesión a las parcelas, desde luego sin proyección en el recurso, puesto que faltando a la posesión de los Varela y Reyes, el elemento de la buena fe, no es eficaz para prescribir.

El Tribunal, al aceptar el hecho de la posesión por parte de los propietarios de "Las Tapias", se fundó especialmente en las declaraciones practicadas a petición del demandante. Sobre ese hecho descansa su afirmación de haber sido imposible que los demandados creyesen que se trataba de tierras baldías. Pero, el recurrente no acusa la sentencia, por error en la estimación de esas pruebas, en cuanto ésta le sirvió para negar la existencia de la buena fe, sino en cuanto lo condujo a violar el artículo 1º de la Ley 200, según se desprende del tercer cargo. En consecuencia, el concepto del fallo sobre inexistencia de dicho requisito, es decir, la buena fe prescrita en el artículo 12, está en firme; no puede, por tanto, modificarse en casación, y el cargo a la postre resulta improcedente, porque, con evidente fundamento legal en parte, no es apto, sin embargo, para destruir la conclusión de la sentencia, de no haberse probado la consumación del modo de adquirir la propiedad de la tierra, establecido en el precitado artículo 12 de la ley 200 de 1936.

Sobre el sentido primordial que en tal usucapión tiene dicho elemento intencional, la doctrina de la Corte ha sido uniforme, como puede verse en casaciones de 14 y 16 de julio de 1945 (LIX, 350 y 353) y de 30 de agosto del mismo año (LX, 352), a la cual pertenecen estos conceptos muy aplicables al caso presente:

"Hay pruebas en el juicio de que los Pabón estaban haciendo explotación económica de su fundo, y aunque no hubieran hecho desmontes ni tuvieran cultivada la totalidad de los terrenos que forman dicho fundo, preciso es reconocer que la existencia de aquellos trabajos agrícolas sí era una señal inequívoca para los pretendientes a ocupar las tierras, de que ellas se encontraban dentro de una propiedad privada. Y la Corte no encuentra que el Tribunal haya incurrido en error al apreciar esas otras pruebas".

No es, por tanto, procedente el cargo.

Tercer cargo

Está concebido así:

"El Tribunal incurrió en error de derecho al darle valor de plena prueba a lo dicho por los testigos de los demandantes sobre la explotación económica que dicen haber tenido sobre los lotes poseídos por los demandados, con lo cual se ha violado el artículo 668 —en sus dos últimos incisos— del C. Judicial, lo que incide en la violación del artículo 1º de la ley 200 de 1936, por cuanto que la explotación económica sí la ha habido pero por parte de los demandados".

Se considera:

15.—No incide en el recurso la infracción alegada del artículo 1º de la ley 200 de 1936, aun cuando la del artículo 668 del C. J. fuera evidente.

En primer lugar, porque en lo que concierne a los demandados, ya se ha dicho que en relación con las parcelas que son materia de la reivindicación, han tenido ellos la posesión económica, por un lapso no inferior a cinco años, con posterioridad a la ley y con anterioridad a la demanda, posesión exigida para usucapir, según el artículo 12 de la ley, pero carece del elemento subjetivo de la buena fe; y en relación con el actor, también queda expuesto, que tiene él y tuvieron sus antecesores la posesión de la hacienda, excluídas, se repite, las parcelas.

En segundo lugar, la disputa no se resuelve a la luz del artículo 1º, sino del artículo 12, porque, se trata de un litigio entre particulares, y de una parte, se invocan títulos de propiedad, y de otra, la posesión económica, en una de sus expresiones más profundas: la usucapión. La posesión de los colonos, vista aisladamente, como hecho compuesto de un **corpus** económico y de un **animus**, carece de fuerza contra la titulación anterior, si no llega a constituir la prescripción adquisitiva agraria.

En tercer lugar, la posesión económica que consagra el artículo 1º de la ley, está referida a la presunción de propiedad que establece, en desarrollo de la presunción general de dominio que entraña el artículo 762 del C. C., pero únicamente en relación con la Nación, puesto que es para calificar las tierras así poseídas, de propiedad privada y no de baldíos. Se trata de una presun-

ción a favor de los particulares y en contra de la Nación, con que el artículo 1º reformó la presunción tradicional de dominio establecida por los artículos 675 del C. C. y 44 del C. F. Lo cual indica el imposible de que pueda plantearse viablemente el agravio del artículo 1º, por cuanto el interés privado basado en unos títulos de propiedad, ha venido a prevalecer sobre una posesión económica, además de pacífica, quieta y no interrumpida, por el lapso legal para usucapir, pero a lo cual le ha faltado la mencionada exigencia subjetiva de la buena fe.

Por tanto, al admitir el sentenciador la prueba de la posesión económica, de la parte actora, no incurrió en infracción del citado artículo 1º de la ley 200 de 1936.

Cuarto cargo

Está enunciado así:

"El Tribunal incurrió en error de derecho al no apreciar la prueba testimonial y también pericial en cuanto tal prueba demuestra que los demandados se hayan establecido con dos años de anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, sin reconocer dominio distinto al del Estado y no a título precario en terrenos incultos en el momento de iniciarse la ocupación. Con ello violó los artículos 594, 601, 697, 721 y 722 del C. Judicial, lo que incide en la violación del artículo 4º de la ley 200 de 1936".

Se considera:

16.—El artículo 4º de la ley 200 de 1936 trató de resolver uno de los más graves problemas de la tierra, existentes en la época de su promulgación, cual era el de los colonos establecidos en tierras privadas no a título precario y sin reconocer dominio distinto al del Estado, con más de dos años de posesión, pero menos del tiempo requerido para adquirir el dominio por medio de usucapión treintenaria, expuestos, por tanto, a ser vencidos en juicio reivindicatorio.

Dos medidas de excepción al derecho común introdujo aquel texto: una, tocante a la prueba del dominio que podían aducir quienes se juzgasen titulares de él: y otra, relativa a la posibilidad de que los colonos adquiriesen la tierra por ellos poseída. La primera era una modificación al derecho probatorio de la propiedad de la tierra: la segunda, al régimen de las prestaciones mutuas, según las cuales el poseedor vencido debe restituir la cosa en todo caso.

La acusación aspira a que situado el caso en el campo del artículo 4º y probados los requisitos que demanda este precepto, sea infirmada la sentencia por no haber exigido al actor la prueba de la propiedad de la tierra según la tarifa restricta del mismo texto.

17.—Mas, no es procedente el cargo porque encierra un "medio nuevo" inadmisible por tanto, en casación. El planteamiento de la situación de los demandados, en el ámbito del artículo 4º, no se hizo en el proceso. Se alegó, sí, la usucapión extraordinaria de derecho común y la especial agraria, pero, no la situación de aquel estatuto, naturalmente alegable en forma subsidiaria. "Medio nuevo", esto es, hecho no alegado, planteamiento no formulado en instancia, y que de haberlo sido, habría puesto en aviso al actor para probar el dominio con sujeción a la plataforma excepcional expresada.

18.—La Corte ha reafirmado su doctrina sobre los **medios nuevos**, en repetidos fallos, de los cuales cita los siguientes: Julio 30 y 17 de diciembre de 1912 (XXI, 360 y XXII, 266) diciembre 17 de 1934 (XLI bis, número 1895 B, 208), marzo 12, septiembre 2 y diciembre 15 de 1936 (XLIII, 73; XLIV, 139, XLIV, 687); junio 11 de 1937 (XLV, 226); agosto 5 de 1938 (XLVII, 51); octubre 23 de 1939 (XLVIII, 727); junio 6 de 1945 (LIX, 137) y noviembre 9 de 1951 (LXX, 771).

19.—Para decidir sobre este cargo la Sala engloba los rasgos característicos del "medio nuevo", haciendo memoria de las palabras de Carnelutti: "La Corte de casación tiene esta naturaleza singular...: es mitad juez y mitad maestro: no tanto juzga cuanto orienta para juzgar". Por tanto:

1.—La teoría de los "medios nuevos" suele fundarse:

A) En una razón formal: "los medios nuevos" no pueden ser atendidos en casación "por la sencilla razón de que esto equivaldría a variar la demanda iniciada y a modificar la relación jurídico-procesal" (cas. noviembre 26, 1936, XLII, 501). El medio nuevo produce así una alteración de la **litis-contestatio**. Pero, otro fallo reza que "quien invoca un medio nuevo no modifica sus pretensiones sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta" (cas. diciembre 17, 1934, XLI bis, 208).

Según la propia jurisprudencia de la Corte, la

doctrina en general comprende en los "medios nuevos", una y otra cosa. Así, considera que habiendo sido vencido el reivindicador, la posesión alegada por el mismo en casación, es medio nuevo (octubre 18, 1935. XLII, 371), y que habiéndose demandado la nulidad de un contrato, por una causa, la invocación de otra en casación, es medio nuevo (noviembre 15, 1932. XLI, 14) Casos son estos en que el medio nuevo implica, sin duda, una mutación de la relación jurídico-procesal. Según expone Manuel de la Plaza, la jurisprudencia española ha aceptado como medios nuevos, extremos modificativos de la pretensión inicial, en casos como estos: el antes mencionado de la posesión alegada en casación por el reivindicador que pierde la acción, en cuyo ejercicio atribuyó naturalmente la posesión al reo; la reducción en el recurso, de la suma pedida en la demanda; la alegación ante la Corte, de tratarse de un contrato innominado, cuando en el libelo se consideró como cuenta corriente; la invocación de culpa, como fuente de resarcimiento, cuando se había demandado por dolo; y el haber pedido la declaración de nulidad, impide alegar la rescisión del contrato, en el recurso extraordinario. ("La Casación Civil", p. 162). Y Camalandrei conceptúa que "aun permaneciendo sin alteración la demanda, puede tenerse la novedad de los medios", lo cual indica que modificando aquélla se produce también un medio nuevo ("La Casación Civil", tº I. vol. 2º, número 200. Trad. de S. Mentis Melendo, 1945).

Así, pues, el medio nuevo puede alterar la demanda mas generalmente, no la altera, si bien implica en todo caso, según el fallo de 17 de diciembre de 1934 (XLI bis, 208), un camino distinto para alcanzar el mismo fin.

B) En una razón de orden constitucional: se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero, pronunciados ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la preterm isión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

C) Y en una razón originada en la esencia del recurso, porque éste tiene por objeto restablecer el imperio de la ley infringida en la sentencia, la cual no podía basarse sino en lo alegado ante el juez, no en lo que pudiese ser alegado con posterioridad ante la Corte. El recurso va dirigido contra el fallo, en cuanto ha desatado una controversia teniendo en cuenta los elementos aducidos y los hechos invocados en ella y no elementos ni hechos ajenos al litigio, y por tanto desconocidos del Juez. En otros términos, la sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla: no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le empezaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aun respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas. En casación de 12 de marzo de 1936 (XLIII, 732) dijo la Corte:

"Estas reflexiones sencillas hacen ver con claridad cómo y por qué, sin necesidad de expresa disposición legal y con sólo estar atenta a la índole y peculiaridades del recurso de casación, la Corte se ha guardado de aceptar en él los justamente llamados medios nuevos, esto es, los que vienen a presentarse por primera vez ante ella, **ex post facto**, sin reparo, objeción, ni contienda anterior, esto es, en instancia. Acusar en él una sentencia porque tomó en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, es algo reñido con él en su singularidad, finalidades e idiosincrasia".

Otra sentencia (diciembre 15, 1936. XLIV, 687) cita a Ernesto Faye, quien plantea la teoría expresada en dicho terreno: "Se trata de la aplicación de esta doble regla: a) Que una sentencia no puede ser casada sino por una violación de la ley cometida por el juez a quien no se le puede hacer el cargo de que no haya resuelto sobre un medio que no le fue propuesto; b) Que, por razón de la prohibición en que se encuentra la Corte de Casación, de conocer del fondo de los negocios, ella debe tomar el debate en el estado en que éste le fue presentado al Juez de instancia, sin que ningún elemento nuevo pueda serle introducido. ("La Cour de Cassation", número 123).

II. De las razones expuestas las dos últimas prestan apoyo sólido a la teoría del medio nuevo, el cual puede definirse: el hecho, extremo o planteamiento que sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación, y de tal manera relacionado con la decisión que, de ser admitido, se produciría necesariamen-

te la infirmación de la sentencia. De la Plaza afirma que se trata de "cuestiones que se plantean fuera de los términos en que el debate se desenvolvió, y separándose de los temas que las partes establecieron como antecedente para formular sus respectivas pretensiones". (Ob. cit., p. 164).

Así, componen el medio nuevo:

1º—**Su trascendencia** en relación con la decisión, hasta el punto de que su aceptación en el recurso habría de causar indudablemente la casación. V. gr. el fallo reposa en un instrumento público que está sin registrar; pero la parte interesada en atacar su validez, no lo hace en instancia; si se admitiese su ataque en casación, el fallo se derrumbaría necesariamente.

2º—**La falta de alegación en las instancias.**—El ingreso de un hecho o cuestión a la litis, puede ser explícito o implícito. "No se puede hacer valer —dice Faye— un medio nuevo, esto es, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por este Tribunal". ("La Cour de Cassation", número 123). Llevado al juicio, el hecho o planteamiento queda haciendo parte integrante de él, y es, apto, en consecuencia, para influir en la decisión. Alegado en instancia, v. gr. que la escritura pública no fue registrada, tal extremo quedó incluído en el debate judicial, y en casación, por tanto, procede su aporte, porque es simplemente un medio viejo. Mas, si el juicio no fue formulado, es como si no existiese para el recurso extraordinario: lo que no se alega en instancia no existe en casación.

Puede, empero, ingresar a la controversia un hecho o extremo, no por la iniciativa de las partes sino del Juez. "Hay casos —dice Faye— en que el Juez ha creído de su deber examinar de oficio un medio que no había sido presentado. Este medio no puede ser considerado como nuevo, puesto que su admisión o su repudiación han servido de base a la sentencia atacada que puede encontrarse viciada". (V. cas. septiembre 2 de 1936, XLIV, 139). Por ejemplo, la sentencia habla del "título registrado", sin que la parte a quien interesaba su invalidación hubiera alegado en instancia la falta de inscripción: no será ya un medio nuevo y puede promoverse en casación.

3º—**La naturaleza del hecho extremo o planteamiento.**

a) Primeramente, para delimitar la materia, se excluye todo argumento o razón de orden estrictamente jurídico. A las razones expuestas en la primera instancia, pueden agregarse otras en la segunda, y a éstas unas nuevas en casación. La administración de Justicia reposa en la interpretación de la ley y ésta es tarea de imposible agotamiento. La "libre investigación científica" de Gény, o la "persuasión racional" del artículo 21 de la ley 200 de 1936, como síntesis de la potestad interpretativa del juez, no admite restricciones. Si la prohibición de alegar medios nuevos, tiende a evitar sorpresas que vulneren el derecho de defensa y desnaturalicen el recurso, ello no puede acontecer en cuanto concierne al razonamiento jurídico.

Los Tribunales elaboran y unifican la doctrina. En sus orígenes la casación defendió la norma, mirada como molde material inflexible, porque se creyó que la ley podía preverlo todo, lo presente y lo futuro. La interpretación fue función exclusiva del legislador, encargado de hacer la ley; a los jueces no les era dado sino aplicarla, no interpretarla. Mas, ello no resistió el embate de los hechos: el juzgador rompió los moldes, penetró en el espíritu de la ley y a poco resultó interpretándola. Interpretar la ley es hacer la doctrina, y algo más: erigir a la doctrina en fuente de Derecho positivo. "El Derecho —dice el juez norteamericano H. F. Stone, en obra reciente— sólo cumple adecuadamente su función cuando se ajusta a la forma de vida de un pueblo; los cambios sociales hacen que el problema capital de la ciencia del Derecho, en el mundo moderno, consista en la necesidad de conciliar las necesidades, hasta cierto punto contradictorias, de modo que el Derecho tenga continuidad con el pasado, se adapte al presente y sea adaptable al futuro". Y otro juzgador renombrado afirma que "no tendría inconveniente en sumarse a la opinión de quienes consideran que la misión del Juez debe limitarse a una reproducción imitativa, y que la obra creadora, en el Derecho, sólo compete a las leyes, si éstas se hubiesen mostrado capaces, hasta ahora, de asumir por sí solas la tarea que les asigna. Pero, una secular experiencia ha demostrado que existe la necesidad de algo más que de simples leyendas. Las situaciones únicas o nuevas que se producen no pueden tener dispuesta de antemano la solución adecuada. Si

la legislación ha de ocupar el lugar de la acción creadora de los Tribunales, será preciso que una comisión legislativa esté siempre dispuesta detrás de nosotros para intervenir en cada actuación, a la manera de un supertribunal". (Citas de José Brutau, "La Jurisprudencia como Fuente de Derecho Positivo", p. 17 y 21).

Y precisamente, porque a los juristas concierne participar en la dispensación de la Justicia y en el progreso de las instituciones forenses, es por lo que están llamados a influir en la doctrina jurisprudencial, a cuyo efecto no podría limitárseles su tarea en el ámbito de la investigación y del razonamiento jurídico, ni en la oportunidad para realizarla, en instancia o en casación.

La citada sentencia de 12 de marzo de 1936 (XLIII, 731) enseña que "la violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos, en que la acusación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley y a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C. artículo 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas a pretexto de que en las instancias no se debatieron, ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal".

En este mismo sentido, la casación de 17 de diciembre de 1934: "Esto no implica que no se puedan aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter jurídico, que no se mezcle ningún elemento de hecho". (XLI bis, 208).

Con respecto a la casación en Francia, la jurisprudencia es uniforme, como puede verse en Sirey 1931, parte 1ª, ps. 289 y 361; 1938, parte 1ª, p. 312, y 1940, parte 1ª p. 10. "Un medio de puro derecho —dice esta última— basado en la violación de una regla legal, cuyo cumplimiento se impone al Magistrado en razón de la naturaleza y la causa de la demanda, puede presentarse por la primera vez, ante la Corte de Casación".

b) Descartada la investigación y el razonamiento jurídicos, hay otro campo en el cual no se da el medio nuevo: **el de orden público.** En su obra citada Faye dice que "el medio resultante de la violación de una regla de orden público no puede considerarse jamás como nuevo: él está comprendido en la causa, de modo que habrá de ejercer siempre su influencia en la decisión en un sentido o en otro, y el Juez, desde cuando lo ha debido conocer, es culpable de no haberlo declarado de oficio". (Ob. cit. número 127). Y agrega en otro lugar. "No se puede hacer valer ante la Corte de Casación ningún medio nuevo, es decir, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por éste, a menos que la ley le haya impuesto el examen de oficio por un interés de orden público; pero aun en este último caso la admisión del medio está subordinada a la condición esencial de que se apoye en hechos y documentos sometidos al juez de fondo". (Cita de la casación de diciembre 15 de 1936, XLIV, 687).

La doctrina nacional ha contemplado igualmente esta especie de medios, no invocados en instancia, y sin embargo nunca nuevos dentro del ámbito de la casación. (V. cas. diciembre 15, 1936, XLIV, 687, y junio 12, 1937, XLV, 226).

c) Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, lo demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados o alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario. Un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son un mero razonamiento o argumento emplazado en favor de una tesis, teoría o sistema, espacio en el cual —como se vio antes— no hay líneas que demarquen la investigación. Por ello, nada de lo que concierne a la violación directa de la ley o sea la causal de casación contemplada en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 520, puede llegar a tener el carácter de medio nuevo en el recurso.

Mas, un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos. Casación de 17 de diciembre de 1934 dice que "quien invoca un medio nuevo no modifica sus pretensiones sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta. Funda su pretensión en una relación de derecho que había descuidado hacer valer en las instancias del juicio. Esa misma fi-

nulidad jurídica basada en una **relación de derecho** no **alegada en las instancias,** es lo que puede calificarse de medio nuevo. Esto no implica que no se puedan aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico, **que no se mezcle ningún elemento de hecho,** lo que vale decir que los **medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación".** (XLI bis, 200. Subrayo la Sala).

Sentencia de marzo 12 de 1936 de la Sala de Casación, reza: "No así cuando la violación de la ley sustantiva de que se acusa un fallo, proviene de error en la apreciación de pruebas. En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aún ilimitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho contura la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y estudio sí es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal" (XLIII, 731).

Por consiguiente, en toda esta materia de las alegaciones jurídicas y de los planteamientos legales relacionados con los hechos y distintos de las razones de puro derecho y de orden público, se da el medio nuevo, pero únicamente cuando tales alegaciones no fueron formuladas en instancia. En caso contrario, se trata de medios ya propuestos y conocidos sobre los cuales puede versar la casación, sin peligro de sorpresas y también sin pretender que el fallo responda de extremos o planteamientos que no hicieron parte de la materia litigiosa.

d) Abundan las sentencias en las cuales la Corte ha declarado inadmisibles los cargos en casación, por tratarse de medios nuevos: de julio 30 de 1912 (XXI, 360), agosto 1º de 1932 (XL, 430) y abril 28 de 1934 (XL, 298), declaran que el extremo o hecho de la prescripción no invocada en las instancias, es medio nuevo en casación; de diciembre 3 de 1931 (XXXIX, 361) no admite que se alegue la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, por no haber sido propuesta en instancia, ni haberse referido a ella el sentenciador; de febrero 15 de 1932 (XXXIX, 478) rechaza la alegación de hallarse unas cuentas extendidas en papel común cuando según la ley debían haberse sido en papel sellado, porque no se formuló en instancia; de noviembre 15 de 1932 (XLI, 74) rechaza el planteamiento de la nulidad de un contrato por motivo diferente al presentado en el juicio; de 18 de octubre de 1935 (XLIII, 371) considera medio nuevo el hecho de la posesión alegado en el recurso por el reivindicador vencido; de marzo 12 de 1936 (XLIII, 731) repudia el extremo de invalidez de una hijuela por falta de formalidades, no atacada en el juicio por este aspecto; de diciembre 15 de 1936 (XLIV, 687) considera que plantear la nulidad de la prueba del matrimonio, cuando no fue atacada en el juicio, es medio nuevo; de octubre 23 de 1939 (XLVIII, 727) rechaza la alegación de nulidad de una cesión de derechos litigiosos, no formulada en instancia; de junio 6 de 1945 (LIX, 137) niega la casación apoyada en el planteamiento de ser nulas las partidas de estado civil, por no haber sido objetadas antes; de febrero 9 de 1953 (LXXIV, 27) repudia el ataque a las declaraciones por medio de las cuales se puso por escrito un testamento verbal, por no haber sido planteado en instancia; de agosto 17 de 1953 (LXXVI, 64) declara inadmisibles los reparos contra una partición, no introducidos durante el juicio; de diciembre 11 de 1954 (LXXIX, 237), niega el cargo por envolver un extremo no incluido en la demanda de indemnización de perjuicios, etc., etc.

III. — Por último, el medio nuevo no deja de serlo por la confirmación del fallo, de modo que la Corte al dictar sentencia de instancia, no podrá atender la alegación de hechos o extremos no debatidos en el juicio (cas. julio 30, 1912, XXI, 360, y agosto 5, 1938, XLVII, 51).

El caso de autos

20.—Aplicando al caso la doctrina expuesta, se sigue:

1º —Que la parte demandada no alegó en el juicio la situación o planteamiento contemplada en el artículo 4º de la ley 200 de 1936;

2º—Que la parte demandada afirmó ser propietaria de las parcelas con apoyo especialmente en la usucapión extraordinaria y en la agraria (artículo 12, ley 200 de 1936), pero no alegó ser poseedora conforme al ordenamiento del artículo 4º; habría podido alegarlo, en subsidio de su principal pretensión, pero no lo hizo; luego, hacerlo

en casación, es traer al debate una cuestión no debatida en las instancias.

3º—Que siendo un medio nuevo, no es admisible en casación y no puede aceptarse, por tanto, el cargo formulado a la sentencia, de error en la estimación de las pruebas que, según el recurrente, demuestran la situación contemplada en el texto antedicho, y de infracción del mismo —entre otros— por no haber aducido la parte actora la prueba del dominio de acuerdo con el elenco particular de los medios allí contemplados.

21.—Pero, aun cuando no se tratase de "medio nuevo", habría que observar que el artículo 4º, como el artículo 12 de la ley 200, exige el mismo factor subjetivo de la buena fe, factor ausente de la posesión de los demandados, según se vio al estudiar el segundo cargo. Luego, tampoco prosperaría el presente, por errores en la apreciación de las pruebas relativas a la posesión encaminada a cimentar la situación jurídica prevista en el artículo 4º.

En su defectuosa forma este precepto exige que el colono se haya establecido en tierras incultas, sin reconocer otro derecho que el del Estado, es decir, convencido de tratarse de tierras baldías, y sin que medie un título de mera tenencia. Porque la existencia de un título de esta clase, es incompatible con la posesión. La fórmula del artículo 4º "sin reconocer dominio distinto al del Estado", equivale a la del artículo 12: "creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías".

Las dos fórmulas consagran una presunción legal de buena fe, en favor del colono, presunción que puede desvirtuarse demostrando que se estableció a sabiendas de que las tierras eran de propiedad privada.

¿Cómo? Para el caso de la usucapión del artículo 12, el mismo texto lo dice. Para el del artículo 4º, no lo dice el texto. Pero, habida consideración de tratarse de una presunción legal que reposa en el mismo hecho de creer que son terrenos baldíos, la desvirtuación, en el segundo caso, puede lograrse en la misma forma, es decir, que es aplicable la segunda parte del ordinal 4º del artículo 12, que reza: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramiento artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

Ya en este punto habría que repetir lo expuesto sobre la apreciación hecha por el sentenciador de la prueba aducida por los demandados para demostrar el elemento psicológico de la buena fe en el caso del artículo 12, apreciación que no se resiente de errores, según quedó expresado.

Por estos motivos el cargo cuarto no es admisible.

Cargo quinto

Así está formulado:

"Presunción de que no es baldío sino de propiedad privada de quienes poseen el terreno en las condiciones del artículo 1º de la ley 200 de 1936.

"El Tribunal al decretar la reivindicación demandada ha echado por tierra la presunción que favorece a mis mandantes por poseer y explotar económicamente sus parcelas en las condiciones del artículo 1º de la ley 200 de 1936, con desconocimiento total de todas las pruebas que obran en autos: la demanda que da como poseedores a los demandados; la diligencia de inspección ocular que los encontró igualmente en posesión material y explotación económica; el dictamen pericial que dijo que los demandados poseen las parcelas mencionadas y que las explotan con las mejoras dichas en su exposición pericial, y finalmente, todas las declaraciones de los testigos tanto de una parte como de otra. En esta forma el Tribunal violó el artículo 661 del C. Judicial, lo que incide en violación del artículo 66 del C. Civil y también en el artículo 1º de la ley 200 de 1936, por cuanto éste expresa que se presumen de propiedad privada los terrenos que se poseen y exploten en las mismas condiciones establecidas en dicho artículo".

Se considera:

22.—Como antes se expuso, sin negar la posesión económica de los demandados sobre las parcelas, ella no opera contra los títulos inscritos, mientras no configure un medio adquisitivo de la propiedad, que bien puede ser la usucapión ordinaria, la extraordinaria o la agraria.

La presunción del artículo 1º de la ley 200 de 1936 equivale, respecto de la Nación, a la **ocupación**, que es modo de adquirir los particulares el dominio de las tierras baldías; pero, entre éstos carece de sentido, ya que la **ocupación** no es modo de adquirir el dominio agrario privado, por lo cual se dijo antes que dicha presunción —que

llega a asumir los caracteres de una presunción de derecho a favor de los poseedores y en contra de la Nación— no es aplicable sino a las relaciones jurídicas entre ésta y los colonos.

Tratándose, pues, de una relación privada entre particulares, la presunción del artículo 1º es inaplicable; mas, si lo fuera, la presunción legal de propiedad fundada en la posesión, no se configuraría como **ocupación** contra los titulares inscritos, sino como **usucapión**, la cual no fue probada.

Razón por la cual no concurre la infracción legal invocada en este cargo.

Desechado el recurso, no se condenará, sin embargo, en costas a los recurrentes, porque algunas de sus tesis han sido acogidas en este fallo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha primero (1º) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en el juicio ordinario seguido por el Banco Agrícola Hipotecario (sucursal Cali) contra Félix Varela y otros.

Sin condena especial en costas.

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

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SE INTERPRETA EL ARTICULO 351 DEL C. J. EN RELACION CON LOS RECURSOS INTERPUESTOS SIN REVALIDAR EL PAPEL COMUN

1.—La Corte reitera la necesidad de requerimiento, expreso o tácito, para que se produzca la sanción prescrita en el inciso 2º del artículo 351 del C. J. El requerimiento para que la parte revalide el papel común empleado implica la necesidad de un término dentro del cual aquélla cumpla esa carga, término que podrá fijar el juez de acuerdo con la facultad general que le otorga el artículo 262 del C. J., siendo entendido que si no lo señala, será el de la ejecutoria del auto del requerimiento.

2.—Interpuesto un recurso oportunamente, sin haber hecho la revalidación, pero cumplida ésta antes de ser requerida la parte, o dentro del término del requerimiento, el recurso se tendrá por bien interpuesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena de Casación Civil.—Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

El presente juicio fue fallado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 29 de septiembre de 1955. La sentencia, desfavorable a la parte actora, confirmó la de primera instancia, en la cual se declaró procedente la excepción de cosa juzgada.

Oportunamente el demandante se alzó en casación, pero el Tribunal al considerar el escrito correspondiente, dijo en auto de 14 de noviembre que "no habiéndose revalidado el papel común empleado en la actuación, la parte actora, a quien correspondía hacerlo, no puede ser oída en el juicio". El 16 del mismo mes se notificó dicho auto y en esa misma fecha el actor revalidó el papel común.

El Tribunal negó el recurso extraordinario en proveído de 23 del mismo noviembre, en consideración a que habiendo sido revalidado el papel después de vencido el término para recurrir en casación, sólo en la fecha de la revalidación debe tenerse por interpuesto el recurso.

Pedida la reposición de esta providencia la casación fue concedida.

La parte demandada pide a la Corte deniegue el recurso alegando la circunstancia dicha de haber expirado el término para interponerlo, sin haber sido revalidado el papel.

Se considera:

Dispone el artículo 351, inciso 2º, del C. J., que la parte renuente al suministro del papel sellado, no será oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel que ha debido emplear.

Por tanto, al gravamen procesal de proporcionar la parte el papel sellado que le corresponde, sucede otra carga: la de consignar en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel no suministrado.

¿Cuándo debe la parte hacer entrega en la Secretaría de las especies de timbre nacional?

No lo dice el artículo 351, pero la oportunidad fluye del mandato de que no sea oída la parte mientras no haga consignación de las estampillas. En tanto que nada tenga que pedir, no se verá compulsado a cumplir la obligación; luego, la oportunidad para ello está condicionada a la necesidad de ser oída.

Esta necesidad se manifiesta de manera más acentuada en materia de recursos, porque la interposición de estos es precisamente para que la parte sea oída con el objeto de que se revoque o reforme la resolución —si se trata de reposición o súplica— o sea concedido el recurso —si de apelación o casación se trata.

De donde se infiere que interpuesto el recurso —en tiempo, se entiende— no podrá despacharse (la reposición o la súplica) ni concederse (la apelación o la casación), antes de que el recurrente ejecute la obligación expresada de consignar las especies de timbre nacional.

Mas, ello significaría que el Juez tuviese que esperar indefinidamente a que el recurrente hiciera el suministro, en daño de la actuación que exige celeridad, razón por la cual la doctrina ha

considerado necesario que el litigante sea requerido a que ejecute la expresada carga, según exponen los autos proferidos por la Sala de Casación Civil, fechados el 30 de mayo de 1940 (LXIX, 494) y el 14 de agosto de 1941 (LII, 187). Así ha interpretado la Corte el inciso 2º del artículo 351 del C. J., conciliando el interés del Fisco, de que el impuesto sea satisfecho y la necesidad de que la actuación judicial avance, con los fueros de la justicia, que no deben sacrificarse a una interpretación de los textos legales, formulista o literal.

Admitida la necesidad de un requerimiento, la parte ha de disponer de un plazo dentro del cual satisfaga dicho deber procesal, expirado el cual sin que esto se haga, se tenga por no interpuesto el recurso. Dicho requerimiento puede ser expreso; o tácito, como en este caso, al dejar constancia el auto de 14 de noviembre, de no poder ser oído el solicitante, por no haber revalidado el papel.

Se trata de un término judicial, ya que la ley no lo fija; pero admitida la necesidad de requerir se comprende en ella implícitamente la facultad del juez para señalar un término, de acuerdo con la norma general del artículo 367 del C. J., entendiéndose que si en el auto del requerimiento no se señala uno expresamente, ha de ser el de la ejecutoria del mismo.

Las providencias antes citadas, al admitirse la necesidad del requerimiento, rectificaron providencias anteriores de la Corte, según las cuales interpuesto un recurso, pero sin revalidar el papel dentro del término legal para inutilizarlo, es como si no se hubiese introducido. (XLI, 212 y 356, XLI bis, 71).

La Sala reitera la necesidad del requerimiento, como base de la sanción estatuída en el artículo 351, esto es, para que, en tratándose de recursos, se tengan por no interpuestos, si habiéndolo sido oportunamente, no se revalida el papel dentro del lapso del requerimiento.

Lo cual no es óbice, naturalmente, para que la consignación de las especies se haga al interponer el recurso, o dentro del término que haya para esto, sin requerimiento alguno, que es la forma normal de cumplir la carga expresada.

En los términos anteriores quedan precisadas y aclaradas decisiones anteriores de la Corte, como las de 30 de mayo de 1940 y 14 de agosto de 1941 (XLIX, 49 y LII, 187).

En virtud de lo expuesto, no es el caso de denegar el recurso de casación, sino, por el contrario, de admitirlo, y así se resuelve.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre. José Joaquín Rodríguez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PROPIEDAD DE LAS MINAS DE CARBON. — REIVINDICACION DE MINAS DE CARBON ENTRE PARTICULARES. — PRESTACIONES MUTUAS

1. — Dentro de la legislación actual, las minas de carbón pueden pertenecer al Estado o a los particulares; al primero, las descubiertas o que se descubran en terrenos de la Nación y en los terrenos que por ésta hayan sido adjudicados o enajenados con posterioridad al 28 de octubre de 1873; y a los segundos, las existentes en terrenos de propiedad privada que habían salido definitivamente del patrimonio nacional con anterioridad a esta fecha.

2.- Las minas de carbón de propiedad del Estado pertenecen a la llamada reserva nacional. No son denunciables ni adjudicables a particulares. Su explotación puede hacerse por los particulares, mediante contratos de concesión celebrados con el Gobierno Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 del Código Fiscal y en el Decreto número 805 de 1967. Tales minas, por su propia naturaleza, son inalienables e imprescriptibles.

3.—Entre los particulares y el Estado puede suscitarse controversia sobre la propiedad de las minas de carbón, cuando se alegue que éstas pertenecen a la reserva nacional. Según la doctrina y la jurisprudencia, en los juicios que se susciten al respecto, incumbe siempre al particular la demostración de que la mina cuyo dominio se controvierte, es de su propiedad, y en consecuencia, estará obligado a presentar la prueba legal de que el terreno en donde se encuentra la mina, salió definitivamente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Y esto ocurrirá no sólo en las oposiciones a las propuestas de contratos para explorar y explotar las minas que el proponente afirme pertenecer a la reserva nacional, sino en todo juicio en que el Estado discuta esa propiedad, aun cuando el particular asuma la calidad de demandado. Se comprende muy bien que el Estado goza de una posición procesal favorable en esta clase de controversias, ya que a él le bastará como medio de defensa, afirmar que los terrenos en donde se hallen situadas las minas de carbón son baldíos, conforme al artículo 44 del Código Fiscal, afirmación que corresponde destruir al particular demostrando que los terrenos correspondientes salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. De esta manera debe entenderse la llamada presunción de dominio a favor del Estado, sobre las minas pertenecientes a la reserva nacional.

No puede aplicarse la doctrina anterior a las controversias que se susciten exclusivamente entre particulares sobre el dominio de una mina de carbón, u otra sometida al mismo régimen jurídico, que pudiera ser propiedad del Estado por hallarse situada en terreno baldío de la Nación o salido de su patrimonio con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Si el juicio de dominio se ventila entre particulares hallándose ausente el Estado, los litigantes podrán acudir a las normas del derecho común para hacer triunfar sus pretensiones, sin que la llamada presunción de dominio a favor de la Nación juegue para nada en esta clase de controversias, cuya decisión por la justicia no declarará la propiedad ERGA OMNES sino que apenas definirá entre los particulares enfrentados, quién ha probado mejor derecho a la mina en litigio, dejando a salvo el derecho del Estado para reclamarla en cualquier tiempo como parte integrante de la reserva nacional, ya que para el Estado, como para cualquier extraño, aquella sentencia es RES INTER ALIOS JUDICATA que ni lo perjudica ni lo favorece, según la norma sustantiva del artículo 473 del Código Judicial.

De acuerdo con la constante y reiterada doctrina de la Corte que señala nitidamente la relatividad del concepto de dominio en los juicios entre particulares sobre propiedad privada, no se ve ninguna razón valedera para exigir excepcionalmente en con-

troversia reivindicatoria sobre una mina de carbón, el título originario del Estado, a quien se pretenda dueño de ella por accesión al predio en donde está situada.

4.—Las minas de carbón que pertenezcan por accesión al dueño del terreno en donde se hallen situadas, se rigen en general por el derecho común. Para acreditar su dominio en controversias entre particulares, no se necesita título especial minero, como que ellas están amparadas por el mismo título de la propiedad territorial. Puede decirse que si tales minas son del dueño del terreno, por accesión, ésta es el MODO de adquirirlas y el TITULO es la ley misma.

5.—El Código Civil menciona en su artículo 656 como especies de bienes inmuebles, las TIERRAS y las MINAS. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han admitido que las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran, y así fue dicho en el artículo 4º del Código de Minas adoptado por Decreto Legislativo número 1779 de 1954 (actualmente suspendido). Y por esto el dueño de tierras que tiene dentro de sus linderos una mina que le pertenezca por accesión, puede separar esas dos propiedades, enajenando la una y reservándose la otra. Si se enajena el predio sin excluir la propiedad minera por accesión, es obvio que se entiende enajenada ésta como un accesorio del suelo.

6.—Se reitera la doctrina de que el comunero está capacitado procesalmente para reivindicar la cosa indivisa en pro de la comunidad.

7.—Se reitera la doctrina de que en materia inmobiliaria hay casos excepcionales en que el poseedor carente de título está amparado por la presunción de buena fe, como cuando el dueño de una finca ha venido poseyendo una zona del predio vecino por un error excusable en cuanto a la precisión de un lindero oscuro. Que es lo que ocurre si el poseedor demandado, por una errónea interpretación de uno de los linderos de la propiedad minera que había adquirido, pudo creer sin mala fe que ella abarcaba las minas colindantes, porque no conste ninguna reclamación anterior del dueño de éstas, ni haya prueba de que ellas hubieran sido explotadas en ningún tiempo por los reivindicantes, ni se haya señalado judicialmente la comprensión espacial de ellas.

8.—De acuerdo con el criterio consignado en el artículo 963 del Código Civil, los deterioros de una mina pueden consistir en desmedros o menoscabos que hayan experimentado los minerales por hecho o culpa del poseedor, como en el caso de una explotación descuidada o de un incendio voluntario o culpable de los socavones: o pueden consistir en el agotamiento total o parcial de la mina por la extracción paulatina de los minerales que el poseedor ha vendido o empleado en su provecho. Sólo de estos últimos debe responder el poseedor de buena fe, lo cual equivale a pagar el valor de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación.

Por la naturaleza del objeto, la noción específica de frutos es extraña a la propiedad minera. Una mina no da FRUTOS sino PRODUCTOS. Los minerales que se extraen son parte integrante de la misma mina, no se pueden separar sin disminuir o alterar la sustancia de la cosa sobre que recae la propiedad: a diferencia de los frutos, ellos no son reproducidos por la cosa misma. La extracción de los minerales trae como consecuencia el agotamiento de la cosa que los produce, la cual se extingue o inutiliza en un tiempo más o menos largo.

Se comprende por todo lo anterior que en la reivindicación de una mina, las prestaciones accesorias a cargo del poseedor vencido y a favor del reivindicante, quedan reducidas al pago de los DETERIOROS en la forma concebida por el artículo 963 del Código Civil: si el poseedor es de mala fe responderá de todos los deterioros causados por su hecho o culpa, incluyendo los minerales extraídos, aun cuando no los haya vendido o aprovechado; si el poseedor es de buena fe, sólo responderá de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte la demanda de casación sustentada por la parte actora en el juicio ordinario reivindicatorio de unas minas de carbón promovido por Ana Mejía v. de Restrepo contra Pedro Luis Restrepo Botero, fallado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín el 3 de agosto de 1955.

I. — Antecedentes

A.—En demanda ordinaria del 27 de noviembre de 1953 Ana Mejía v. de Restrepo pidió al Juzgado Civil del Circuito de Titiribí: a) que se declarara que la comunidad formada por la actora y la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", en liquidación, es dueña de las carboneras minerales existentes en el subsuelo de dos lotes de terreno situados en el paraje de "La Clarita" del Municipio de Amagá, alinderados como se indica en los hechos primero y tercero del libelo; b) que se condenara al demandado Pedro Luis Restrepo Botero a restituir a la comunidad las dichas carboneras con los productos naturales y civiles de ellas desde que se encuentran en su poder, y a responder del valor de los deterioros y menoscabos de las mismas.

La demandante pidió, subsidiariamente, se hicieran por el Juzgado la declaración y la condena correspondientes a su derecho de comunera en las citadas minas.

En el libelo se relaciona la titularidad de la demandante sobre el objeto reivindicado, así:

1º — En el juicio de sucesión de Encarnación Acevedo, protocolizado en la Notaría de Titiribí por escritura número 242 de 3 de julio de 1887, se adjudicó a Bernardino García un lote de terreno, situado en el paraje de "La Clarita" del municipio de Amagá, comprendido por los siguientes linderos: por la cabecera, con terrenos de Santos Flórez; por un costado, con terrenos de Nicodemus Zapata; y, por el pie, con la servidumbre vieja de Heliconia; y por otro costado, con terrenos de Gertrudis Acebedo;

2º — Bernardino García transmitió su derecho de dominio en tal inmueble, por venta a Hermógenes Montoya, mediante escritura número 11 de 1º de enero de 1902 otorgada en la Notaría de Fredonia;

3º — El mismo Hermógenes Montoya compró a Gertrudis Acebedo, mediante escritura número 730 de 18 de agosto de 1902 extendido en la Notaría de Titiribí, un lote de terreno colindante del anteriormente señalado, con terrenos de Gertrudis Flórez; por un costado, con calle de servidumbre; por el pie con el camino viejo de Heliconia, y por otro costado, con terreno del comprador;

4º—Por escritura número 33 de 11 de enero de 1909 de la Notaría Segunda de Medellín, Hermógenes Montoya vendió a la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." todos los carbones o formaciones carboníferas minerales existentes en el subsuelo de los dos lotes anteriormente alinderados, con derecho la sociedad compradora para construir en tales terrenos las obras, edificios, etc., y constituir las servidumbres de que se habla en dicho título, para la adecuada explotación de las carboneras;

5º—Por escritura número 1995 de 20 de diciembre de 1917 de la Notaría Segunda de Medellín, la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." cedió a Camilo C. Restrepo para cubrir su aporte como socio y debido a su retiro, entre otros bienes, 31 unidades de centésima parte y 0,3063 de unidad en las carboneras minerales existentes en el subsuelo de los dos lotes antes señalados;

6º—En el juicio de sucesión de Camilo C. Restrepo, protocolizado por escritura número 1710 de 12 de julio de 1934 de la Notaría Segunda de Medellín, se adjudicó a la demandante la cuota parte que el causante había adquirido según el título anterior en las carboneras minerales citadas;

7º—La Sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." es dueña en comunidad con la demandante, del resto de dichas carboneras, o sea, de una cuota de 68 centésimas de unidad con 0,6934 Tal sociedad fue constituída por escritura número 913 de 19 de mayo de 1902 de la Notaría Segunda de Medellín y en la actualidad se halla disuelta e ilíquida.

Afirma la demanda que Pedro Luis Restrepo Botero es actual poseedor de las carboneras minerales descritas, posesión que ha venido ejerciendo sin títulos justificativos y sin buena fe, desde hace unos 8 o 9 años, y que de ellas ha extraído ingentes cantidades de carbón que ha beneficiado y expendido en su provecho, con menoscabo patrimonial de la comunidad a quien pertenecen las minas.

B. Al descorrer el traslado legal de la demanda el reo negó varios de los hechos en que se funda la acción instaurada, exigió la prueba de otros, manifestó que era poseedor de las minas reivindicadas desde 14 o 15 años antes y alegó

tener a su favor título de dominio. Propuso como excepciones perentorias las de prescripción adquisitiva ordinaria, ilegitimidad de la personería de la parte demandante, petición de modo indebido, inexistencia de la obligación y la apodada "genérica".

Sostiene el demandado que por escritura número 1245 de 5 de mayo de 1939 extendida en la Notaría Segunda de Medellín adquirió por compra, entre otros bienes, lo que ahora se pretende reivindicar, figurando entre los vendedores la señora demandante. En lo enajenado por éstos se halla lo que aparece determinado bajo la letra **m** en la escritura aludida, a saber: las carboneras que contiene un terreno situado en Amagá en el punto llamado "La Clarita" y que linda: por el pie, con camino viejo que sigue para Heliconia; por el norte, con terrenos de Luis Vélez; por cabecera, con terrenos de Angel M. Monteya; y por el sur, con un amagamiento, éste abajo a linde con terrenos de Carlos Morales, Ildefonso y Manuel A. Ochoa a dar el primer lindero.

Afirma el reo que dentro de estos linderos quedan comprendidos los dos lotes de terreno que figuran en los hechos primero y tercero de la demanda.

C. — La primera instancia tuvo fin con la sentencia de 30 de octubre de 1954, que desató la litis así:

"1º — La señora Ana Mejía v. de Restrepo es dueña de un derecho de cuota de treinta y una unidades de centésima parte y tres mil setenta y seis diezmilésimas de unidad en las carboneras a que aluden los hechos Primero y Tercero de la demanda.

"2º — En consecuencia, el señor Pedro Luis Restrepo Botero está en la obligación de restituir a la señora Mejía v. de Restrepo la cuota expresada y, en proporción a ésta, los carbones que hubiere podido percibir. La liquidación se hará como se dijo en la parte motiva.

"3º — No se hace la declaración relativa a los menoscabos y deterioros, que parece superflua;

"4º . . Costas a cargo del demandado."

"5º — Cancélese el registro de la demanda".

De este fallo se alzaron ambas partes, para ante el Tribunal Superior de Medellín, quien por medio de la sentencia del 3 de agosto de 1955 lo revocó negando las peticiones de la demanda y absolviendo, por ende, al demandado de los respectivos cargos.

D. — Contra esta Sentencia recurrió en Casación la parte actora. La demanda fue formalizada en tiempo y replicada por el opositor. Uno y otro reiteraron oralmente sus puntos de vista ante la Sala, durante la audiencia celebrada el 4 de abril último. El negocio se encuentra preparado para recibir la correspondiente decisión de la Corte.

II — Sentencia Acusada

El fallo recurrido negó la acción reivindicatoria incoada, por ausencia de la prueba del dominio de la parte actora sobre las carboneras en litigio, considerando el sentenciador que no se había allegado la demostración de que tales minas eran de propiedad particular por haber salido legalmente del patrimonio del Estado.

Son consideraciones fundamentales del fallo acusado las siguientes:

"Está fuera de toda duda que la acción reivindicatoria o de dominio presupone para su éxito la demostración por parte de quien la ejercita del carácter de dueño del respectivo o respectivos bienes que integren el objeto material de la misma (Art. 946 ss. CC.), por lo que bien se comprende que sobre él gravita de modo concreto y cierto el peso de la carga probatoria (Art. 1757 ss. C. C., Art. 953 ss. C J) Precisamente, lo que acaba de anotarse es premisa bastante para concluir que en el caso **sub-judice** es impropio proferir una decisión favorable a la parte actora, ya que omitió acreditar por los medios legales conducentes que sea propietaria de lo reclamado en el libelo iniciador del proceso.

"Por gracia del artículo 202 de la Constitución Nacional, del Código Fiscal, de la ley 57 de 1887 que lo adoptó para toda la Nación, y de otras disposiciones, los yacimientos de carbón pertenecen a la misma, y no a los particulares, a menos que los inmuebles suyos hayan salido del patrimonio estatal antes de la vigencia del mencionado Código Fiscal, pues cuando no regía en el país ese estatuto, tuvo aplicación el principio de la accesión, que vino a dar a los dueños particulares de tierras el dominio de yacimientos existentes en las mismas. Lo anotado, armónico en un todo con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (G. J. Tomo XXVIII, pág. 371, Tomo XXXIII, pág. 251, etc.) y con las exposiciones de ilustres autores nacionales (Derecho Minero Colombiano, C. Arias Mejía, pág. 39 ss. 484 ss., Tratado Teórico y Práctico del Derecho Minero Colombiano, C. Arias Mejía, pág. 39 ss. 484 ss., Tratado Las Concesiones Mineras, E. Serrís, pág. 24 ss.), trae por conclusión que sería equivocado desatar

de modo favorable a la parte actora el litigio surgido.

"En frente a la norma general por la cual se considera al Estado como dueño de los yacimientos de carbón mineral, resulta incuestionable que la persona particular que se pretenda dueña de minas de esa clase debe acreditar en forma plena tal calidad. Lo contrario, una tesis diversa, conduciría en su fondo al desconocimiento de claras disposiciones legales. Por tanto, siendo cierto que las diferentes piezas que forman el expediente no muestran el dominio de la parte actora, ni de la entidad en cuyo interés demandó, se impone una sentencia denegatoria de las peticiones formuladas".

Y después de mencionar los títulos producidos en el juicio por la parte actora, dice el Tribunal:

"La relación que acaba de hacerse muestra que efectivamente está revestida de razón de ser la tesis antes expuesta, o sea, que la acción deducida en modo alguno puede prosperar. Aún aceptando en gracia de discusión que los títulos dichos recaigan en verdad sobre lo perseguido en el juicio y que entre ellos exista un encadenamiento sólido, resulta que la parte accionante omitió acreditar lo que era esencial para el triunfo de sus pretensiones, es decir, que los inmuebles donde se encuentran los yacimientos carboníferos perseguidos, hayan ingresado al patrimonio particular antes de tener operancia la reserva del Estado de esa clase de minas. Si acaso se replicara en contrario que se trata de un litigio entre particulares y que por consiguiente debe resolverse con vista en sus intereses, corresponde observar que por la naturaleza del objeto material del mismo no es acogible ese punto de vista. Además, bien se sabe que las sentencias judiciales han de armonizar con la legalidad general existente".

III — Demanda de Casación

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y con base en ella formula estos cargos:

1º — Infracción del artículo 202 de la Constitución y del artículo 4º, especialmente ordinal literal c) del Código Fiscal de 1912 (Ley 110 de 1912), el primero por indebida aplicación al caso del presente litigio y el segundo por falta de aplicación;

2º — Violación de los artículos 202 de la Constitución, 1.116 y 1.117 del Código Fiscal de 1873 y 1º de la Ley 57 de 1887, que adoptó dicho Código, las cuales fueron infringidos en la sentencia por haberse aplicado indebidamente al caso del pleito; del artículo 473 del Código Judicial por falta de aplicación; del artículo 946 del Código Civil, por errónea interpretación; del artículo 593 del Código Judicial, por indebida aplicación o errónea interpretación, y del artículo 1.757 del Código Civil, por indebida aplicación.

Los razonamientos del recurrente pueden resumirse así:

El fallo absolutorio del Tribunal se basa no en que el demandado sea propietario de los yacimientos carboníferos reivindicados, ni en falta de identificación de éstos, ni en carencia de títulos de adquisición a favor de la parte demandante, sino en la circunstancia de no haberse demostrado que tales minas de carbón, sean de propiedad particular por haber salido del patrimonio del Estado antes de la vigencia del Código Fiscal.

El artículo 202 de la Constitución —citado por el Tribunal— no se refiere a minas de carbón, como lo demuestra, aparte del mismo tenor literal de dicha norma, el contenido del artículo 4º del Código Fiscal actual.

Aun cuando el Tribunal habla del Código Fiscal sin determinar su año, por el contexto de la sentencia se comprende que quiso referirse al de 1873 y especialmente a los artículos 1.116 y 1.117 de este Código, normas que se encuentran reproducidas en los artículos 4º, ordinal c), y 110 del Código de 1912.

El recurrente expone lo siguiente:

"Con las bases que preceden, el planteamiento jurídico que a este negocio judicial compete es el de reconocer que las minas de carbón existentes dentro del territorio nacional, y mediante la aplicación del C. Fiscal de 1873 (que al respecto reformó legislación anterior a él), congruente hoy con las normas pertinentes del C. Fiscal de 1912, se agrupan en minas de carbón de propiedad del Estado y al propio tiempo, por accesión al terreno de su ubicación, minas de carbón de propiedad particular.

"No existe, por consiguiente, presunción legal alguna según la cual, y aún en relación con terrenos de propiedad particular, las minas de carbón allí existentes, sean de propiedad del Estado, como correlativamente tampoco existe presunción legal de que un terreno, que figura como de propiedad particular, hubo de salir del patrimonio del Estado con posterioridad al 28 de octubre de 1873, y no antes.

"Distinto sería si se tratara de una mina de oro, por ejemplo, y ya en relación con este género de minas, el art. 202 de la Constitución (te-

mende desde luego en cuenta la reserva en su dominio, ya varias veces centenaria, hecha desde la época de la Corona Española), sí establece tal presunción de dominio **erga omnes**. Y por lo que se acaba de expresar han de colegirse el interés y motivo que existen aquí en el desconocimiento, con toda razón desde luego, de la aplicabilidad del referido artículo 202 de la Constitución a las minas de carbón de las cuales en este juicio se trata.

"Habrá de observarse ahora que el presente litigio no fue incoado contra la Nación, entidad que es ajena a él, lo cual a su turno induce a tener presente el art. 473 del C. J., disposición ésta de carácter sustantivo, como fuente de derechos sustantivos, subjetivos y estables, y como fuente obligatoria de respeto a los mismos derechos, y en cuanto la sentencia favorable a la parte demandante que en este asunto se dicte y de conformidad con la disposición legal que acaba de ser citada, no perjudicará a la Nación, ya que ha sido esto último lo que ha debido tener en cuenta el Tribunal al proferir el fallo.

"No debe olvidarse, de otro lado, que el art. 946 del C. C., expresamente citado por el Tribunal en su sentencia, y según la transcripción antes hecha, norma la expresada que define la acción reivindicatoria, no puede interpretarse en el sentido de que hay lugar de acuerdo con ella a un reconocimiento judicial de dominio que opere **erga omnes**, sino, por el contrario en calidad de simple reconocimiento de un mejor derecho entre las partes litigantes mismas. Empero, virtualmente el Tribunal, en la sentencia acusada, aceptó una interpretación que contraría tal norma del art. 946 del C. C., al absolver simplemente porque, a su juicio, pudiera ocurrir que las minas de carbón no sean de propiedad particular, y no obstante los títulos de adquisición presentados, sino de propiedad del Estado.

"Se comprende que armónicamente considerados, y aún en el caso de que separados y por su mérito propio se los tome, hubo de infringir el Tribunal los citados arts. 473 del C. J. por falta de aplicación al caso del pleito, y 946 del C. C. por interpretación errónea; y mirado ello especialmente a la luz de la inaplicabilidad, antes demostrada, al caso también del litigio, del art. 202 de la Constitución Nacional.

"Y al alegar esa infracción lo hace el suscrito, no solo por cuanto jurídicamente tal es la doctrina aceptable; sino igualmente por cuanto consulta en concreto la jurisprudencia establecida por la II. Sala de la Corte en relación con materia que, a todas luces, obedece a principios idénticos a los que aquí se consideran y en conexión manifiesta con el art. 473, citado, del C. Judicial".

El recurrente cita en apoyo de sus tesis la jurisprudencia de la Corte sobre la naturaleza de la declaración de dominio respecto de un terreno, que puede ser o no baldío, en controversia judicial entre particulares, cuando se halla ausente el Estado; y sobre el carácter de "dueño" y la noción de "propiedad", figuras esencialmente relativas en los juicios reivindicatorios.

Y agrega el recurrente:

"Si la demanda hubiera sido dirigida contra el Estado, por existir algún indicio siquiera de que el Estado ponía en tela de juicio, o disputaba con los poseedores, el dominio de las carboneras, habría podido sostenerse que la acción del demandante no podía prosperar sin la demostración de que el terreno respectivo hubo de salir del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y para el efecto de dejar establecido el mejor derecho del demandante frente a tal demandado.

"Mas ya se sabe, en relación con este negocio judicial, que ni la parte demandada ha pretendido que el bien objeto de la reivindicación sea de propiedad del Estado, ni el Estado ha manifestado el más mínimo interés a su favor, presentando la tesis, desde luego contraria a la realidad práctica, de que el terreno de la ubicación de las carboneras sea un terreno baldío, o que efectivamente fue adjudicado con posterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Tal sería el caso, por ejemplo, de que sobre las minas en cuestión hubiera sido formulada por alguien una propuesta de exploración y explotación (art. 119 del C. Fiscal) como minas de propiedad del Estado, y ya que en tal evento el interés de éste en el asunto aparecería de manifiesto, y el punto no podría ser definido sin intervención del Estado mismo, realmente interesado en el litigio, y por el hecho de estarlo. Y, siguiendo la reglamentación legal vigente, no sólo habría lugar a llamar a intervenir en el juicio a la Nación, bien en forma de oposición a la celebración del contrato propuesto; o bien mediante demanda ulterior directa, por no haber existido oportuna oposición, sino que habría lugar también a la presentación de título anterior al 28 de octubre de 1873.

"Mas no es ello sólo, sino que habría sido preciso entablar la demanda ante el Tribunal Superior en primera instancia y surtirse ante la Corte Suprema el segundo grado del juicio.

"De suerte que el ya conocido razonamiento del Tribunal Superior de Medellín al fallar sin tener en cuenta el contenido del art. 473 del C. J. de necesaria aplicación al caso; y, exigiendo en cambio la demostración de la existencia de títulos anteriores al 28 de octubre de 1873, y como si se tratara de un litigio con el Estado, no puede concebirse sino por cuanto se estimara que ese fallo está llamado a producir efectos contra la Nación. Empero, si estuviera llamado a producir efectos contra la Nación, no solamente se requeriría la presencia del representante de ésta en el juicio, sino también, y por consiguiente, de la competencia, para decidir, por parte de más altas autoridades jurisdiccionales.

"Y es obvio que, por este camino se llegaría al absurdo mismo. De un lado el representante del Estado interviniendo, necesariamente, en asuntos en que prácticamente carece la Nación de todo interés actual; no aparecería para ella res dubia alguna. De otro lado, sustituida la competencia ordinaria de los Jueces por la de una jerarquía superior, con recargo injustificado para ésta respecto de sus labores judiciales. Y, finalmente, la defensa de su propiedad por los particulares sujeta a más dispendiosos trámites para su definición, lo cual lastimaría intereses de organización jurídica y económica, de carácter general o público.

"Al llegarse a semejante absurda conclusión, bien se comprende que la única solución aceptable es la consagrada por la H. Sala de Casación en las jurisprudencias antes transcritas, y por cuanto se trata allí de principios de derecho al del presente caso aplicables ante la existencia de la misma razón. En otros términos que, cuando se trata de reivindicación de minas de carbón, puede seguirse el correspondiente juicio entre particulares, si el Estado se ha manifestado indiferente al asunto, y seguirlo ante el Juez competente para esos particulares, pero naturalmente sin que por el fallo que se dicte en el juicio en el cual el Estado mismo no intervino, quede perjudicado éste con la declaración de propiedad que en tal fallo sea hecha.

"Cobra un mayor vigor la argumentación que precede, si se tiene en cuenta que un fallo como el de que aquí se trata dictado por el Tribunal Superior de Medellín, en manera alguna redunda en beneficio de la Nación. Redunda, por el contrario, en beneficio de un poseedor irregular frente al propietario o poseedor regular del bien respectivo".

El recurrente alega el quebranto por indebida aplicación de los artículos 1.116 y 1117 del Código Fiscal de 1873, "que en relación con las minas de carbón establece una reserva a partir de cierta fecha, a favor del Estado, pero que no estaban llamados a operar dentro del contenido mismo del presente litigio para los efectos de la solución dada a él por el Tribunal, por no tratarse de litigio en que es parte el Estado, sino de un litigio entre particulares".

Se infringió también el artículo 593 del Código Judicial, citado por el Tribunal dentro de sus conceptos equivocados sobre el alcance de los artículos 946 del Código Civil y 473 del Código Judicial, y en concreto, sobre el punto de que ha debido presentarse en el juicio, prueba sobre el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, aplicó indebidamente aquel artículo al caso del litigio, a causa de dichas equivocaciones, o lo interpretó erróneamente en relación con las mencionadas disposiciones del C. C. y del C. J.

Por último, el Tribunal violó, por indebida aplicación, el artículo 1.757 del Código Civil, expresamente citado en la sentencia, porque esa norma se refiere a la prueba de las obligaciones, y no a la del dominio o la posesión regular de los bienes raíces.

IV — Oposición a la demanda

La parte demandada se opone a la infirmación del fallo y rechaza las acusaciones del recurrente con los razonamientos siguientes:

"El recurrente pretende demostrar que es idéntica la prueba que la ley exige para decidir sobre el carácter de dueño territorial superficiario, y la condición de dueño de la propiedad minera de carbones existentes en "el subsuelo", y que, como efecto, debe decidirse frente a las partes litigantes, haciendo caso omiso de la ley que ha dado al Estado el dominio fiscal o radical de la propiedad minera nacional, y creando a favor de este sistema la presunción de dominio tal a favor de la República".

Según el opositor, existe "una presunción legal, más que presunción, **declaración soberana**, de que las **minas y depósitos de carbón**, pertenecen a la República de Colombia, a partir del 28 de octubre de 1873, y que no se entienden vendidos, ni adjudicados con los terrenos baldíos que lo fueron con posterioridad a esa fecha. Lo que quiere decir que la persona que pretenda dominio, en cualquier tiempo, de minas de esta clase, tiene obrando en su contra, esa declaración soberana

que puede superar comprobando que el terreno continente del referido depósito, salió de la patrimonialidad del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Y ello por doble precepto legal, a saber, los ordenamientos de los artículos 1.116 y 1.117 del C. F. de 1873 y la norma de la adopción contenida en el art. 1º de la ley 57 de 1887, ord. 5º".

En 1886 pertenecían a la República **"las minas y depósitos de carbón"**, en virtud de lo dispuesto por los arts. 1.110 y 1.117 del Código Fiscal de 1873. Al operarse la transformación política en aquel año, ellos siguieron perteneciendo a la República, según el ordinal 1º del Art. 202 de la Carta expedida entonces. Pero si algunas de tales minas estaban incorporadas en los Estados, ellas se reintegrarían al dominio de la República, por mandato del ordinal 2º del mismo precepto constitucional.

Existe, pues, una presunción constitucional de dominio de las minas y depósitos de carbón, a favor del Estado, expresamente declarada en el artículo 202 de la Carta. Y está viviente otra presunción legal de dominio a favor del Estado sobre tales minas y depósitos, nacida en el año de 1873 por fuerza del Código Fiscal de este año, rediviva en la ley 57 de 1887 que en su art. 1º adoptó para la Nación dicho Código, y consagrada por tercera vez en el artículo 4º de la Ley 110 de 1912, continente del Código Fiscal vigente.

Comentando apartes de la demanda de casación, en donde el recurrente sí acepta presunción de dominio en favor del Estado respecto de minas de oro, el opositor expone:

"Admite, pues, el recurrente, que si la demandante hubiera pretendido la reivindicación de una veta aurífera, el sentenciador habría acertado al dictar la sentencia acusada, porque en tratándose de esta especie de yacimientos mineros, el art. 202 de la Carta, sí establece la presunción de dominio en favor del Estado, **erga omnes**. Si esta afirmación es cierta, como lo es, en materia de minas de oro, a causa de la reserva centenaria, varias veces, de estos yacimientos a favor del Estado, es igualmente verdadera la afirmación del Tribunal sentenciador, cuanto a las minas y depósitos de carbón, por cuanto el mismo ordenamiento constitucional consagra idéntica presunción en cuanto a los bienes que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886, entre los cuales estaban los yacimientos carboníferos, incorporados a la reserva desde el 28 de octubre de 1873, en forma expresa. Y porque la reserva en materia de yacimientos carboníferos, a favor del Estado, es también varias "veces centenaria", como lo voy a demostrar, con la venia de la H. Sala".

Según el opositor, las leyes españolas incorporadas a la Novísima Recopilación, reservaron para la Real Corona todas las minas y concretamente las de hulla o carbón. Tales leyes rigieron entre nosotros durante la Colonia y al advenimiento de la República, siguieron rigiendo en lo que no fuera contrario al nuevo orden político. El Libertador en Decreto de 24 de octubre de 1828 puso en vigencia las Ordenanzas de Minería de Nueva España y ordenó en su artículo 1º que "las minas de cualquier clase pertenecen a la República". Tales ordenanzas rigieron hasta el año de 1858 en que nominalmente expiró la Confederación Granadina para ser sustituida por los Estados Unidos de Colombia. De acuerdo con esta legislación, todas las minas, incluidas las de **oro** y **carbón** se hallaban en la reserva patrimonial o Fisco, del Estado, "Ni el Legislador español, ni el legislador colombiano, hizo diferencia entre las minas, para llevarlas a la reserva del Estado, en pie de igualdad, así las de **oro** como las de **carbón**".

"Para el año de 1866, el Estado se reservó los yacimientos carboníferos, según la ley 13 de dicho año, existentes en los baldíos del extinguido Estado del Magdalena, Padilla, Valle Dupar, Tenerife y Banco. Esta reserva parcial la hizo extensiva a los baldíos nacionales íntegros, por medio de la ley 29 de 1873. Luego se expidió —más adelante— en el mismo año de 1873, el C. F. Nal. el cual repitió la reserva de las minas de carbón, hecha en la ley 29 del mismo año, a favor del Estado, lo cual dio lugar a que, por error del Legislador éste interpretara la ley, con toda autoridad, legal, diciendo que la reserva empezó a regir, sólo, el 28 de octubre de 1873. Estas reservas centenarias, se volvieron a consagrar en el art. 202 de la Constitución de 1886, en el art. 1º de la ley 57 de 1887, y fueron ratificadas por el art. 4º de la ley 110 de 1912".

El opositor concluye que siendo la reserva en cuanto a las minas de carbón, tan constante y centenaria como la relativa a las minas de oro, la presunción de dominio a favor del Estado existe para las unas y para las otras.

Sostiene el opositor que como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 2º y 4º del Código de Minas, en las acciones de dominio respecto de minas **concesibles** o **adjudicables**, el actor debe probar siempre que la mina salió en forma legal, del dominio fiscal o radical, según el caso, del

Estado, o hizo tránsito al dominio privado. Es distinta la situación en las acciones de dominio respecto de bienes pertenecientes a los patrimonios privados en contienda, y en las tocantes a bienes definidos por la ley como fiscales o del dominio originario del Estado.

En apoyo de sus tesis el opositor cita fallos de la Corte, según los cuales en materia de minas adjudicables, el dominio de la Nación sobre éstas es la situación inicial y natural que, por ende debe **presumirse**, presunción que a **fortiori** se aplica a las minas pertenecientes a la reserva.

No exigió el Tribunal la **probatio diabolica**. Al actor le bastaba presentar su título actual y el documento que demuestre que la mina salió del Estado, ingresó al dominio particular y se mantiene en éste sin revertir. No lo hizo así y, por ausencia de esta última demostración, no podía prosperar la acción reivindicatoria.

"La sentencia de segundo grado —concluye el opositor— absolvió al demandado, porque la actora no probó ser dueña. El fallo no ha dicho, ni podía decirlo, que los depósitos de carbón, pertenecen al Estado y que son de él, sino que falta la prueba eficaz a la destrucción de esa presunción. Y que la ausencia de ese elemento probatorio, tiene para este caso concreto, la consecuencia de dejar ayuno de prueba el presupuesto de dominio de la demandante".

V — Consideraciones de la Corte

Sin necesidad de hacer aquí un examen prolijo de la legislación española vigente en el Virreinato de la Nueva Granada, a la época de su emancipación, se puede afirmar que conforme a ella las minas de oro, plata, azogue y "otro cualquier metal" pertenecían a la real corona, a cuya hacienda debían pagarse los impuestos correspondientes de **quintos** y **cobos** por los particulares que las trabajaran con las licencias debidas. Las minas de esmeraldas y sal gema eran del patrimonio de los soberanos, quienes las explotaban directamente, o mediante arrendamiento o concesión. Y las demás minas no comprendidas por las apropiaciones decretadas en beneficio de la real corona y del soberano, eran de propiedad del dueño del terreno en cuyo subsuelo se hallaran, siguiéndose respecto de ellas el sistema romano de la accesión. (**Cujus est solum, ejus usque ad coelum et usque centrum**), como norma excepcional al sistema regalista, predominante en la materia.

En cuanto a la propiedad de las minas de carbón de piedra, objeto especial del estudio de la Corte, se observa que las leyes españolas recogidas en la Novísima Recopilación de 1805, no las declaraban pertenecientes a la real corona sino a los dueños de los terrenos en donde se encontraban, siguiéndose respecto de ellas el principio romano de la accesión. Una ley dictada por Carlos III en 1789, después de expresar que el carbón de piedra no era "ni metal, ni semimetal, ni otra alguna de las cosas comprendidas en las leyes y ordenanzas que declaran las minas propias del Real Patrimonio", disponía que "estas minas deben pertenecer a los propietarios de los terrenos donde están, entendiéndose por propietario el dueño directo, y no el arrendador o enfiteuta" (Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro IX, Título XX, Ley II, 1 y 2). Y otra ley dictada por Carlos IV en 1792, establecía que la Corona conservaba "la suprema Regalía de incorporar en sí la mina o minas que necesitare, o le conviniere para el uso de la Marina Real, fundiciones, máquinas y otro cualquier objeto del servicio público", y que "las que estuvieren en terrenos baldíos se incorporarán sin recompensa, pero si fueren de Concejos, Comunidades o propietarios particulares, se les satisfará su justo valor". Y la misma ley declaraba que "los dueños directos propietarios de los terrenos donde haya minas de carbón, sean Concejos, Comunidades o particulares", las podían descubrir, laborar, arrendar o vender libremente (obra citada Libro IX, Título XX, Ley IV, 2 y 3).

Cabe advertir además que en lo tocante a los territorios del Virreinato de Nueva Granada, el derecho sustantivo en materia de propiedad minera estaba compendiado en la legislación general aludida, porque la Recopilación de Indias nada había dispuesto en este particular, y porque para estos dominios coloniales no se dictaron leyes especiales sobre la materia, como sí ocurrió para México y el Perú.

La legislación peninsular siguió rigiendo en los territorios del antiguo Virreinato de Nueva Granada, aún muchos años después del nacimiento del nuevo Estado. La Constitución de Cúcuta de 1821 expresaba en su artículo 188:

"Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa e indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expida el Congreso".

En consecuencia, continuaron rigiendo en la República las leyes españolas sobre propiedad minera, y pasaron a ser del Estado aquellas minas que eran de la real corona.

Por ley del Congreso expedida el 4 de agosto de 1823 se dictaron las primeras normas nacionales sobre minería, autorizándose al Poder Ejecutivo para arrendar las que pertenecían a la República, excepto las de platino, y ordenándose que los arrendatarios quedaran sujetos a lo dispuesto en las Ordenanzas de Minería de Nueva España que se habían promulgado en 1773, especialmente para Méjico y el Perú. Pero la ley de 1823 no modificó el régimen de la propiedad minera consagrado en la Novísima Recopilación.

El 24 de octubre de 1829 el Libertador, en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido, dictó en Quito un Decreto que se titula "Reglamento de Minas", mediante el cual se realizó la nacionalización completa del subsuelo, derogándose tácitamente el derecho preexistente: todas las minas quedaron en el dominio radical del Estado. Por el artículo 1º se dispuso que "conforme a las leyes, las minas de cualquiera clase corresponden a la República, cuyo gobierno los concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto". Y además por el artículo 38 se incorporaron como parte de la legislación nacional, las Ordenanzas de Minería de Nueva España, las cuales habían atribuido a la Real Corona la propiedad de todas las minas.

La nacionalización de la propiedad minera decretada por el Libertador, subsistió hasta el año de 1858, en que se adoptó el régimen federal bajo la Constitución de aquel año, según la cual las minas pasaron a ser del dominio de los Estados Soberanos, con excepción de las de esmeraldas y sal gema que eran bienes de la Confederación. De este suerte los Estados Soberanos pudieron legislar libremente en materia de minas existentes en sus territorios, adoptando algunos la legislación anterior y promulgando otros sus propias leyes.

En el año de 1863 se promulgó la Constitución de Rionegro, manteniéndose en ella el régimen federal. Los Estados Soberanos conservaron la facultad de legislar sobre todas las minas, con excepción de las de esmeraldas y sal gema que se había reservado la Confederación Granadina y que pasaron a ser propiedad de la Unión.

Como consecuencia del régimen federal, hubo tantas legislaciones mineras como Estados Soberanos, a más de la legislación federal que se refería a los territorios nacionales que administraba. Todos los Estados respetaron el dominio de la Unión sobre las minas de esmeraldas y sal gema. Unos se reservaron las minas de oro, plata, platino y cobre, y otros las de éstas y algunos metales más, dejando al dueño del terreno las minas restantes. En el Cauca todas las minas se cedieron al dueño del suelo.

Ninguno de los Estados Soberanos se reservó las minas de carbón sino que todos las cedieron al dueño del terreno en donde estuvieran situadas, conforme al sistema de la accesión.

Particularmente en lo tocante al territorio de Antioquia, cabe advertir que la legislatura de este Estado Soberano expidió el Código de Minas el 21 de octubre de 1867, conforme al cual "las minas existentes en el territorio del Estado pertenecen: 1º A la Nación, las de esmeraldas y sal gema; 2º Al Estado, las de oro, plata, platino y cobre; y 3º Al dueño del terreno, las demás, de cualquier clase que sean" (art. 1º).

Cuanto a las minas de carbón existentes en terrenos de la Nación, las leyes de la República consagraron las siguientes reservas:

1º Por la Ley 13 de 15 de mayo de 1868 "sobre explotación de minas y depósitos de carbón", en su artículo 1º se dispuso: "La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón situados en terrenos baldíos, o que por cualquier otro título le pertenezcan, siempre que dichos terrenos estén situados en los departamentos de Padilla, Valledupar, Tenerife y Banco, en el Estado del Magdalena, o a una distancia que no pase de 30 kilómetros de las riberas del mar en las costas de ambos océanos y de los ríos navegables. Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos y serán beneficiados por cuenta de la República, en virtud de los contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo, los cuales serán sometidos a la aprobación del Congreso".

2º Por la ley 29 de 19 de abril de 1873 se adicionó la anterior de 1868, extendiendo la reserva a todas las minas y depósitos de carbón situados en terrenos baldíos.

3º Por la Ley 106 de 1873, que fue el Código Fiscal Nacional, se mantuvo la reserva en los siguientes artículos:

"Artículo 1.116. — La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también las de guano y cualquier otro abono semejante que se encuentre en los terrenos baldíos de la Nación, o en los que por cualquier otro título le pertenezcan".

"Artículo 1.117. — Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la Re-

pública, a virtud de los contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo".

Por virtud de estas disposiciones legales, la Unión Colombiana se reservó expresamente la propiedad de las minas y depósitos de carbón que se encontraran en terrenos baldíos de la Nación, o en los que por cualquier otro título le pertenecieran. La Corte en Sala Plena expresó que "todos los Estados de la Unión declararon, en tiempo de la Federación, ser de propiedad del dueño del terreno, las minas no metálicas y como la Nación era dueña de sus baldíos, bien pudo reservarse las minas que legalmente fueran de propiedad Nacional". Y también definió que "por los artículos 1.116, 1.117 y 1.126 del Código Fiscal de 1873, la Nación se reservó en terrenos baldíos la propiedad de las minas de carbón, hierro, azufre, asfaltos, petróleos e hidrocarburos en general y demás no expresadas en títulos respectivos de aquel Código. Así se deduce del texto de estas disposiciones y de la interpretación auténtica dada por el legislador en leyes posteriores". (Acuerdo Nº 9 de 1921, agosto 26 de 1921 T. XXVIII, Nº 1483, pág. 371).

Se comprende muy bien que la reserva de las minas de carbón hecha en 1873 no significaba la nacionalización de todas las minas de esta clase, ya que las que anteriormente eran de propiedad particular por pertenecer al dueño del terreno en donde estuvieran situadas no pasaron al dominio de la Unión ni de los Estados Soberanos. Sólo que a partir del 28 de octubre de 1873, fecha en que se inició la vigencia de la ley de reserva, la propiedad de las minas de carbón quedó bajo un régimen jurídico dual, ya que los particulares continuaban dueños de tales minas cuando estuvieran en terrenos salidos del patrimonio nacional con anterioridad a dicha fecha, y la Nación se reservaba las existentes en los terrenos de que se desprendiera después de la misma fecha.

Al organizarse la República en forma unitaria por la Constitución de 1886, el artículo 202 del estatuto fundamental dispuso:

"Artículo 202 — Pertenecen a la República de Colombia:

"1º — Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

"2º — Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

"3º — Las minas de oro, de plata y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

Y como consecuencia del centralismo político establecido en la nueva Carta, el Congreso de 1887 unificó la legislación nacional, adoptando en ese año los códigos que debían regir en toda la Nación. Así, el artículo 1º de la Ley 38 de 1887 adoptó el de minas del Estado de Antioquia, cuya reglamentación en materia de propiedad minera se ha examinado anteriormente, y el artículo 1º de la Ley 57 de 1887 adoptó el Fiscal Nacional de 1873, cuyos preceptos reservaban para la Nación ciertas minas, según lo dicho atrás.
doctrina constitucional expuesta por la Corte Suprema de Justicia en Acuerdos Números 52 y 9

De conformidad con esta legislación y según la del 21 de noviembre de 1919 y 26 de agosto de 1921 (G. J. T. XXVII, Nº 1405, págs. 177 y ss.; T. XXVIII, Nº 1483 págs. 368 y ss.), las minas de carbón situadas en terrenos de la Nación o en terrenos enajenados por ella, en virtud de adjudicación u otro título a partir del 28 de octubre de 1873, pasaron a ser propiedad de la República, quedando en el dominio privado —por accesión— las existentes en terrenos de propiedad particular salidos definitivamente del patrimonio del Estado antes de dicha fecha.

Esta interpretación, por otra parte, ha sido aceptada en leyes posteriores por el propio Congreso.

En el año de 1912 se expidió el Código Fiscal que actualmente rige en la República, cuyo artículo 4º dispuso:

"Son bienes fiscales del Estado: a) Los que tienen este carácter entre los enumerados en el artículo 202 de la Constitución, sin perjuicio de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas.

"b) Las minas de sobre existentes en el territorio nacional, sin perjuicio también de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas.

"c) **Las minas distintas de las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución y el aparte anterior de este artículo, como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc. descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1874 (debió decir 1873), sin perjuicio así mismo de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas.**

"d) Los depósitos de huano y otros abonos des-

cubiertos o que se descubran en terrenos que sean o hayan sido baldíos, con la misma limitación. Y

"e) Los demás bienes que por cualquier título pertenezcan al Estado y los que éste adquiera conforme a derecho".

En consecuencia, dentro de la legislación actual, las minas de carbón pueden pertenecer al Estado o a los particulares: al primero, las descubiertas o que se descubran en terrenos de la Nación y en los terrenos que por ésta hayan sido adjudicados o enajenados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, y a los segundos, las existentes en terrenos de propiedad privada que habían salido definitivamente del patrimonio nacional con anterioridad a esta fecha.

Las minas de carbón de propiedad del Estado pertenecen a la llamada reserva nacional. No son denunciables ni adjudicables a particulares. Su explotación puede hacerse por los particulares, mediante contratos de concesión celebrados con el Gobierno Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 del Código Fiscal y en el Decreto Nº 805 de 1947. Tales minas, por su propia naturaleza, son inalienables e imprescriptibles.

Entre los particulares y el Estado puede suscitarse controversia sobre la propiedad de las minas de carbón cuando se alegue que éstas pertenecen a la reserva nacional. Según la doctrina y la jurisprudencia, en los juicios que se susciten al respecto, incumbe siempre al particular la demostración de que la mina cuyo dominio se controvierte, es de su propiedad, y en consecuencia estará obligado a presentar la prueba legal de que el terreno en donde se encuentra la mina, salió definitivamente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Y esto ocurrirá no solo en las oposiciones a las propuestas de contratos para explorar y explotar las minas que el proponente afirme pertenecer a la reserva nacional, sino en todo juicio en que el Estado discuta esa propiedad, aunquando el particular asuma la calidad de demandado.

La Corte ha dicho:

"No cabe duda —según el art. 1º inc. 3º de la Ley 85 de 1945— de que tratándose de oposiciones a propuestas para explorar y explotar minas pertenecientes a la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad minera, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen la oposición, la calidad del actor.

"Es que en este conflicto de derechos entre un particular y el Estado, la presunción de propiedad legal de las minas que constituyen la reserva nacional, obra en favor del último, y de ahí que la ley le asigne la calidad de demandado en el pleito en que haya de controvertirse esa propiedad. El proponente del contrato de concesión apenas puede coadyuvar la defensa de la Nación". (Negocios Generales, enero 23 de 1953, T. LXXV Nº 2131, pág. 725).

Y cuanto a la prueba de la propiedad del petróleo en controversias suscitadas entre el Estado y los particulares, la Corte ha sentado la siguiente doctrina, aplicable en lo pertinente a los juicios sobre dominio de las minas de carbón:

"Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando la Nación apoyándose en la presunción de ser baldíos, unos terrenos, solicita una declaración de dominio en su favor respecto del petróleo que en tales terrenos pueda encontrarse, está dispensado del peso de la prueba, aunquando haya asumido la calidad de demandante, en atención a que la aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno, entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba, debe destruirse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido por quien se pretende dueño" (Negocios Generales, marzo 14 de 1952, T. LXXI, Nº 2122, pág. 594).

Por lo expuesto, se comprende muy bien que el Estado goza de una posición procesal favorable en esta clase de controversias, ya que a él le bastará como medio de defensa, afirmar que los terrenos en donde se hallen situadas las minas de carbón son baldíos, conforme al artículo 44 del Código Fiscal, afirmación que corresponde destruir al particular, demostrando que los terrenos correspondientes salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. De esta manera debe entenderse la llamada presunción de dominio a favor del Estado, sobre las minas pertenecientes a la reserva nacional.

No puede aplicarse la doctrina anterior a las controversias que se suscitan exclusivamente entre particulares sobre el dominio de una mina de carbón, u otra sometida al mismo régimen jurídico, que pudiera ser propiedad del Estado por hallarse situada en terreno baldío de la Nación o salido de su patrimonio con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Si el juicio de dominio se ventila entre particulares hallándose ausente el Estado, los litigantes podrán acudir a las normas del derecho común para hacer triunfar sus pretensiones, sin que la llamada presunción de dominio a favor de la Nación juegue para nada en esta clase de controversias, cuya decisión por la justicia no declarará la propiedad erga omnes si-

no que apenas definirá entre los particulares enfrentados, quien ha probado mejor derecho a la mina en litigio, dejando a salvo el derecho del Estado para reclamarla en cualquier tiempo como parte integrante de la reserva nacional, ya que para el Estado, como para cualquier extraño al juicio, aquella sentencia es res inter allios judicata que ni lo perjudica ni lo favorece según la norma sustantiva del artículo 473 del Código Judicial.

En asunto similar, gobernado por los mismos principios jurídicos, la Corte ha dicho que cuando se trata de controversia judicial entre particulares sobre dominio en una propiedad territorial, la circunstancia especial de que el terreno en disputa sea o no en realidad un baldío, en nada debe influir para la decisión de este litigio, lo mismo que en pleito entre personas que en calidad de colonos alegan derechos de posesión y de propiedad sobre mejoras puestas en esa finca. "Como está ausente el Estado de este pleito —razona la Corte—, cualquiera decisión que se adopte en nada perjudicará, en lo relativo a la declaración judicial de dominio que aquí se haga, por venir a ser la sentencia 'res inter allios' respecto de la Nación". (Casación Civil, agosto 11 de 1943, T. LVI, Nos. 2001-2005, pág. 46).

Por otra parte, la jurisprudencia constante y reiterada de la Corte ha fijado la interpretación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, así:

"El carácter de 'dueño', exigido por el art. 946 del C. C. y la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al 'dueño' que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabolica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares". (Casación Civil: febrero 26 de 1936, T. XLIII, Nº 1907-1908, pág. 339; septiembre 22 de 1943, T. LVI, Nos. 2001-2005, págs. 146 y 147; agosto 18 de 1948, T. LXIV, Nos. 2064-2065, pág. 717; abril 17 de 1953, T. LXXIV, Nº 2127, pág. 677; abril 1º de 1954, T. LXXVII, Nº 2140, 350; septiembre 30 de 1954, T. LXXVIII, Nº 2146, pág. 704).

De acuerdo con esta doctrina, que señala nitidamente la relatividad del concepto de dominio en los juicios entre particulares sobre propiedad privada, no se ve ninguna razón valedera para exigir excepcionalmente en controversia reivindicatoria sobre una mina de carbón, el título originario del Estado, a quien se pretenda dueño de ella por accesión, al predio en donde está situada.

Podrá arguirse, como lo alega el opositor, que de acuerdo con el artículo 4º ordinal 2º del Código de Minas, debe exigirse en todo caso al dueño de una mina de accesión, el título de adjudicación procedente del Estado, porque no siendo suficientes los títulos traslaticios de la propiedad del terreno, se requiere tal título respecto del primitivo enajenante, en relación con la transmisión del predio que le hiciera el Estado.

Pero tal apreciación carece de toda consistencia jurídica, porque el artículo 4º del Código de Minas se refiere a la propiedad de las minas denunciables, que sólo se adquieren originariamente por adjudicación del Estado. Tales minas no han podido pasar al poder de los particulares sino mediante el correspondiente título del Estado, según lo establece el ordinal 1º del citado artículo. Y por ese, conforme al ordinal 2º, cuando la transmisión del dominio se verifica por un título derivado que tiene su fundamento en el título originario, siempre habrá necesidad de acreditar que al primitivo enajenante se lo expidió el Estado. "En tratándose de minas de metales preciosos que son o fueron adjudicables se puede afirmar —ha dicho la Corte— que es indiscutible en derecho privado que para que una persona tenga la calidad de dueña es necesario que posea un título emanado del Estado o que se ligue a título de esa naturaleza mediante otros traslaticios de dominio y que la mina no esté legalmente abandonada" (Sala de Negocios Generales, septiembre 1º de 1945, Tomo LIX, Nos. 2022-2024, pág. 602). "El dominio de la Nación sobre las minas —ha dicho la Corte refiriéndose a las adjudicables— es la situación inicial y natural que, por ende, de-

be presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en ésta se conserva", cuando quiera que se alegue su propiedad (Casación, octubre 1º de 1940. Tomo L. Nos. 1961-1963, pág. 119).

Las minas de carbón que pertenezcan por accesión al dueño del terreno en donde se hallen situadas, se rigen en general por el derecho común. Para acreditar su dominio en controversias entre particulares, no se necesita título especial minero, como que ellas están amparadas por el mismo título de la propiedad territorial. Puede decirse que si tales minas son del dueño del terreno, por accesión, ésta es el **modo** de adquirirlas y el **título** es la ley misma.

El Código Civil menciona en su artículo 656 como especies de bienes inmuebles, las **tierras** y las **minas**. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han admitido que las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran, y así fue dicho en el artículo 4º del Código de Minas adoptado por Decreto Legislativo Nº 1779 de 1954 (Actualmente suspendido). Y por esto el dueño de tierras que tiene dentro de sus linderos una mina que le pertenezca por accesión, puede separar esas dos propiedades, enajenando la una y reservándose la otra. Si se enajena el predio sin excluir la propiedad minera por accesión, es obvio que se entiende enajenada ésta como un accesorio del suelo.

En fuerza de las consideraciones expuestas, la Sala rectifica la doctrina, sentada por el Tribunal en el fallo recurrido, según la cual en controversias de dominio entre particulares, sobre reivindicación de una mina de carbón, el actor debe acreditar, como requisito esencial de su titularidad, que el terreno en que ella se encuentra, salió del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873. Y en consecuencia, habiéndose negado la acción incoada, por tal motivo, la acusación del recurrente debe prosperar e infirmarse el fallo acusado, que infringió el artículo 946 del Código Civil, por errónea interpretación.

VI. — Sentencia de Instancia

Según el artículo 538 del Código Judicial, infirmada la sentencia recurrida, corresponde a la Corte como tribunal de instancia dictar la resolución que la reemplace.

Procede a ello la Sala, previas las siguientes consideraciones:

1º **Capacidad procesal de la demandante.** — En el fallo de primera instancia el Juzgado negó capacidad procesal a la actora para demandar la reivindicación en favor de la comunidad formada por la señora Mejía v. de Restrepo y la sociedad colectiva de comercio "Hijos de Fernando Restrepo & Cía"., y por tal razón las declaraciones de la sentencia fueron pronunciadas sólo en favor de dicha señora como condueña de los minerales, aceptándose al respecto sus súplicas subsidiarias.

Para el Juzgado, el comunero sólo puede reivindicar su cuota en la cosa común, pues no representando a los demás condueños o a la comunidad, la acción de aquél queda reducida a la de defensa de su propio interés. Según este razonamiento, como la actora no llevaba la representación de la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." —condueños en la mina de carbón reivindicada—, las peticiones principales en favor de la comunidad no podrían prosperar.

La Corte rectifica estas apreciaciones del Juzgado, pues como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta corporación, el comunero sí está capacitado procesalmente para reivindicar la cosa indivisa en pro de la comunidad. Al respecto la Sala cita las siguientes doctrinas jurisprudenciales:

a) "Si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad, no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquélla que no lo favorece, sólo perjudica al gestor" (Casación Civil, abril 1º de 1954 T. LXXVII. Nº 2140 pág. 348);

b) "Por cuanto la comunidad o estado de indivisión no disfruta de personería jurídica, no tiene tampoco capacidad para ser parte en los debates judiciales, ni puede, en consecuencia, ser sujeto de la relación jurídica procesal. Pero cuando actúan los comuneros, quienes sí tienen capacidad para ser partes en el juicio, hay base en derecho para que el proceso se configure, y entonces el comunero que demanda en pro de su interés, lleva también el interés del pro común, de suerte que actúa válidamente en el litigio y el resultado favorable se comunica a todos los comuneros, en tanto que el desfavorable apenas afecta al comunero que adelantó el proceso. De donde se sigue

que por activa el comunero está capacitado para reivindicar la cosa indivisa, en su propio carácter de estar en común con otras personas, a quienes puede favorecer pero no perjudicar con su actuación" (Casación Civil, agosto 30 de 1954, T. LXXVIII, Nº 2145 pág. 397);

c) "No hay ilegitimidad de personería en el demandante que ejerce acción petitoria o declarativa de dominio respecto de una cosa de la cual no es propietario exclusivo, ni la viabilidad de esta acción está condicionada al requisito de que el bien materia del litigio radique exclusiva y completamente en el actor, si éste actúa como miembro de una comunidad en una cosa determinada. Porque es cierto que los copropietarios de una cosa indivisa no se representan unos a otros, ni tampoco a la comunidad; pero como cada comunero posee la cosa en común, en todas y cada una de sus partes, la acción que uno o varios intenten en pro de ella los beneficia a todos". (Negocios Generales, marzo 9 de 1955. T. LXXIX, Nº 2151, pág. 1042).

De acuerdo con esta jurisprudencia, la señora Mejía v. de Restrepo —condueña en la mina reivindicada— sí tiene capacidad procesal para incoar la acción de dominio sobre toda la cosa indivisa, en pro de la comunidad por ella formada con la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía".

Cuanto a la existencia de esta sociedad, ella aparece demostrada legalmente en autos con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, que cumple los requisitos del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 (Cuad. 2º fs. 82 a 84 v.).

2º **Cosa singular reivindicable.** — Según queda expuesto anteriormente, las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran. Cuando se trata de minas que pertenecen por accesión al titular de la propiedad superficiaria, éste puede enajenarlas separadamente reservándose el dominio del suelo. Las minas son bienes inmuebles por su naturaleza y constituyen cosa singular reivindicable como especies o cuerpos ciertos, las cuales deben especificarse por la ubicación y linderos del fundo en que se hallen situadas.

En el presente negocio se ha ejercitado la acción reivindicatoria sobre unas minas de carbón, cuyo dominio particular se disputan demandante y demandado, alegando uno y otro haberlas adquirido por enajenación del primitivo dueño del terreno en que se encuentran, sin el traspaso de la propiedad territorial.

Las minas reivindicadas se hallan situadas en dos lotes de terreno contiguos, ubicados en el paraje de "La Clarita" del municipio de Amagá y alinderados como aparece en los hechos primero y tercero del libelo de demanda.

3º **Posesión material del demandado.** — El demandado Pedro Luis Restrepo Botero es poseedor actual y exclusivo de las minas reivindicadas. Así lo confiesa en la contestación de la demanda (Cuad. 1º f. 28), y lo reitera en la absolución de posiciones (Cuad. 2º f. 79 v).

4º **Identidad entre lo poseído y lo reivindicado.** A más de que el demandado reconoce que está poseyendo materialmente las minas que se reivindican, los lotes de terreno en que se encuentran fueron identificados en las inspecciones oculares de primera y segunda instancia (Cuad. 2º, f. 65 y Cuad. 5º fs. 6 v. 8 v.) y en los dictámenes periciales producidos ante el Tribunal (Cuad. 5º fs. 8-13).

5º **Derecho de dominio en el demandante.** — Ambas partes alegan dominio sobre las minas de carbón disputadas y exhiben títulos que consideran favorables a sus encontradas pretensiones. En realidad, como se verá más adelante, la cuestión puede reducirse a la interpretación del título escriturario exhibido por la parte demandada, frente a la titulación presentada por la parte demandante.

Titulación de la parte demandante

a) Por escritura Nº 11, de 1º de enero de 1902, de la Notaría de Fredonia Bernardino García vendió a Hermógenes Montoya un lote de terreno (Cuad. 2º fs. 16v. y 17);

b) Por escritura Nº 750, de 18 de agosto de 1902, de la Notaría de Titiribí, Gertrudis Acebedo vendió a Hermogenes Montoya un lote de terreno (Cuad. 2º fs. 11 y 11v);

c) Por escritura Nº 33 de 11 de enero de 1909, de la Notaría 2ª de Medellín, Hermógenes Montoya vendió a "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." el carbón mineral existente en los lotes a que se refieren las escrituras anteriores (Cuad. 2º fs. 19 20v);

d) Por escritura Nº 1995, de 20 de diciembre de 1917, de la Notaría Segunda de Medellín, "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." cedieron a Camilo C. Restrepo, entre otros bienes, para cubrir su parte de haberes en dicha sociedad, y a causa de su retiro de ésta, 31 unidades de centésima parte y 0.3066 de unidad en los carbones de que tratan la escritura precedente (Cuad. 2º, fs. 20-27v);

c) En el juicio sucesorio de Camilo C. Restrepo, se adjudicó en la partición respectiva a Ana Mejía v. de Restrepo la cuota a que alude la escritura Nº 1995 en las minas de carbón existentes en los lotes citados (Cuad. 2º fs. 27v. a 57).

Estas escrituras se trajeron al juicio en copias debidamente registradas, y se hallan complementadas con certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos de Titiribí y Medellín, que relatan la historia de las transferencias del dominio de las minas según lo expuesto (Cuad. 2º fs. 14 a 1h).

Conforme a esta titulación son actuales condueñas de las minas de carbón referidas, Ana Mejía v. de Restrepo e "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", la primera con 31 unidades de centésima parte y 0,3065 de unidad, y los segundos con 68 unidades de centésima parte y 0,6934 de unidad.

Titulación del demandado. — El demandado presente como título de propiedad la escritura Nº 1.245, de 5 de mayo de 1939, de la Notaría Segunda de Medellín, por la cual varias personas, entre éstas la demandante, vendieron a Pedro Luis Restrepo Botero las carboneras que contiene un terreno situado en Amagá, en el punto denominado "La Clarita", y que linda como allí se indica en el aparte **m** de la cláusula primera del instrumento citado (Cuad. 1º fs. 12 a 18v).

Ningún otro título adujo el demandado, pero por la parte demandante se allegaron algunas escrituras públicas relacionadas con la historia de las tradiciones anteriores de la mina de carbón del señor Restrepo Botero, para determinar la exacta extensión de su propiedad minera. Según estas escrituras la cadena titular del demandado es la siguiente:

a) Por escritura Nº 475, de 27 de julio de 1891 de la Notaría de Fredonia, Hermógenes y Angel Montoya, vendieron a Jenaro Laverde los carbones contenidos en un terreno de su propiedad, que se describe en la misma forma que aparece en el aparte **m)** de la cláusula primera de la escritura Nº 1245, título actual del demandado (Cuad. 2º fs. 17v. y 18);

b) Por escritura Nº 240, de 2 de febrero de 1899, de la Notaría Segunda de Medellín, José Antonio, Jenaro, Justiniano y Mercedes Laverde (Hijos de Jenaro Laverde), vendieron a "Fernando Restrepo e Hijos" las carboneras existentes en el terreno anteriormente descrito (Cuad. 2º. fs. 57 a 63);

c) Por escritura Nº 2.590 de 23 de diciembre de 1933, de la Notaría Segunda de Medellín, se practicó la partición de las propiedades mineras de "Fernando Restrepo e Hijos", y en ella se adjudicó la mina de carbón anterior, a quienes posteriormente la vendieron a Luis Restrepo Botero. No se allegó copia de dicho instrumento, pero ello se deduce de lo expresado en la cláusula cuarta de la escritura Nº 1245 (Cuad. 3º f. 19);

d) Por escritura Nº 1710, de 12 de julio de 1934 de la Notaría Segunda de Medellín, se protocolizó el juicio sucesorio de Camilo C. Restrepo, en cuya partición se adjudicó a Ana Mejía vda. de Restrepo 212 milésimas en la mina de carbón mencionada (Cuad. 2º f. 52).

Comparación de las Titulaciones

En el fallo de primera instancia se hizo por el Juzgado el siguiente estudio de las titulaciones enfrentadas:

"Basta leer los títulos correspondientes para ver que las carboneras de la escritura 1245 no son idénticas —de la misma extensión— a las que se demandan. Ningún testigo lo afirma ni el demandado lo pretende. Lo que éste sostiene es que las carboneras detalladas en el pliego de cargos quedaron incluídas en las que compró mediante la escritura 1245, letra **m)**. Dice que por esta escritura la señora dejó de ser dueña de su cuota. Eso es lo que se discute, lo que constituye el paralelo 38 de la litis: si los carbones descritos en la demanda quedaron o no comprendidos en los de la letra m) de la escritura 1245.

"El examen detenido del expediente, sobre todo de los títulos, permite las siguientes conclusiones:

"A) Desde el 1º de enero de 1902 (Escritura Nº 11) hasta 1931 (Juicio sucesorio de Camilo C. Restrepo) se vienen describiendo con los mismos términos, con idénticos linderos, las carboneras que menciona la demanda. Desde 1891 (Escritura Nº 475), inclusive en la letra m) de la escritura 1245, se vienen describiendo en la misma forma las carboneras cuyo dominio alega el demandado. Unas y otras tienen cadenas de títulos independientes y en ninguno de éstos se menciona la incorporación, ni siquiera en la escritura 1245. Claro es que si los carbones a que alude la letra m) de esta última escritura comprendieran los otros, no hubieran coexistido, no podrían coexistir, las dos cadenas de títulos.

"B) Las carboneras que hoy pertenecen al demandado (Escritura 1245) fueron compradas por la sociedad "Fernando Restrepo e Hijos" (Escritura de 240, del 2 de febrero de 1899) a José Anto-

nio, Jenaro, Justiniano y Mercedes Laverde. Las carboneras que se reivindican fueron compradas por la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo y Cía". (Escritura Nº 33, del 11 de enero de 1909) a Hermógenes Montoya. Pero esta segunda sociedad es continuadora de la otra, según la escritura 703 del 16 de mayo de 1912 (f. 23, Cuad. 3º), citada por la 1245. Si las carboneras compradas a Hermógenes Montoya estuvieran comprendidas en las compradas a los hermanos Laverde, es obvio que la sociedad no habría tenido necesidad de adquirirlas: ya le pertenecían, desde 1899. Nadie compra lo que es suyo.

"C) En la sucesión de Camilo C. Restrepo fueron adjudicadas las carboneras a que alude el pliego de cargos y las que figuran en la letra m) de la escritura 1245 (Fs. 52 y 53 vto. Cuad. 2º). Si las unas comprendieran las otras, no se habrían hecho figurar en forma separada. Es cuestión de sentido común.

"D) Todos los testigos mayores de setenta años —y los viejos eran los llamados a conocer ese punto— aseveran que los carbones de los hermanos Laverde eran distintos y no comprendían los que se reivindican. Véanse las declaraciones de Pastor Restrepo Montoya, Jesús Restrepo Montoya, Jesús Colorado Zapata y Eleázar Montoya Zapata (Fs. 66, 67 vto. 69 vto. y 70 vto. respectivamente, del Cdno. 2º).

"E) Los peritos, después de hacer una síntesis de las dos cadenas titulares, expresan: 'Nótese para mayor claridad, que en la escritura Nº 1245 no se venden sino los carbones que se describen bajo la letra J de la escritura Nº 703, entre los cuales no se hayan (sic) los dos lotes que se trata de reivindicar y que son motivo de este juicio. Por lo tanto conceptuamos, en atención a la claridad de los títulos que se acaba (sic) de enumerar, que no es evidente, como lo pide el numeral e) del cuestionario sometido a nuestro estudio, que los dos lotes que se trata de reivindicar y que se alinderan en los numerales Primero y Tercero de la demanda, estén incluídos dentro del lote alinderado por la letra m) de la Escritura Nº 1245 de 3 de Mayo de 1939 (F. 73, Cdno. 2º).

"Se dirá que los expertos no negaron rotundamente el hecho de que unas carboneras estuviesen incluídas en las otras, porque usaron la expresión: 'no es evidente que', en lugar de: **es evidente que no.** Pero en seguida agregan: 'como lo pide el numeral e) del cuestionario sometido a nuestro estudio'. (Véase el numeral: F. 2 vto. Cdno. 2º) Y ya habían dicho: 'entre los cuales (carbones de la escritura 1245) no se hayan (sic) los dos lotes que se trata de reivindicar... La opinión de los peritos es, pues, concluyente y formulada 'en atención a la claridad de los títulos'. Conviene anotar que no fue objetado el experticio.

"Estas cinco conclusiones se reducen a una: las carboneras que se reivindican no están comprendidas en las que describe la escritura 1245, letra m).

"Sin embargo algunos testigos corroboran la aseveración del demandado, de buena fe sin duda. Si nunca han visto explotar esos carbones a otra persona que Pedro Luis Restrepo, quien inició los trabajos; si vieron que esa explotación empezó cuando Restrepo adquirió los carbones que antaño fueron de los hermanos Laverde; si no tienen por qué conocer las cadenas de títulos; si unos y otros carbones fueron durante mucho tiempo de un mismo propietario, la sociedad 'Hijos de Fernando Restrepo y Cía'., lo lógico es que opinen como opinan. Pero otra cosa dicen los testigos más viejos, los que asistieron a los primeros eslabones de la cadena titular, los que conocieron las carboneras cuando eran de distintos propietarios antes de entrar al patrimonio de la sociedad mencionada. Y esta última versión es la que complementa la escueta realidad de los títulos, como la apreciaron los expertos y se analizó atrás.

"En la inspección ocular se dijo: 'Si se atiende al tenor literal de la escritura Nº 1245... los dos primeros lotes —es decir los descritos en los hechos Primero y Tercero de la demanda— quedan comprendidos dentro del tercero lote, o sea el que figura en la letra m) de la escritura Nº 1245'. (F. 65, Cdno. 2º). No hay contradicción. El juez preguntó a los indicadores o testigos actuarios por el lindero actual de Luis Vélez o de sus herederos. En ese momento no había estudiado los títulos ni habían declarado los testigos. Se dejaba constancia de un hecho aparente, el que ofrecía la letra muerta de la escritura 1245. Y la simple apariencia resultaba favorable al demandado. Como suele ocurrir en todos los juicios reivindicatorios, inclusive en los que tienen éxito: las apariencias siempre favorecen al opositor, en principio. Se desprende del artículo 762 del C. Civil.

"La prueba testimonial fue la primera luz en ese laberinto de carbones. Afirman los testigos más que septuagenarios —y sólo ellos podían conocer el detalle— que en las postrimerías del siglo pasado Luis Vélez fue poseedor, y se le tuvo por dueño, de un terreno adyacente al que menciona la escritura 1245, precisamente donde se en-

cuentran los carbones que se reivindican. Dicha posesión se cumplió antes de la guerra de los mil días. Esto también puede subrayarse (F. 70 Cdno. 2º). Y antes de la guerra de los mil días se extendió la escritura Nº 475 del 27 de julio de 1891 (F. 17 vto. C. 2º). Pero el demandado puede calificar de **leyenda** (F. 33 vto. Cdno. 1º) la explicación de los ancianos. De cualquier modo, es indiscutible que en la serie de títulos, y en pleno siglo XX, se entendió siempre que las carboneras en vía de reivindicación no estaban dentro de las que contempla la escritura 1245, letra m).

"Y no se diga que en la escritura 1245 quiso alterarse la situación existente, el espíritu de los títulos que le precedieron. No. Que ella copia los mismos linderos de la escritura por la cual compró la sociedad 'Fernando Restrepo e Hijos' a los hermanos Laverde. Que ella remite a la escritura 703 de 1912 (F. 23 Cuad. 3º) y en ésta se dice que dichas carboneras fueron compradas a José Antonio, Jenaro, Justiniano y Mercedes Laverde, por escritura Nº 240 del 2 de febrero de 1890 (F. 31 vto. C. 3º) Expresamente el comprador fue lanzado a una de las cadenas de títulos, la que no corresponde a los lotes carboníferos que se reivindican.

"Además, en la escritura 1245 aparece la señora Mejía v. de Restrepo como dueña de 21.200 cienmilésimas (F. 18, Cdno. 3º). Sino que esa cuota fue la que se le adjudicó en las otras carboneras (F. 52 Cdno. 2º). Si la venta se hubiese referido a las que se reivindican, la cuota de la señora habría sido de treinta y una unidades de centésima parte y tres mil sesenta y seis diezmilésimas de unidad (F. 53 v. Cuad. 2º)".

Estas conclusiones aparecen ampliamente confirmadas con el experticio practicado en segunda instancia.

El perito principal Zoilo Vanegas A. expuso (Cuad. 5º fs. 9 a 10):

"En el cuestionario propuesto a mi estudio se me pregunta si dentro de los linderos del inmueble marcado con la letra **m** se encuentran incluídos los lotes de que habla la letra a) del interrogatorio, o sea los lotes **Primero** y **Tercero** del libelo de la demanda.

"Contesto: Los lotes **Primero y Tercero de la** demanda no se encuentran incluídos dentro de los linderos del inmueble marcado con la letra **m**, porque así lo demuestran los títulos que reposan en el expediente y la prueba testimonial de la parte actora.

"Para que dentro de los linderos del inmueble marcado con la letra **m** estuvieran comprendidos los lotes determinados en los hechos **Primero** y **Tercero** de la demanda, sería necesario que en la escritura Nº 1.245 de 5 de mayo de 1939, el inmueble marcado con la letra **m** estuviera alinderado así: por el pie, con el camino viejo de Heliconia; por el norte, con propiedad de Nicomedes Zapata; por cabecera, con propiedad de Santos y Gertrudis Flórez y con terrenos de Angel M. Montoya; por el costado sur con un amojamiento a linde con terrenos de Carlos Morales Lidefonso y Manuel Antonio Ochoa.

"Pero ocurre, señor Magistrado, que la precitada escritura Nº 1.245 cuando habla de los linderos del inmueble distinguido con la letra **m**, dice que por la cabecera linda con terrenos de Angel M. Montoya y para nada menciona a los señores Santos y Gertrudis Flores, sencillamente porque los lotes que por cabecera lindan con terrenos de los señores Flores, son los determinados en los hechos **Primero** y **Tercero** de la demanda, que por ningún motivo pueden confundirse con el lote marcado con la letra **m**, en la escritura Nº 1.245.

"Avanzando en el estudio de las escrituras encuentro a Luis Vélez como colindante por el costado norte y esto me convence todavía más de que el lote distinguido con la letra **m** no abarca o comprende los lotes **Primero** y **Tercero** que reclama la parte actora, porque el **Primero** de estos dos lotes linda por el norte con terrenos de Nicodemus Zapata y no con propiedad de Luis Vélez. Veo pues, muy claro que entre la propiedad de Luis Vélez y el lote **Primero**, se interpone el terreno de Nicodemus Zapata.

"La escritura Nº 1.245 de 5 de mayo de 1939, enmarca el lote **m** dentro de linderos tradicionales mencionando los que este mismo lote tenía en el año de 1891, y dice que por el norte linda con terrenos de Luis Vélez, porque en aquella época (año de 1891), dicho señor Luis Vélez poseía los lotes determinados en los hechos **Primero** y **Tercero** del libelo de la demanda, por razón de una permuta que Luis Vélez hizo con los García y Acebedos, a otro lote situado más abajo del camino viejo de Heliconia y denominado 'El Caracol'. La prueba testimonial de esta aseveración se encuentra en declaraciones que reposan en el expediente, rendidas por personas honradas, dignas de todo crédito y mayores de 70 años.

"La letra d) del interrogatorio la contesto así: El día del otorgamiento de la escritura Nº 1.245 es decir, el 5 de mayo de 1939, letra **m**, Luis Vélez no existía como colindante por el costado norte, entre otras razones porque ya había muerto,

Sinembargo la escritura Nº 1.245 lo menciona como colindante por el costado norte, porque dicha escritura habla de los colindantes antiguos, y Luis Vélez fue antiguo colindante del inmueble marcado con la letra **m**, cuando poseía los lotes determinados en los hechos **Primero** y **Tercero** que reclama la demandante.

"Para terminar afirmo una vez más que los lotes determinados en los hechos **Primero y Tercero**, objeto de la demanda no están incluídos dentro del lote marcado con la letra **m**, de la escritura Nº 1.245 de 5 de mayo de 1939".

Y el perito tercero Oscar Montoya conceptuó:

"Al punto c). En esta parte del experticio sí están en absoluto desacuerdo los peritos Vélez y Vanegas, por lo cual es necesario un estudio especial: El meollo de la disputa consiste en establecer si el lote a que se refiere la letra 'm' de la escritura 1.245 abarca los lotes que se detallan en los numerales Primero y Tercero de la demanda, es decir, si dicha letra **m** comprende los inmuebles a que se refiere la letra a) de este interrogatorio.

"Haciendo un estudio comparativo de las escrituras 1.245, letra 'm', y de los títulos de los lotes a que se refieren los hechos Primero y Tercero de la demanda vemos que cada uno de ellos son bienes muy diferentes. En efecto, mi abuelo paterno Hermógenes Montoya compró a Gertrudis Acebedo y a Bernardino García los lotes a que se contraen los títulos de los lotes Primero y Tercero del libelo de demanda. De Hermógenes Montoya pasaron los carbones que contenían dichos lotes a la sociedad 'Fernando Restrepo e Hijos'; esta sociedad los traspasó a Camilo C. Restrepo y éste a la señora Ana Mejía de Restrepo, la demandante. Confrontando esta cadena titular con la historia del derecho actual del señor Pedro Luis Restrepo tenemos que Hermógenes y Angel María Montoya vendieron a Genaro Laverde; de éste pasó a sus herederos; éstos lo traspasaron a 'Fernando Restrepo e Hijos', quienes a su vez vendieron a Pedro Luis Restrepo, actual titular. Como puede observarse, la historia titular de los lotes en litigio es completamente distinta.

"Lo anterior bastaría para concluir que el lote de la letra 'm' de la escritura 1.245 es diferente de los lotes a que se refiere el punto a de este interrogatorio, fuera de que en inspección ocular se pueden identificar separadamente. Pero es que el concepto anterior además está reforzado con la carencia absoluta en este proceso de la titularidad del derecho de Luis Vélez. Por ninguna parte se ve que el señor Vélez haya sido poseedor inscrito de los bienes que antaño fueron de Bernardino García o de Gertrudis Acebedo. Solamente hubo una posesión material más o menos transitoria según prueba testimonial que, a la luz de la crítica del testimonio es digna del mayor crédito; a esa posesión se debe seguramente la gran confusión que había con el lindero de Luis Vélez.

"Pero es que abundando en este razonamiento, y aunque me vuelva un poco largo, hay derecho a presumir que ni siquiera el lote que en la actualidad poseen los herederos de Luis Vélez se refiere al lindero Norte de la letra 'm', pues según constancias procesales, entre este lote (el que actualmente poseen los herederos de Vélez) y el que antaño fuera de mi abuelo paterno Hermógenes Montoya, está interpuesto el lote de Nicodemus Zapata. Así lo indican el croquis y los títulos que obran en el proceso.

"Al punto d). Creo que dentro de la anterior está la respuesta a este punto; sin embargo se puede complementar: ya vimos que en virtud de un contrato verbal el señor Luis Vélez poseyó el lote objeto de la reivindicación, lote muy distinto al que actualmente poseen los herederos de Luis Vélez. Por lo tanto no se sabe a cuál lindero de Vélez se refiere la letra 'm' de la escritura 1.245".

Solicitada ampliación del dictamen, los peritos Vanegas y Montoya expusieron:

"Ya hemos conceptuado en anterior peritazgo que el lote a que se refiere la letra 'm' de la escritura 1.245 de 1939 es absolutamente distinto de los lotes a que se refieren los hechos primero y tercero de la demanda. Precisamente fue la observación directa y personal de los terrenos la que nos indujo a esa conclusión. También nos informamos por otros medios, como fueron el análisis histórico de las respectivas tradiciones del dominio de los lotes antes mencionados, estudio que hicimos con la asesoría de personas honorabilísimas del siglo pasado. Claro que también nos valimos de las diversas piezas que existen en el expediente: escrituras, croquis, declaraciones, etc. En el año de 1939 cuando se otorgó la escritura 1.245 figuraba como lindante por la parte norte el señor Luis Vélez; pero ya dijimos, y ahora nos reafirmamos, que dicho lindero no se refiere a lo que en la actualidad poseen los herederos de Luis Vélez sino al lote que materialmente poseyó éste y con posterioridad pasó a ser de Hermógenes Montoya, o sean los lotes a que se refieren los hechos primero y tercero de la demanda. En tales condiciones, entre la quebrada del costado sur y

el lote que poseía el señor Vélez, **no están comprendidos** los lotes a que se refieren los hechos primero y tercero de la demanda".

Las conclusiones del experticio de segunda instancia tienen, por otra parte, sólido respaldo en las piezas probatorias a que alude y muy especialmente en el croquis de las propiedades litigiosas, el cual figura al folio 73 del Cuaderno 2º.

Del atento examen de los distintos elementos probatorios, la Sala concluye que el título de propiedad presentado por el demandado no comprende las minas de carbón reivindicadas, debiendo prosperar la reivindicación en favor de la parte demandante, cuyo mejor derecho a tales minas es incuestionable con base en su titulación producida en el juicio.

VIII. — Prestaciones mutuas

Por lo expuesto, el demandado ha venido explotando las minas de carbón reivindicadas, como poseedor material sin justo título sobre ellas, en la errada creencia de que podían quedar comprendidas dentro de la adquisición a que se refiere la escritura Nº 1.245 de 5 de mayo de 1939.

No obstante para los efectos de las prestaciones mutuas, el demandado será considerado como poseedor de buena fe, porque la Sala no encuentra elementos de juicio bastantes, con fuerza suficiente, para destruir la presunción del artículo 768 del Código Civil, que obra en favor de aquél.

Es cierto que en materia inmobiliaria la falta de título es generalmente un antecedente contrario a la buena fe, pero no siempre, en todos los casos hasta por sí solo para desquiciar la presunción legal. Según el inciso 3º de dicho artículo, "un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe". Y así el poseedor es tenido de buena fe con un título meramente putativo que funde, por error excusable, su honrada creencia de ser dueño de la cosa respecto de la cual en realidad carezca de título efectivo. Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha aceptado últimamente que en materia inmobiliaria, hay casos excepcionales en que el poseedor carente de título está amparado por la presunción de buena fe, como cuando el dueño de una finca ha venido poseyendo una zona del predio vecino por un error excusable en cuanto a la precisión de un lindero oscuro (Casación, junio 3 de 1954. T. LXXVII. Nº 2142, págs. 770 y 771; marzo 22 de 1968. T. LXXXII, Nos. 2166-2167. pág. 251).

Que es lo que ocurre en el caso **sub judice**, en que el demandado, por una errónea interpretación de uno de los linderos de la propiedad minera que había adquirido, pudo creer sin mala fe que ella abarcaba las minas colindantes, ya que no consta ninguna reclamación anterior del dueño de éstas, ni hay prueba de que ellas hubieran sido explotadas en ningún tiempo por los reivindicantes, ni se había señalado judicialmente la comprensión especial de tales minas.

La parte actora pide que se condene al demandado a la restitución de los productos civiles y naturales de las minas reivindicadas, y a los deterioros o menoscabos que ellas hubieren sufrido en su poder.

Según el artículo 963 del Código Civil "el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa" y "el poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos, por ejemplo, destruyendo un bosque u arbolado, y vendiendo la madera o leña, o empleándola en beneficio suyo".

De acuerdo con esta norma, el poseedor de mala fe vencido, debe restituir la cosa reivindicada en el mismo estado en que se hallaba cuando entró indebidamente a poseerla. Responde, por consiguiente, de los perjuicios resultantes de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa desde que estuvo en posesión de ella, porque sabiendo que era ajena no ha debido retenerla sino restituirla a su legítimo dueño. El poseedor de mala fe es considerado generalmente como un usurpador en razón de dolo o culpa que impone obligaciones indemnizatorias en frente del propietario de la cosa. No responde, sin embargo, de los deterioros causados por caso fortuito.

Conforme a la misma disposición, el poseedor de buena fe no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya podido sufrir la cosa reivindicada, durante todo el tiempo en que ha durado su buena fe y por lo tanto, cumple restituyéndola en el estado en que se hallaba al notificársele la demanda. De aquí en adelante cesa el tratamiento como poseedor de buena fe, de tal manera que el poseedor vencido responde de los deterioros que la cosa ha sufrido, durante el juicio, por hecho o culpa suya. Con respecto a los deterioros anteriores es como si hubiera descuidado una cosa propia.

Pero si el poseedor de buena fe hubiera obtenido algún provecho de los deterioros ocasionados a la cosa, aunque no es responsable de los deterioros mismos, o sea, del desmedro o menoscabo que la cosa ha experimentado por esta causa, sí

responde del provecho que haya recibido, en cuanto con ocasión de ellos se hubiere hecho más rico, como en los ejemplos citados: destruyendo un bosque o arbolado de la heredad, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo. La equidad natural no permite que una persona pueda aprovecharse del precio de la cosa que pertenece a otra en perjuicio de ésta. El mismo código autoriza el ejercicio de la acción de dominio contra quien ha enajenado la cosa reivindicada "para la restitución de lo que haya recibido por ella" (art. 955), sin que el demandado pueda exonerarse alegando que la poseía de buena fe.

De acuerdo con el criterio explicado, los deterioros de una mina pueden consistir en los desmendros o menoscabos que hayan experimentado los minerales por hecho o culpa del poseedor, como en el caso de una explotación descuidada o de un incendio voluntario o culpable de los socavones; o pueden consistir en el agotamiento total o parcial de la mina, por la extracción paulatina de los minerales que el poseedor ha vendido o empleado en su provecho. Sólo de estos últimos debe responder el poseedor de buena fe, lo cual equivale al valor de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación.

Según el artículo 964 del Código Civil, el poseedor de buena fe es obligado a la restitución de los frutos naturales y civiles, percibidos después de la notificación de la demanda y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. En toda restitución de frutos se abonan al que la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

Según la doctrina consignada en el Código de Minas, la persona en cuyo favor se declara la propiedad de una mina en litigio tiene derecho a que el poseedor que la haya elaborado, le reintegre las utilidades obtenidas, o sea, el valor de los productos de la mina con deducción de los gastos hechos para explotarla (arts. 242 y 244).

Por la naturaleza del objeto, la noción específica de frutos es extraña a la propiedad minera. Una mina no da frutos sino **productos.** Los minerales que se extraen son parte integrante de la misma mina, no se pueden separar sin disminuir o alterar la substancia de la cosa sobre que recae la propiedad; a diferencia de los frutos, ellos no son reproducidos por la cosa *misma*. La extracción de los minerales trae como consecuencia el agotamiento de la cosa que los produce, la cual se extingue o inutiliza en un tiempo más o menos largo.

A propósito de la diferencia entre frutos y productos, expone el tratadista chileno Luis Claro Solar:

"En su sentido más amplio son frutos todos los productos de una cosa; y así lo expresa el art. 643 (igual al 713 del Código Civil Colombiano) al decir que 'los productos de las cosas son frutos naturales o civiles'. Pero esta proposición no es rigurosamente exacta, porque si bien todo fruto propiamente dicho, es un producto de la cosa, no todo producto es fruto, cuando se trata de derechos constituidos a favor de otra persona que el dueño. Hay que distinguir a este respecto entre **productos** y **frutos.**

"**Productos** son todas las utilidades o provechos que se sacan de una cosa sea que se reproduzcan o no, nazcan y renazcan o no; lo son aun las materias que, separadas de la cosa, la hacen desmerecer, porque llevan consigo parte de su substancia o de los elementos que la constituyen e influyen en su valor, como los minerales contenidos en el subsuelo que se extraen, los bosques y arbolados que se derriban.

"**Frutos** son los productos periódicos de la cosa, que se reproducen generalmente todos los años o en determinados períodos de tiempo, quiéquid ex re nasci et renasci solet; de modo que la cosa se mantiene en su ser.

"Con respecto al propietario de la cosa no tiene importancia esta distinción, puesto que siendo dueño de ella tiene derecho, no solamente a los frutos propiamente dichos, sino a todos los productos, a todos los provechos y utilidades que pueda obtener de la cosa en ejercicio de su facultad de disposición absoluta, abusus; pero es de la mayor importancia tratándose de un simple poseedor de la cosa, de un usufructuario, de un arrendatario, de un acreedor anticrético, de un representante legal, cuyo derecho a los frutos de una cosa no puede referirse, sino a los frutos propiamente tales y no a otros productos, salvo una expresa disposición de la ley". (Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo VII. Nº 586, pág. 126).

Se comprende por todo lo anterior que en la reivindicación de una mina, las prestaciones accesorias a cargo del poseedor vencido y a favor del reivindicante, quedan reducidas al pago de los **deterioros** en la forma concebida por el artículo 963 del Código Civil, según lo ya expuesto: si el poseedor es de mala fe responderá de todos los deterioros causados por su hecho o culpa, inclu-

yendo los minerales extraídos, aunquando no los haya vendido o aprovechado; si el poseedor es de buena fe, sólo responderá del valor de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación.

En el caso **sub judice** está aceptado que el demandado ha mantenido en explotación las minas reivindicadas, pero no se conocen ciertamente los productos obtenidos.

Como poseedor de buena fe, será condenado a pagar a la parte demandante el valor de los productos de las minas desde que han estado en su poder, previa deducción de los gastos hechos en su explotación; y de cualesquiera otros menoscabos que por su hecho o culpa hayan podido sufrir después de la notificación de la demanda. Para este efecto se tendrá en cuenta el valor venal de los minerales al tiempo y en el lugar de su extracción.

El monto de esta prestación se liquidará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

VIII — Excepciones

Las excepciones formuladas por el demandado carecen de base: la usucapión ordinaria no es viable por ser poseedor irregular, sin justo título (C. C., arts. 764 y 2528). La de ilegitimidad de la personería de la demandante queda examinada en el punto 2º del fallo de instancia. Y las de petición de modo indebido, inexistencia de la obligación y la "genérica" no tienen soporte alguno.

IX. — Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 3 de agosto de 1955, reforma la dictada por el juzgado Civil del Circuito de Titiribí y falla el presente negocio así:

1º — Se declaran no probadas las excepciones propuestas;

2º — La señora Ana Mejía v. de Restrepo y la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía", la primera con un derecho de treinta y una unidades de centésima parte y tres mil sesenta y seis diezmilésimas, y la segunda con un derecho de sesenta y ocho únidades de centésima y seis mil novecientos treinta y cuatro diezmilésimas, son dueñas de las minas de carbón existentes en los siguientes lotes ubicados en el paraje de "La Clarita" del municipio de Amagá: a) "Por la cabecera con terrenos de Santos Flórez; por un costado, con terrenos de Nicodemus Zapata; y, por el pie, con la servidumbre vieja de Heliconia; y por el otro costado con terrenos de Gertrudis Acebedo"; b) "Por cabecera, con terrenos de Gertrudis Flores; por un costado, con una calle de servidumbre; por el pie, con el camino viejo de Heliconia; y por otro costado, con propiedad del comprador".

3º — En consecuencia, el señor Pedro Luis Restrepo Botero está obligado a restituir a los comuneros nombrados, las minas referidas, seis días después de ejecutoriado el auto que ordene el cumplimiento de la sentencia;

4º — El demandado pagará a los comuneros, a prorrata de sus derechos, el valor de los productos obtenidos de tales minas, deducidos los gastos de explotación desde que estuvieron en su poder hasta cuando las restituya; y cualquier deterioro de otro orden que por hecho o culpa suya hubieran sufrido las minas, después de la notificación de la demanda;

5º — Para la liquidación del monto de la condena anterior se seguirá el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial;

6º — Cancélese el registro de la demanda;

7º — Sin costas, ni en las instancias, ni en casación.

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

Manuel Barrera Parra — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — José J. Gómez — José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre.—Julio Pardo Dávila — José Joaquín Rodríguez — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD. — LOS ERRORES QUE COMETEN LOS JUECES EN LA INTERPRETACION DE LA LEY NO CONSTITUYEN POR SI SOLOS ESOS DELITOS

Es verdad que los jueces están expuestos a que se les acuse cada vez que sufren una equivocación en materia tan compleja como es la jurídica, procedimiento éste ya condenado y condenable siempre; pero también se halla el juzgador en el deber de observar con exactitud las prescripciones de la Ley, a pesar de que en un determinado caso considere que puede apartarse de ellas, sólo porque así se lo aconseje su personal criterio, lo que es igualmente censurable, porque conduce a la arbitrariedad y al abuso del derecho. Las normas están escritas para obedecerlas, y no es permitido dejar de aplicarlas cuando su sentido es claro. Mas el delito de abuso de autoridad se desintegra cuando del acto del funcionario no resulta perjuicio alguno.

"Los abusos de autoridad, el prevaricato u otras faltas en que pueden incurrir los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, no se deducen simplemente de los errores que sufran en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, ni resulta de que ésta se halle en pugna con otra que se considere jurídica y la más exacta o adoptable en la doctrina. Y así, no basta que se demuestre la incorrección jurídica de una sentencia para concluir que quien la profirió es autor de alguna de las infracciones contra la administración pública. No. Lo que debe establecerse es la incorrección moral del juez al pronunciarla. Porque ni la ignorancia, ni el error, ni la disparidad en los diversos puntos de vista pueden servir de fundamento al cargo de prevaricato o de abuso de autoridad. Aquel hecho requiere dolo específico; y éste dolo genérico. Prevarica quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la Ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, gobernado por los mismos sentimientos.

"Incurre en abuso de autoridad el que comete en ejercicio de sus funciones un acto arbitrario o injusto. Pero debe entenderse que lo arbitrario, es lo que depende del capricho, lo que no tiene respaldo, así como lo injusto es aquello que viola la equidad.

"Deniega justicia, no el que yerra en sus fallos, sino el que con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley rehusa pronunciarlos y se abstiene de juzgar.

"Usurpa jurisdicción el que la ejerce contra lo claramente dispuesto en la ley". (Auto de septiembre 30 de 1954).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, doce de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que se apruebe lo resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto de 14 de febrero del año en curso, remitido en consulta, en el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Alfredo Dávila Angulo, a quien en forma imprecisa se le formularon algunos reparos por su actuación en un juicio ejecutivo, y a quien inicialmente se le oyó en diligencia de descargos cuando se consideró que su conducta no

dría dar lugar a la imposición de medidas de carácter disciplinario, orientación modificada más tarde en el sentido de adelantar un proceso penal por los delitos de prevaricato y de abuso de autoridad, a los cuales se aludía en el memorial presentado más que con el fin de llevar a término la acción, con el de lograr que el Juez doctor Dávila se separara del conocimiento del negocio civil en marcha entonces.

—

De los antecedentes de este sumario, minuciosamente descritos en el auto que se consulta, bien puede hacerse el siguiente resumen:

Cursaba en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor Alfredo Dávila Angulo, el ejecutivo iniciado por el señor Carlos J. Bernal C. contra la señora Ildefonsa Castillo viuda de Calderón y otros, y ya se había embargado dentro del juicio el inmueble (edificio avaluado en $ 120.000.00) que lo había sido preventivamente. Pero como los demandados exigieran que se levantara el embargo de otros bienes, ofreciendo un fiador de saneamiento, el Juez accedió a esa solicitud y procedió a dar las órdenes respectivas, las que se cumplieron inmediatamente. La efectividad de esta medida dio lugar a que el abogado del ejecutante demandara por perjuicios conjuntamente al Juez y a los deudores, y de allí surgió el acuerdo de establecer que los trámites legales correspondientes si era el caso de imponerle al Juez alguna de las medidas indicadas en el Decreto 3665 de 1950, determinación que luego se abandonó para imprimirle a la denuncia un desarrollo más en consonancia con los hechos declarados, sin que en el ánimo de quien aludía a posibles delitos contra la administración pública existiera seguridad de haberse cometido.

La imputación

En concreto, puede decirse que el cargo que se le atribuye al doctor Dávila Angulo, en su condición de Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, consiste en haber ordenado liberar una parte de los bienes sujetos a la acción ejecutiva sin darle antes efectividad a lo dispuesto en cuanto a la obligación que debía suscribir el fiador de saneamiento ofrecido, actitud que el superior del Juez calificó de "ostensiblemente ilegal", previas estas consideraciones:

"...Como es obvio, lo que suspende el derecho del acreedor a denunciar bienes del ejecutado o a mantener embargados los que fueron objeto de las medidas de cautela, no es el ofrecimiento de la caución, sino la prestación efectiva de aquellos. De lo contrario, bastaría al ejecutado limitarse a ofrecer la fianza y acreditar la solvencia del fiador, para hacer nugatorio el derecho de persecución que el acreedor tiene sobre los bienes del deudor de acuerdo con el artículo 2488 del C. C., lo que desde todo punto de vista es inaceptable...".

En su indagatoria explica el sindicado a qué obedeció la criticada decisión. Dice así:

"...Notificada dicha orden de pago al apoderado de los demandados, éste se informó de ella, denunciando para el pago de la suma cobrada un inmueble de propiedad de sus poderdantes, y ofreció fiador de saneamiento; el Juzgado, en obedecimiento a lo ordenado por el artículo 999 del Código Judicial, numeral 5º, decretó el secuestro y avalúo de ese inmueble denunciado por los demandados y señaló el monto de la caución que debía prestar el fiador de saneamiento ofrecido. Igualmente, y en atención a que se acompañó una certificación del catastro, en la cual consta que el inmueble denunciado estaba avaluado en la suma de ciento veinte mil pesos más o menos, y que ese inmueble se encontraba embargado preventivamente, lo cual acreditaba la propiedad de él por parte de los demandados y a la caución ofrecida, el Juzgado al decretar el secuestro y avalúo de ese inmueble, decretó también el desembargo de los bienes restantes trabados preventivamente. Estimó el Juez que el inmueble denunciado, de un valor tres veces superior a la orden de pago dictada, se garantizaban (sic) más que suficientemente los derechos del acreedor, con lo cual se obtenía en grado sumo la finalidad perseguida con la acción incoada. Esa actitud del Juzgado, en mi criterio, se ajusta a la Ley; es casi el mismo caso contemplado por el artículo 293 del C. J., numeral 2º; así como se embargó de plano debía desembargarse también de plano, estando asegurado más que suficientemente el crédito perseguido por el actor. El juicio siguió su curso normal, y posteriormente pasó al conocimiento del señor Juez 3º Civil de este Circuito, por impedimento mío. Tal juicio, según entiendo, se encuentra terminado por pago hecho por los demandados. Esto es, se obtuvo la finalidad que se perseguía, o sea la solución de la obligación demandada por la cual el Tribunal libró la orden de pago ya dicha. La actuación mía se ciñó a los textos legales que regulan la materia y dicha in

terpretación siempre la he dado en casos similares".

Como se acaba de leer, el Juez acusado le prestó preferente atención a que el bien embargado garantizaba con exceso el crédito y aún las costas del juicio, desechando, en ese convencimiento, la constitución de la respectiva fianza por parte del fiador.

Para resolver se considera:

La Sala Penal del Tribunal estima —y así lo afirma también el representante del Ministerio Público— que no hubo de parte del Juez sindicado el propósito específico de contrariar la Ley, ni aquel dolo genérico que acompaña a los actos arbitrarios o injustos. Esto es, que no existen ni el prevaricato ni el abuso de autoridad, ilícitos respecto de los cuales expone:

"Si el denunciante en realidad creía que el sindicado había cometido un ilícito de prevaricato, debía haber anotado ante la justicia los hechos de que aquél había procedido, al dictar el fallo ilegal, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Mas la sola circunstancia de que el auto recurrido fuera revocado por el superior, y aún calificado de "ostensiblemente ilegal", no da margen para deducir aquellos móviles, menos de que hubiese procedido a sabiendas de su ilegalidad, máxime cuando lo ha respaldado con argumentos de diversa índole, para sostener su legalidad, de acuerdo con su criterio . El denunciante no indica, ni aparecen en el sumario hechos distintos a los anotados al estudiar el delito de prevaricato, que la Sala descarta con fundamento en la doctrina de la Corte y en la realidad del sumario. En consecuencia, debe descartarse también el ilícito de abuso de autoridad, no sólo porque éste se configura "fuera de los casos especialmente previstos como delitos", según el artículo 171 del C. P., sino porque faltan otros elementos esenciales, como el perjuicio que a una persona o a una propiedad debe causar el acto injusto o arbitrario, circunstancia que no se cumple en el caso de estudio, porque el juicio terminó por voluntad de las partes".

Bien conocida es la jurisprudencia en cuanto a estas infracciones, y sobra hacer aquí un nuevo capítulo de ella, porque tanto en el auto del Tribunal como en el ilustrado concepto de la Procuraduría se transcribe en sus lineamientos generales.

Es verdad que los jueces están expuestos a que se les acuse cada vez que sufren una equivocación en materia tan compleja como es la jurídica, procedimiento éste ya condenado y condenable siempre, pero también se halla el juzgador en el deber de observar con exactitud las prescripciones de la Ley, a pesar de que en un determinado caso considere que puede apartarse de ellas, sólo porque así se lo aconseje su personal criterio, lo que es igualmente censurable, porque conduce a la arbitrariedad y al abuso del derecho. Las normas están escritas para obedecerlas, y no es permitido dejar de aplicarlas cuando su sentido es claro. Mas del acto atribuído al Juez Dávila no resultó perjuicio alguno, es decir, que el posible delito de abuso de autoridad quedó desintegrado, como muy bien lo dice el Tribunal en la providencia sometida a consulta.

"Los abusos de autoridad - se dice en la jurisprudencia transcrita por el señor Procurador— el prevaricato u otras faltas en que pueden incurrir los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, no se deducen simplemente de los errores que sufran en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, ni resulta de que ésta se halle en pugna con otra que se considere jurídica y la más exacta o adoptable en la doctrina. Y así, no basta que se demuestre la incorrección jurídica de una sentencia para concluir que quien la profirió es autor de alguna de las infracciones contra la administración pública. No. Lo que debe establecerse es la incorrección moral del Juez al pronunciarla. Porque ni la ignorancia, ni el error, ni la disparidad en los diversos puntos de vista pueden servirle de fundamento al cargo de prevaricato o de abuso de autoridad. Aquel hecho requiere dolo específico; y éste, dolo genérico. Prevarica quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otro dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la Ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, gobernado por los mismos sentimientos.

"Incurre en abuso de autoridad el que comete en ejercicio de sus funciones un acto arbitrario o injusto. Pero debe entenderse que lo arbitrario, es lo que depende del capricho, lo que no tiene respaldo, así como lo injusto es aquello que viola la equidad.

"Deniega justicia, no el que yerra en sus fallos, sino el que con pretexto de silencio, oscuridad o

insuficiencia de la ley rehusa pronunciarlos y se abstiene de juzgar.

"Usurpa jurisdicción el que la ejerce contra lo claramente dispuesto en la Ley". (Auto de 30 de septiembre de 1954. Proceso contra los Mags. Marriaga y Consuegra. Mag. Ponente: doctor Jordán Jiménez).

"Los errores que sufren los Jueces y Magistrados en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis no constituyen de por sí abuso de sus funciones si, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, es decir, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta. Y también se ha dicho, y es muy oportuno recordarlo en este caso, que acudir a la justicia penal para que se resuelvan problemas latentes y que se debaten en un proceso civil es un procedimiento inaceptable". (Auto de 23 de octubre de 1954. Proceso contra los Mags. Francisco Eludio Gómez y otro. Mag. Ponente: Dr. Jordán Jiménez).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. José Amadeo Rey, Secretario.

LA PARTE CIVIL TIENE DERECHO DE FORMULAR RECUSACION CONTRA EL JUEZ DE LA CAUSA

El acusado afirma estar íntimamente convencido de que la parte civil carece de la facultad de recusar. Para desquiciar esa infundada creencia le hubiera bastado reflexionar un poco sobre el alcance y fines de la institución de los impedimentos, que regulan determinadas situaciones procesales y que se han establecido de manera expresa para evitar todo aquello que sea capaz de perturbar la serenidad e imparcialidad de quienes administran justicia. Se refiere ese ordenamiento legal a una relación entre quien dirige el proceso y las personas que en él intervienen, es decir, entre el Juez y las partes. De modo que —y esto resulta obvio— es suficiente ser parte para tener el derecho de recusar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Bogotá el auto de 21 de abril de este año que le puso término en primera instancia al sumario iniciado en averiguación de delitos contra la administración pública (prevaricato y abuso de autoridad) en que pudiera haber incurrido el doctor Pedro Pérez Sotomayor —en favor de quien se sobresee definitivamente— con motivo de algunas actuaciones suyas en el proceso por homicidio contra Angelo Lamarca, que cursaba en el Juzgado a su cargo (Cuarto Superior de Bogotá).

Los hechos señalados como contrarios a la Ley en dicho proceso, son los siguientes:

1º Haber advertido verbalmente el Juez doctor Pérez Sotomayor al doctor Manuel D. Sánchez Mendoza, representante de la parte civil, que no accedería a ampliar el término del traslado a los jurados, solicitud que éste iba a formular por escrito;

2º Haber revocado el auto en que admitía como parte civil al doctor Sánchez Mendoza, arguyendo que la representada (Marina Buitrago) carecía de la capacidad suficiente para conferir esa autorización;

3º Haberse abstenido de decidir sobre la recusación que le hizo el abogado de la parte civil fundada en la amistad íntima del Juez, doctor Pérez Sotomayor, con el defensor de Angelo Lamarca, a quien previamente había consultado acerca de ampliar el término del traslado a los jueces de conciencia; y

4º Haber dado aplicación —porque así se lo pidió la defensa— al artículo 7º del Decreto 1231 de 1951, fundándose en que ese instrumento legal estaba ya en vigencia el 5 de junio, o sea cuando se dictó el auto correspondiente.

La indagatoria

Se encuentran en la diligencia de cargos estas explicaciones del sindicado: a) que aun cuando acostumbraba tratar con los interesados en los juicios —en forma general— los temas jurídicos concernientes a ellos, no es cierto que él hubiera manifestado previamente su opinión acerca de la solicitud de ampliar el término del traslado a los miembros del tribunal popular; b) que como Marina Buitrago era menor de edad, no podía otorgar directamente poder para ser representada en juicio, y que en virtud de esa razón revocó el auto en que se había admitido al doctor Mendoza Sánchez como representante de dicha menor; c) que si se abstuvo de decidir sobre la recusación que le formuló el doctor Mendoza, fue porque estaba convencido de que la intervención de la parte civil en los procesos penales es limitada, y entre las atribuciones de que habla el artículo 123 del C. de P. P. no se halla la de recusar a los jueces, y que, además, él no tenía amistad íntima con el defensor de Angelo Lamarca; y d) que si ordenó darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1231 de 1951, fue sencillamente porque ese Decreto estaba ya en vigencia

(1º de junio) cuando dictó el auto de 5 de dicho mes.

Para resolver se considera:

Tanto el Tribunal como la Procuraduría, que solicita la confirmación del auto en consulta, han hecho un acertado ajuste de la actuación del doctor Pérez Sotomayor, que, si censurable, no asume la categoría de una arbitrariedad delictuosa. Quiso él, y esto es lo ostensible, abreviar los trámites del proceso para alcanzarle a dar término antes de que venciera su período legal.

Bien mirado, resulta éste un empeño muy humano y hasta digno de ensenio. Sólo que cuando se asocia a consideraciones de carácter personal, desluce ciertamente y puede conducir a lo arbitrario, que consiste, en apartarse de las normas legales o dejar de aplicarlas en perjuicio de una persona o de una propiedad.

El doctor Pérez Sotomayor afirma estar íntimamente convencido de que la parte civil carece de la facultad de recusar. Para desquiciar esa infundada creencia le hubiera bastado reflexionar un poco sobre el alcance y fines de la institución de los impedimentos, que regulan determinadas situaciones procesales y que se han establecido de manera expresa para evitar todo aquello que sea capaz de perturbar la serenidad e imparcialidad de quienes administran justicia. Se refiere ese ordenamiento legal a una relación entre quien dirige el proceso y las personas que en él intervienen, es decir, entre el Juez y las partes. De modo que —y esto resulta obvio— es suficiente ser parte para tener el derecho de recusar.

Mas si el procedimiento del sindicado fue ligero y aún puede decirse que lleva el sello peculiar de su autor, en él no aparece manifiesto el propósito de torcer la justicia, como lo observa el colaborador de la Sala, quien enfoca en los siguientes términos el hecho que se ordenó investigar:

"La determinación de haber revocado el auto que admitió como parte civil a la menor Marina Buitrago, por estar indebidamente representada, ya que requería curador para la litis, por no tener la libre administración de sus bienes, está autorizada por los artículos 240 y 241 del Código Judicial; la de haber concedido solamente un término de dos días a los jurados para estudiar el expediente, si bien acusa en el Juez mencionado deseo de celeridad en el procedimiento, no es cuestión que vaya contra la ley (artículo 516 del C. de P. P.), que da al Juez la potestad de fijar la duración del término de estos traslados; la de haber dado aplicación al Decreto 1231 de 1951, ya en vigencia, apenas resulta ser un simple obedecimiento a los mandatos legales; la de haberse abstenido de decidir sobre la petición de recusación que le hiciera la parte civil y la de haberse concedido en el efecto devolutivo la apelación que de dicha providencia se le interpuso, hay que aceptarla, como el mismo procesado lo dice, como un criterio suyo de interpretar la ley en busca de su verdadero sentido y no como una franca rebeldía a los ordenamientos procesales, ya que de otra parte no pudo traerse a estos autos la prueba de que el doctor Pérez Sotomayor procedía así dolosamente; y, en fin, la conversación que sostuvo el Juez Pérez Sotomayor con el apoderado de la parte civil, doctor Sánchez Mendoza, según la cual, aquél, de viva voz, dijo a éste que negaría la petición de ampliar el término del traslado a los jurados y la conversación telefónica del Juez con el apoderado de Lamarca alrededor de aquella cuestión, únicamente revela en el funcionario acusado una actitud carente de la seriedad con que debe ser ejercida la alta y delicada función de administrar justicia".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

LA NULIDAD DEL ORDINAL 8º DEL ARTICULO 198 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — DIFERENCIAS ENTRE EPOCA Y FECHA.—ERROR RELATIVO A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION

1.—La ley (ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P.) establece como causas de nulidad en los procesos penales cierta clase de errores susceptibles de crear graves incertidumbres que pueden desquiciar las bases del procesamiento. Y es esta la razón de las siguientes exigencias: correcta denominación jurídica del delito, para que pueda ejercitarse una defensa adecuada; individualización del infractor, para evitar una injusticia; y señalamiento de la "época" y del "lugar" con el fin de prevenir toda posibilidad de confusión. Por consiguiente, el error tiene que ser, como ya se dijo, de tal naturaleza cuando se refiere a la persona del delincuente o al lugar y época en que se cometió la infracción, que conduzca a la perplejidad o al desconcierto. Así, cuando el sindicado usa diversos nombres y apellidos, debe designársele por todos ellos, sin que esto quiera decir que se está juzgando a varias personas por un hecho que no puede ejecutar sino uno solo. Y cuando el ilícito empezó a realizarse en un determinado momento y tuvo su consumación horas más tarde, o principió en un día y terminó en el siguiente, no cabría alegar error alguno fundándose quien tal reclamara en que al referirse a ese hecho se abarcó el espacio transcurrido entre la iniciación y el final del acontecimiento. Razones análogas existen en cuanto hace a la indicación del lugar, tomado en la ley como equivalente a sitio o paraje, que puede ser extenso o de reducidas proporciones, sin que haya necesidad de fijarlas con precisión matemática, lo que además de inútil se prestaría, ello sí, a múltiples dificultades.

2.—El ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. habla de la época y no de horas ni de días. Epoca no es lo mismo que fecha. Hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones— la palabra época traduce un punto histórico desde el cual se empieza a contar los años, o período de tiempo notable para los hechos durante él acaecidos. Fecha, en su acepción más conocida, es lo mismo que data, y es entonces la expresión del día en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso. Debido a esto, y porque no siempre resulta posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro de más extenso significado, más genérico, pues casos hay en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un hecho delictuoso. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo; y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad, porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del caso.

No cabe sinonimia —ha dicho la Corte— entre la palabra día y la voz época. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte; con la palabra época puede expresarse una temporada de considerable duración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En en la audiencia pública celebrada el 28 de junio de 1955, el Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo le propuso al Jurado las siguientes cuestiones:

Primera: "¿El acusado Santiago de J. Becerra, mayor de edad, natural y vecino de Duitama, en

mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, de estado civil casado, hijo de Jesús Becerra e Isabel Valderrama y agricultor de profesión, es responsable de haber dado muerte, con intención de matar, a Ulpiano Alarcón, mediante el empleo de arma cortante y punzante, que le produjo a la víctima los desastres orgánicos descritos en la correspondiente acta de autopsia, hechos ocurridos como a eso de las doce y media del día veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, cerca a la tienda de Isabel Poveda de Acosta, ubicada en el centro de la ciudad de Duitama?"

Segunda: "¿El mismo acusado Santiago de J. Becerra, de las condiciones personales y civiles descritas en la serie que precede, es responsable de haber causado lesiones, con intención de herir, a la mujer de nombre Amparo Coronado de Alarcón, mediante el empleo de arma contundente y causándole a la víctima los desperfectos orgánicos descritos en los correspondientes reconocimientos médicos, según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, fecha y lugar a que se refiere la cuestión anterior?".

Las respuestas, por mayoría, fueron estas: a la primera: "Sí, en riña sucedida de un modo imprevisto"; la segunda fue contestada con una afirmación sin aditamento alguno.

En desarrollo de este veredicto que, en cuanto a su entendimiento, no ofrecía ninguna complicación, el Juez de la causa, y luego el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de 22 de julio y de 8 de noviembre de 1955, respectivamente, condenaron a Santiago de Jesús Becerra Valderrama a la sanción principal de cinco años de presidio, por los delitos materia del juzgamiento (contra la vida y contra la integridad personal), dándole aplicación a los artículos 33, 373 inciso 1º—, 362, y 384 del estatuto punitivo.

Contra el último de los mencionados fallos interpuso recurso de casación el defensor de Becerra Valderrama, y es por esto por lo que se halla en la Corte el proceso correspondiente.

El hecho investigado

En el auto de proceder, que en los procesos penales que lo exigen resume o debe resumir el pliego de cargos, puesto que no es otra cosa que la historia sucinta del contenido de las diligencias informativas sobre cuyo mérito se plantea el juicio, el Juez del conocimiento, después de relatar lo ocurrido, determinó el sitio de los delitos y la hora con estas expresiones: "Cerca de la tienda de Isabel Poveda, como a eso de las doce y media del día veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro". Para ello se sirvió especialmente de los términos que aparecen en la denuncia de Amparo Coronado de Alarcón, quien al día siguiente, o sea el 24 de mayo de 1954, dijo ante el Alcalde del Municipio de Duitama:

"Yo vivo en una casa... en el sitio denominado San Pedro, como a unos dos kilos (sic) de distancia del centro de esta ciudad. Allí también vivía mi esposo Ulpiano Alarcón... En el día de ayer, como a eso de las doce y media, mi esposo me mandó al centro a llevar unas panelas y él se quedó componiendo un par de botas...; al pasar por la tienda de Isabel de Acosta...; entré allí a solicitarle me vendiera veinte de cebolla... En el citado lugar se encontraba... un individuo moreno, joven calzado y borracho con una botella de cerveza en la mano... decía que él tenía un cuchillo para sembrárselo a su suegra... esto lo decía estando vuelto de espaldas a donde yo me encontraba; seguía diciendo esto y volvió la cara, repitiendo que al que le gustara así, y si no que revirara; esto fue ya como diciéndomelo a mí; yo no le hacía caso puesto que no lo conocía, pero al fin se me dirigió con la botella y sin decirle yo palabra me descargó tres botellazos por la cabeza y uno en la mano, rompiendo la botella y causándome las heridas que porgo de presente. Al verme sangrada yo no hice más sino decirle, por qué me pega señor, y me retiré, pero éste empuñó un cuchillo... que tenía dentro del saco: esto hizo que yo me apresurara a salir... Llegamos... hasta la casa e informé a mi marido...: él se puso las botas que estaba remontando y se bajó... a dar la queja a la autoridad".

Los dos kilómetros de distancia que hay entre la casa de los esposos Alarcón y la tienda de Isabel Poveda, en Duitama, debió recorrerlos, como es de suponerse, bastante aprisa el marido de la lesionada, porque la dueña de la abacería dice que "a otro rato" pasaba Ulpiano Alarcón y al ser invitado por Santiago de Jesús Becerra —que se encontraba fuera del local— para que siguiera, lo atacó con una garrote de que iba provisto, trabándose entonces la riña en la que sucumbió, a consecuencia de una lesión abdominal que le causó con un cuchillo el mencionado Becerra.

De allí, pues, que en la parte resolutiva del auto de proceder, al hablar del homicidio cometido por Santiago de Jesús Becerra Valderrama en la persona de Ulpiano Alarcón, se dijera que

ese hecho sucedió "cerca de la tienda de Isabel Poveda, como a eso de las doce y media del día", y que las lesiones ocurrieron en las "circunstancias de tiempo, fecha y lugar a que alude la cuestión anterior".

Las causales aducidas

Alega el abogado recurrente que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad y que se aplicó indebidamente la ley penal, es decir, las causales cuarta y primera del Código de Procedimiento.

Este tema de la nulidad, que ya había sido tratado sin éxito por parte de la defensa ante el Tribunal, lo circunscribe el autor de la demanda a una consideración que aun cuando sencilla en su contenido aparece en lo expuesto con demasiada ampulosidad, en fuerza de repetirla no sólo como motivo primigenio encaminado a sustentar la causal cuarta, sino también para que sus argumentos se extiendan a la primera en cuanto puedan reforzar o constituir de por sí el cargo a la sentencia de haber aplicado erróneamente la ley penal.

La causa de la impugnación en cuanto a la nulidad propiamente dicha estriba en que para el demandante las lesiones ocurrieron en la tienda de Isabel Poveda, "como a las once y media (sic) del veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro", y el homicidio "a la una y media de ese mismo día, en un lugar cercano a dicha tienda". De lo cual deduce él, según su criterio, estas conclusiones: a) que se violó la Ley (ordinal 8º, artículo 198, C. de P. P.); b) que no se obedeció el precepto del artículo 200 ibidem, que ordena "declarar la nulidad que se alegue y pruebe"; y c) que por no haberlo hecho así, se incurrió en el error de condenar a Santiago de Jesús Becerra por un supuesto concurso de delitos, cuando la "lógica exigía la formación de procesos distintos, comoquiera que los delitos, sucedieron en épocas y lugares diferentes y son de conocimiento de funcionarios judiciales de distinta categoría"

Este mismo argumento lo repite cuando al verse precisado a manifestar en qué consiste la violación de la ley penal (causal primera), sale del paso diciendo que por haberse sancionado "como un solo acto unas lesiones intencionales y un homicidio atenuado".

Concepto del Ministerio Público

En esta oportunidad —y desde luego no es la única— la Procuraduría, por medio de su Delegado Segundo en lo Penal, doctor Miguel Bernal Medina, le ha prestado a la Sala una asistencia tan efectiva, que bien puede calificarse de ejemplar. Por el orden en que él estudia las cuestiones que tienen en la demanda algún valor; por la claridad de la exposición; y por el ponderado criterio jurídico de los temas propuestos, su concepto es no sólo valioso sino que exime a la Corte de abundar en una materia ya agotada por el representante del Ministerio Público, quien solicita que no se invalide la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

"Todos los cargos puntualizados —dice el señor Procurador— para sustentar la causal cuarta invocada, convergen en último término al mismo argumento repetido bajo diferentes aspectos, de que se condenó por los delitos cometidos en diferentes lugares y horas, como si hubieran sido ejecutados al mismo tiempo en idéntico sitio. Pero de acuerdo con la relación precisa que se ha dejado expuesta, aparece la plena identificación de tales extremos en una forma inequívoca, con los requisitos exigidos por la técnica procedimental, de tal modo que no existe fundamento serio para sostener la causal de nulidad contemplada en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal... En el caso de autos se encuentran plenamente identificados tanto el sitio como el lapso claramente circunscrito en la expresión "como a eso de las doce y media del día 23 de mayo de 1954", o "en las horas del medio día del 23 de mayo de 1954", complementada con la aclaración de "cerca de la tienda de Isabel de Acosta". Por tanto nada sería tan forzado como sostener de acuerdo con los datos de autos, que exista alguna vacilación al respecto, o que el delito o los delitos, quedaron sin la especificación requeridas, tanto para el llamamiento a responder en juicio criminal, como para proferir el fallo condenatorio, habida consideración de los demás elementos indispensables tanto para la objetividad como para la responsabilidad penal consiguiente, deducidas de las pruebas respectivas".

Esto, en cuanto a la causal cuarta. Lo alegado para darle validez a la primera viene refutado en la Vista de la Procuraduría, como se verá a continuación:

"Los artículos 50 y 54 del Código de Procedimiento Penal, reglamentan en forma tan precisa la acumulación de competencias y la conexidad, que en realidad en el proceso que se viene estudiando, no se presenta al respecto la menor duda, acerca de la jurisdicción y competencia que correspondían al Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo para conocer y fallar tanto el delito de homicidio como el de lesiones personales, cometidos por Santiago de J. Becerra, en las circunstancias de tiempo y lugar, especificadas en el auto de llamamiento a juicio... El otro cargo se refiere al sentido erróneo de la acumulación material para efectos de graduación de la pena; o en otros términos, a los diversos aspectos del concurso de delitos consagrado en el artículo 33 del C. P., por cuanto en la sentencia impugnada fue preciso tener en cuenta tal disposición para efectos de la justipreciación de la pena en frente de los delitos (homicidio y lesiones) que se juzgaban en el mismo proceso... Olvida de este modo el distinguido recurrente, tanto las fórmulas propias del juicio, con la especificación explícita de los cuestionarios sometidos al jurado de conciencia para cada una de las infracciones ya analizadas, como el procedimiento práctico y jurídico a la vez que se debe adoptar al justipreciar la pena, conforme a las reglas clarísimas del concurso material de delitos, sobre la base —como es obvio— de la indicación precisa del mínimo correspondiente a la infracción más grave y el recargo proveniente de la acumulación supraindicada, conforme a los artículos respectivos del Código Penal, citados expresamente en el fallo impugnado... El señor apoderado hace girar todos sus argumentos sobre el eje central de que a pesar de haber invocado oportunamente la nulidad en lo referente a la regla del numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P., sin embargo no se decretó en ninguna de las dos instancias, violando de este modo los artículos 200 y 201 ibídem, e infringiendo igualmente el artículo 203 del C. de P. P., por cuanto se carecía de la demostración de que el sindicado fuera responsable de la infracción... Cabe replicar a toda esa serie de sutiles distinciones sobre el mismo punto central de la época y lugar en que se cometieron los delitos por los cuales se llamó a responder en juicio a Becerra y luego se le condenó, que la especificación contenida en el auto de proceder, no presenta el menor equívoco, como se demostró al recordar las partes motiva y resolutiva; que deja identificadas las circunstancias de tiempo y lugar de cada una de las infracciones, al igual que los cuestionarios sometidos al jurado: y que las relaciones de hechos de las diversas providencias y de la audiencia pública, hasta culminar en el fallo de primer grado, vienen a especificar con la precisión requerida, las infracciones y sus modalidades;... En tal fallo se recuerda la jurisprudencia terminante de la Corte sobre "época" y su distinción con el momento o instante preciso en que se haya consumado una infracción, así como el sentido de la nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P. y el verdadero alcance de la identificación del delito sobre tales particulares.

"Resta añadir que el cargo fundamental de la demanda en cuanto sostiene que se condenó a Becerra sin ser responsable de las infracciones referidas, queda sin la menor demostración; fuera de la alusión vaga a la nulidad sobre que gira toda la argumentación al impugnarla, por lo cual no puede prosperar ninguno de las causales enunciadas, al sustentar la casación contra la sentencia que debe permanecer firme".

Consideraciones finales

La Ley (ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P.) establece como causas de nulidad en los procesos penales cierta clase de errores susceptibles de crear graves incertidumbres que pueden desquiciar las bases del procesamiento. Y es ésta la razón de las siguientes exigencias, corrección denominación jurídica del delito, para que pueda ejercitarse una defensa adecuada; individualización del infractor, para evitar una injusticia; y señalamiento de la "época" y del "lugar", con el fin de prevenir toda posibilidad de confusión. Por consiguiente, el error tiene que ser, como ya se dijo, de tal naturaleza cuando se refiere a la persona del delincuente o al lugar y época en que se cometió la infracción, que conduzca a la perplejidad o al desconcierto. Así, cuando el sindicado usa diversos nombres y apellidos, debe designársele por todos ellos, sin que esto quiera decir que se está juzgando a varias personas por un hecho que no pudo ejecutar sino uno solo. Y cuando el ilícito empezó a realizarse en un determinado momento y tuvo su consumación horas más tarde, o principió en un día y terminó en el siguiente, no cabría alegar error alguno fundándose quien tal reclamara en que al referirse a ese hecho se abarcó el espacio transcurrido entre la iniciación y el final del acontecimiento. Razones

análogas existen en cuanto hace a la indicación del lugar, tomado en la ley como equivalente a sitio o paraje, que puede ser extenso o de reducidas proporciones, sin que haya necesidad de fijarlas con precisión matemática, lo que además de inútil se prestaría, ello sí, a múltiples dificultades.

El ordinal 8º del artículo que ya se citó habla de época y no de horas ni de días. Epoca no es lo mismo que fecha. Hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones— la palabra época traduce un punto histórico desde el cual se empieza a contar los años, o período de tiempo notable para los hechos durante él acaecidos. Fecha, en su acepción más conocida, es lo mismo que data, y es entonces la expresión del día en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso. Debido a esto, y porque no siempre resulta posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro de más extenso significado, más genérico, pues casos hay en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un hecho delictuoso. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo: y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del caso.

No cabe sinonimia —ha dicho la Corte— entre la palabra día y la voz época. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte: con la palabra época puede expresarse una temporada de considerable duración.

Aclarados estos conceptos, que de por sí resuelven el punto debatido, conviene, sin embargo, recordar que a Santiago de Jesús Becerra se le llamó a responder en juicio criminal por homicidio cometido en la persona de Ulpiano Alarcón, "según hechos que tuvieron ocurrencia en la ciudad de Duitama, cerca de la tienda de Isabel de Poveda, como a eso de las doce y media del día veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro" y por lesiones en la persona de "Amparo Coronado v. de Alarcón, según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, fecha y lugar a que alude la cuestión anterior". De modo que no sólo se indicó la época sino hasta la fecha y la hora, lo que en verdad sobraba. Al primer delito (lesiones), indiscutiblemente vinculado al segundo, como que éste fue una consecuencia de aquél, sucedió el otro (homicidio), con la diferencia de tiempo empleada en recorrer —y no con lentitud probablemente, por parte de Amparo y Ulpiano— la distancia que hay entre la casa de éste y la tienda de la Poveda.

Toda la inconformidad del demandante con el fallo consiste en que no se dijo que el homicidio sucedió un poco más tarde o unas horas después de las lesiones y que éstas ocurrieron dentro de la tienda de la Poveda, mientras que el delito contra la vida se perpetró cerca a esa especiería, lo que también, según las exigencias del autor de la demanda, podría ser objetable, si se atiende a que así quedaría sin precisarse la hora y el sitio o parte de la tienda en que ocurrieron las lesiones. Pero esta falta de rigor en la expresión no se tradujo en menoscabo del procedimiento, ni contrarió la verdad en forma apreciable, ni colocó al procesado en situación de dificultarle la defensa, como si se le hubiera hecho un cargo indefinido e imprevisto.

Luego no es aceptable la crítica basada en simples detalles incapaces de crear un problema del cual aparezca que no se hizo justicia y que deba anularse el juicio mediante el cual se aplicó. Lo importante es no incurrir en un yerro que conduzca a una confusión indescifrable, o en que resulten vagos u oscuros los presupuestos procesales. Y este defecto, que el señor Procurador desecha en el estudio que con amplia generosidad hizo de las impugnaciones que contiene la demanda, no puede ciertamente atribuírse al proceso seguido en averiguación de los delitos de que se declaró responsable a Santiago de Jesús Becerra Valderrama, en el cual quedó identificado el autor, denominada la infracción y señalada, sin riesgo de duda, la época y el sitio en que ejecutó los delitos por los cuales se le sancionó y fue juzgado, de acuerdo con elementales principios sobre la materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

La Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— no tiene jurisdicción y competencia para conocer de los procesos que se adelantan de conformidad con el Decreto número 750 de 1940 sobre quiebras: esa competencia es del Juez Civil y sus Superiores Jerárquicos.

La facultad de administrar justicia —sobre nacionales y extranjeros— de acuerdo con la Constitución y las Leyes de la República, y el ejercicio concreto de esa atribución por los Jueces y Magistrados en un negocio determinado, presupone, necesariamente, los atributos de jurisdicción y competencia; la primera, corresponde a una manifestación de la soberanía nacional, pues con ella se trata de aplicar la ley en el orden civil o penal; la segunda, como una función especial y determinada en orden a actualizar las disposiciones legales en cada caso concreto, o sea que la competencia es "la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales".

Las leyes que reglamentan la jurisdicción y competencia son de orden público; tienen un imperio absoluto de carácter inmediato y obligatorio; por regla general, son de interpretación restrictiva y de literal observancia, que rechazan de por sí cualquier interpretación analógica e impiden el arbitrio judicial que puede permitir a los falladores el ejercicio de una atribución que la ley expresamente no les ha señalado. La competencia no puede estar sino regida por la ley, y tanto ésta como la jurisdicción, tienen su fuente principal en ella.

El artículo 78 del mencionado Decreto dice: "El Juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar". Es decir, la ley lo reviste de jurisdicción y competencia para conocer no sólo del negocio civil o comercial proveniente de la cesación en el pago corriente de sus obligaciones, sino de la acción penal que pudiera derivarse de la declaración de quiebra. Restableció el conocimiento promiscuo de acciones civiles y penales, y suprimió— para este caso— la facultad de los Jueces Penales para conocer exclusivamente de las acciones provenientes de los delitos (artículo 35 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla — Sala Civil remite a la Corte las diligencias que sobre declaración de quiebra se adelantan contra el doctor **Emilio Loewy**, para que esta Entidad en función del artículo 74 del C. de P. P. resuelva sobre el mérito del impedimento manifestado por el doctor Raúl Jurado.

Antecedentes

El Fiscal 1º del Tribunal, con base en la información del doctor Guillermo Rivero Angel, Visitador de la Procuraduría, solicita al Magistrado doctor Luis Eduardo Nieto Arteta "y a los demás miembros que integran la Sala, que se declaren impedidos para seguir conociendo del proceso en el que hablo, por las razones de que antes de proferir la Sala el fallo que tiene a su estudio, es conocido su pensamiento y la forma en que ha de resolver la Sala, razón por la cual están los señores Magistrados incursos en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P.".

El doctor Nieto Arteta, en auto de veinte de marzo del presente año, se declara impedido y en consecuencia ordena pasar el negocio al Magistrado que le sigue en turno, para su calificación. La Sala Dual en providencia de cinco de

abril de mil novecientos cincuenta y seis, acepta el impedimento y ordena pasar el negocio al Magistrado que le sigue en turno.

Posteriormente, en auto de treinta de abril, se dispone poner en conocimiento de los Magistrados Raúl Jurado y Luis Fernando Vives la solicitud del Fiscal 1º del Tribunal "para que manifiesten su conformidad o reparos" sobre los motivos del impedimento. El doctor Jurado en providencia de mayo siete, después de transcribir los hechos relacionados por el Visitador de la Procuraduría, expresa:

"...Ninguno de los cargos formulados por el señor Visitador, tiene en el expediente la adecuada comprobación. Son simples afirmaciones sin respaldo probatorio de ninguna clase. Sin embargo, sobre ellos se ha estructurado una recusación a funcionarios que debe presumirse que son honestos. Pero con los funcionarios judiciales se da la rara paradoja de presumirlos culpables.

"La Sala estaba ocupada en el estudio del proyecto presentado por el H. Magistrado doctor Nieto Arteta cuando se inició la visita del doctor Rivero Angel. Eran muchos los puntos jurídicos planteados y la Sala no sabía todavía en qué sentido iría a pronunciarse. Por eso no resulta exacto decir que ya se conocía en la ciudad cómo iba a fallar el Tribunal en el caso Loewy.

"Pero, como ya se dijo antes, ninguno de los hechos a que se refiere el doctor Rivero, tienen incidencia en el proceso, en la hipótesis de que fueran ciertos. La conducta de los Abogados es independiente de la de los Jueces, y si el señor Loewy, habla por ejemplo, 'del costo de su pleito por razón de las erogaciones cuantiosas que ha tenido que hacer en busca del precio de la venalidad de los funcionarios y estima que en nuestro país, ese precio es altamente factible', lo natural es que el Ministerio Público adelante la correspondiente investigación; pero no que acepte esa malévola sugerencia en una visita destinada a fundamentar una recusación. Análogo comentario merecen las demás aseveraciones consignadas en el informe rendido por el señor Visitador.

"Al H. Magistrado doctor Nieto Arteta la vida le deparó la oportunidad de aceptar la invitación a declararse impedido. La Sala Dual formada por el H. Magistrado doctor Vives y por el suscrito, aceptó el impedimento por 'elementales razones de delicadeza personal'.

"Por esas mismas razones, el suscrito Magistrado acepta también la invitación del señor Fiscal del Tribunal, por lo cual se declara impedido para seguir conociendo de este negocio".

El Tribunal —Sala Dual— en providencia de quince de mayo del presente año, dice:

"...La Sala estima que son suficientes las razones que da el propio doctor Jurado en su proveído, para disentir de él en cuanto a su declaración de impedimento. Porque la 'delicadeza personal' no está contemplada en el Código como causal de impedimento. Las causales de impedimento son taxativas. Ellas están consagradas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

"Por otra parte, la invitación a un funcionario a que se declare impedido no está consagrada en la ley, como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia; y si se tiene como recusación el escrito del señor Fiscal, ésta no se ha comprobado como bien lo manifiesta el doctor Jurado en su providencia con la cual está de acuerdo en un todo esta Sala como se ha dicho.

"Finalmente la Sala considera muy conveniente para los intereses de la justicia conocer el concepto que le merezca a la Honorable Corte Suprema de Justicia la actuación llevada a efecto en este incidente. Es a esa alta corporación a la que toca decidir en definitiva si el Magistrado doctor Jurado y como consecuencia el que le sigue en turno, deben seguir o no conociendo del presente negocio.

"Por las razones expuestas, esta Sala Dual resuelve:

"No es el caso de aceptar el impedimento manifestado por el Honorable Magistrado doctor Raúl Jurado: en consecuencia, no se le declara separado del presente negocio.

"De conformidad con el artículo 74 del C. de P. P. envíese el expediente a la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, para los fines de la citada disposición legal".

Se considera:

La facultad de administrar justicia —sobre nacionales y extranjeros— de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, y el ejercicio concreto de esa atribución por los Jueces y Magistrados en un negocio determinado, presupone, necesariamente, los atributos de jurisdicción y competencia; la primera, corresponde a una manifestación de la soberanía nacional, pues con ella se trata de aplicar la ley en el orden civil o penal; la segunda, como una función especial y de-

terminada en orden a actualizar las disposiciones legales en cada caso concreto, o sea que la competencia es "la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales"

Las leyes que reglamentan la jurisdicción y competencia son de orden público; tienen un imperio absoluto de carácter inmediato y obligatorio; por regla general, son de interpretación restrictiva y de literal observancia, que rechazan de por sí cualquier interpretación analógica e impiden el arbitrio judicial que puede permitir a los falladores el ejercicio de una atribución que la ley expresamente no les ha señalado. La competencia no puede estar sino regida por la ley, y tanto ésta como la jurisdicción, tiene su fuente principal en ella.

Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, dice el artículo 26 de la Constitución Nacional, y las normas que reglamentan la jurisdicción y competencia para conocer y juzgar a "todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones", están contenidas en el Decreto 750 de 1940, que reglamentó íntegramente la materia no sólo en lo que atañe al aspecto civil y comercial, sino también en lo concerniente a la acción penal derivada de la declaración de quiebra.

El artículo 18 del mencionado Decreto dice: "El Juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial para agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar". Es decir, la ley lo reviste de jurisdicción y competencia para conocer no sólo de negocio civil o comercial proveniente de la cesación en el pago corriente de sus obligaciones, sino de la acción penal que pudiera derivarse de la declaración de quiebra. Restableció el conocimiento promiscuo de acciones civiles y penales, y suprimió —para este caso— la facultad de los Jueces penales para conocer exclusivamente de las acciones provenientes de los delitos (artículo 35 del C. de P. P.).

La competencia para conocer de un negocio no la adquieren los funcionarios de la Rama Jurisdiccional por la simple cita que de las disposiciones legales haga el Juez o Magistrado en su respectivo fallo, sino por la atribución que la ley en cada caso concreto le confiere al fallador de instancia o a la Entidad que debe revisar la providencia; y si bien es verdad que tanto los artículos 73 y 74 del C. de P. P., regulan los impedimentos y tramitación para los negocios penales, esas disposiciones sobre todo la segunda de ellas - no sirven para determinar la competencia de la Corte —Sala de Casación Penal— porque ella expresamente fue atribuida por la ley a los funcionarios de la Rama Civil.

En efecto: dentro de las atribuciones conferidas por el Legislador a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— (artículo 42 del C. de P. P.) no se encuentra la facultad para que la Sala Penal conozca de los impedimentos o recusaciones surgidas entre los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal, ni la interpretación lógica del artículo 74 de la obra citada conduce a esa conclusión, porque el inmediato superior que decide de plano y en fallo motivado sobre el impedimento o recusación de los Magistrados, no es la Sala Penal de la Corte sino la Sala de Negocios Generales, mediante procedimiento especial aplicable a estos casos.

El tema sobre jurisdicción y competencia para estos negocios —quiebra— ha sido resuelto por la Sala de Negocios Generales en diversas providencias: y en este juicio al resolver la recusación propuesta por Francisco Sterkel contra el Magistrado Raúl Jurado, expresa:

"En primer lugar no está de sobra advertir que corresponde a la Sala de Negocios Generales de la Corte y no a la Sala de Casación Penal, el despacho de este negocio, porque así resulta de lo que establecen los artículos 42 del Código de Procedimiento Penal y ordinal 3º del artículo 37 de la Ley 105 de 1931". (Auto de 14 de septiembre de 1955).

- -

"En armonía con el artículo 18 del Decreto-Ley número 750 de 1940 sobre QUIEBRAS, 'el Juez de la quiebra —ha dicho la Corte— aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar'.

"Y como el Juez de la quiebra, por la naturaleza misma de las cosas, es un Juez del Ramo Civil, parece fuera de toda duda que precisamente dicho Juez Civil es el que ha de conocer también, según el transcrito artículo 18 del Decreto 750, del aspecto penal o delictuoso que la quiebra pueda presentar (artículos 419 y 420 del Código Penal).

"La unidad de criterio para la calificación del hecho jurídico de la quiebra que tiene efectos civiles de gran trascendencia y, puede tener, a la vez, consecuencias de orden penal; y la necesidad de procurar que no se divida la continencia de la causa, ni se entorpezca demasiado su prosecución, parecen constituir razones suficientes para dar fundamento jurídico al precepto del artículo 18 del Decreto-Ley 750 de 1940, que atribuye al Juez Civil del conocimiento de la quiebra el conocer también de la faz penal que la quiebra igualmente presente". (Pág. 255, Tomo LVIII).

—

"El Código Mercantil —expresa la Corte— atribuía al Juez de Comercio la facultad de declarar el estado de quiebra, y el Judicial vigente atribuye la competencia al Juez del domicilio que tenía el deudor en los últimos días anteriores a la suspensión de pagos. De modo que concuerdan los dos estatutos en considerar como de procedimiento civil esta cuestión de las quiebras.

"Derogado el Título V del Libro 1º del Código de Comercio que reglamentaba esa materia, lo ha venido a sustituir el Decreto número 750 expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias. Pero la competencia, en principio atribuída al Ramo Civil, no la modificó el Decreto-Ley nombrado.

"El Decreto número 750 de abril de 1940 tiene fuerza obligatoria, como que fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias que la ley le otorgó al ejecutivo. Y si tal Decreto considera la detención del quebrado como un incidente del juicio de quiebra, no hay razón para dislocar el procedimiento haciendo intervenir en la primera instancia al Juez del Ramo Civil para dejarle el conocimiento de la segunda instancia al del Ramo Penal.

"Ciertamente que la competencia se determina en las disposiciones que detallan atribuciones de cada autoridad judicial. De suerte que lo que en primera instancia falló el Juez de lo Civil, por atribuirle la ley el conocimiento, ha de ser revisado por el Superior del mismo ramo. Es él quien natural y jurídicamente está llamado a confirmar o enmendar lo que el Juez de su especialidad le manda en apelación o consulta". (G. J. T. LX, pág. 899).

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de conocer del presente negocio, por no tener competencia para ello.

En consecuencia, remítanse las presentes diligencias a la Sala de Negocios Generales.

Cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

SE RESUELVE QUE NO ES EL CASO DE INICIAR UNA INVESTIGACION PUESTO QUE EL HECHO DENUNCIADO NO CONSTITUYE INFRACCION DE LA LEY PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Como el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona considera que algunas aseveraciones hechas por el doctor Miguel Alvarado García, durante la audiencia pública celebrada en el proceso por homicidio contra Crisanto Landínez, constituyen graves cargos para la Corporación en la que él representa al Ministerio Público, resolvió dirigirse a la Corte para que aquí "se proceda a iniciar y a adelantar la investigación penal correspondiente".

Según el Acta de dicha diligencia, el defensor de Landínez, quien manifestó que en el caso de su patrocinado, "se había querido levantar una tempestad en un vaso de agua, nada más que para dar rienda suelta a odios recónditos y a pasiones bajas". luego de aludir a la política como factor que estaba interviniendo perturbadoramente en la administración de justicia, pronunció algunas palabras que fueron resumidas como sigue: "Que esa política había invadido la justicia y había llegado hasta el H. Tribunal Superior de Pamplona como se veía en el caso de Teodoro Contreras y otros por homicidio de Luis Francisco Berbesí, en donde los ofendidos eran liberales y los sindicados conservadores y que por eso se había revocado determinada providencia, y que los términos usados habían sido tan llenos de odio y pasión, que el Magistrado Buenahora había salvado el voto para no aceptar el lenguaje empleado en dicho auto y que de ahí podía decir que el Tribunal (Sala Penal) de común acuerdo con los asesinos había revocado tal providencia con el salvamento de voto del doctor Buenahora".

Conviene aclarar que los dos Magistrados, los doctores Alvaro Luna Gómez y Pedro Antonio Sánchez, integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pamplona, sobre quienes versaron las alusiones, le solicitaron al Fiscal que tomara las "medidas conducentes a la iniciación, seguimiento y culminación de la investigación a que den lugar los cargos formulados por el doctor Miguel Alvarado García. ".

Se dispuso entonces, antes de resolver si procedía o no abrir la investigación, traer las copias de la providencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pamplona contra Teodoro Contreras, y así se hizo.

Corresponde ahora, en vista de ese documento ilustrativo, decidir si los cargos tienen algún asidero para proceder a averiguarlos o si, por el contrario, no dan lugar a abrir el debate investigativo, dando aplicación a la siguiente doctrina de esta Sala:

"...Cuando antes de dictar auto cabeza de proceso vea el funcionario instructor con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la Ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querella, debe rechazarse la acción penal por medio de un auto que exponga las razones por las cuales así se procede".

De la lectura de la providencia de 22 de septiembre de 1954, en la que el Tribunal Superior de Pamplona —con el salvamento de voto del Magistrado, doctor Luis Buenahora - tomó algunas determinaciones respecto de la situación jurídica planteada en el proceso referente a Teodoro Contreras y otros, por delitos contra la vida y contra la integridad personal, se desprende lo siguiente.

1º En las horas de la tarde del 22 de abril de 1953, Luis Francisco Berbesí Coronado fue herido con arma cortante y pesada (machete), señalándose a Teodoro Contreras como autor de esas

lesiones, cuyas consecuencias se ignoran, pues al ofendido no se le reconoció pericialmente;

2º Como a las 8 p. m. de ese mismo día aparecieron muertos —también mediante arma cortante— el mismo Berbesí Coronado y Héctor Higuera Berbesí, sin que se hubiera logrado establecer en forma cierta quién o quiénes ejecutaron estos homicidios;

3º El Juez Superior de Pamplona, en auto de 30 de enero de 1954, al calificar el mérito del sumario, resolvió: a) llamar a responder en juicio criminal a Teodoro Contreras por "homicidio imperfecto" en Luis Francisco Berbesí Coronado; b) sobreseer temporalmente en favor del mismo Teodoro Contreras por homicidio en el mencionado Berbesí y en Héctor Higuera Berbesí; c) sobreseer temporalmente en favor de Gonzalo Galvis y de Pedro Montes, por tales delitos; d) sobreseer temporalmente respecto de Víctor Villamizar, quien también fue interrogado en indagatoria, y, finalmente, negar la libertad a Teodoro Contreras;

4º Apelado este auto, pasó al Tribunal, en el que, con fecha 22 de septiembre de 1954, se desató el recurso así: a) revocando el llamamiento a juicio contra Teodoro Contreras por el "homicidio imperfecto" en la persona de Luis Francisco Berbesí; b) confirmando los sobreseimientos temporales dictados en favor de Teodoro Contreras, Gonzalo Galvis y Pedro Montes "por los cargos que les aparecen por los homicidios en Luis Francisco Berbesí y Héctor Higuera Berbesí"; c) confirmándolo en todo lo demás, menos en la parte en que se niega la libertad a Teodoro Contreras, la cual "se decreta al igual que la de los procesados Gonzalo Galvis y Pedro Montes";

5º El Magistrado, doctor Luis Buenahora, como ya se dijo, salvó su voto. Estimó él que debía "llamarse a juicio por lesiones a Contreras y a Galvis y sobreseer temporalmente a favor del mismo Galvis, de Contreras y de Montes" en cuanto a los homicidios, sobre los cuales debía reabrirse la investigación, "por lo menos para hacer un esfuerzo... en honor de la justicia".

Se considera:

No le concierne a la Sala calificar si es acertado o desacertado el análisis jurídico que precedió a la decisión del Tribunal, ni establecer comparaciones entre sus razonamientos y los del Magistrado disidente, para concluir cuáles de ellos deben prevalecer. Porque aparte de que en el examen de las pruebas cada intérprete manifiesta su personal criterio, en cuanto se trate de apreciar, sin alejarse —claro está— de los principios que regulan la materia, los diversos factores afirmativos y negativos, sería contraindicado que en un caso no sometido a la jurisdicción de la Sala, se pronunciara ella en forma que pudiera coartar la libertad de los funcionarios a quienes corresponde decidirlo en sus propias instancias.

Se ha estudiado, sí, la providencia del Tribunal para saber si de lo en ella resuelto podría deducirse que en los Magistrados que la suscribieron obró algún sentimiento perturbador que los llevara a tomar una determinación contraria a la Ley, expresa o manifiestamente injusta, que es lo que constituye el prevaricato.

Mas ocurre que en ese auto se explica la dificultad en que se halló el Tribunal para admitir la fórmula adoptada por el Juez, o sea, dejar en firme un procesamiento por lesiones —no precisadas pericialmente— en persona que fue muerta algunas horas más tarde.

En extensa disertación se plantea este tropiezo; y si ella está en algún punto equivocada, de allí no puede colegirse que la inspiró un sentimiento extraño a la justicia.

Es cierto que al redactar el auto se usó de un estilo poco acorde con la sobriedad en las palabras que debe presidir las providencias judiciales. Pero como en esa manera de expresarse no se descubre otra cosa que el reflejo de la personalidad del autor, apenas habrá lugar para el consejo. De ese modo se evitará seguramente que el "tono polémico" de que hablaba el Magistrado Buenahora en su salvamento de voto, sea mal interpretado, por no avenirse con la frialdad y severidad del lenguaje, que si a un discurso le hacen ganar poco o aún le restan vivacidad y ardor, en cambio en los fallos de los jueces encuentran su natural asiento.

En consecuencia, como el simple error de juicio, de por sí, no constituye delito, salvo que se demuestre la incorrección moral del funcionario, o que de las actuaciones señaladas como indebidas surja o pueda inferirse ese comportamiento malicioso proveniente de odios o pasiones, de cualquier clase que sean, impropios de un administrador de justicia, que por ello mismo quedaría descalificado para impartirla, lo que aquí ni es patente ni se observa como posible, no es el caso de iniciar una investigación sobre el hecho que dio origen a la denuncia del señor Fiscal del

Tribunal Superior de Pamplona. Así lo resuelve la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

EL HONOR ES EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR LA LEY PENAL AL ERIGIR EN DELITOS LA CALUMNIA Y LA INJURIA. — ESTOS SON SIEMPRE DOLOSOS, NUNCA CULPOSOS.—LA "EXCEPTIO VERITATIS" (PRUEBA DE LA VERDAD DEL HECHO ATRIBUIDO) EQUIVALE A UNA CAUSAL DE JUSTIFICACION QUE EXCLUYE LA ILICITUD DEL ACTO

1.— El Código Penal y el Decreto Legislativo número 3000 de 1954 tutelan el patrimonio moral de las personas por medio de los delitos de calumnia e injuria, cuya objetividad jurídica la constituye el bien del HONOR. Este, para los efectos penales, está amparado en su doble noción de subjetivo y objetivo. Honor subjetivo es el sentimiento de la propia dignidad y del propio decoro, o sea la suma de valores morales que cada uno se atribuye a sí mismo. Este es el honor en su sentido riguroso. Honor objetivo es el buen concepto, la estimación con que cada cual es tenido por las demás que le conocen y le tratan. Es el aprecio en el juicio de los ciudadanos. Se le llama honra, reputación, buen nombre o buena fama, por ser el resultado de la consideración social. La ley defiende, pues, el honor aunque no se haya herido la reputación; y viceversa, defiende la honra, aunque no se haya afectado el propio sentimiento de la dignidad y el decoro.

Por ello es posible que la calumnia y la injuria tengan como sujetos pasivos a los menores, a los enfermos mentales, a las personas jurídicas y a las corporaciones o entidades de derecho público, porque aun cuando pueda ocurrir que, en determinados casos, no sientan individualmente el dolor moral que causan las ofensas, en cambio, éstas los exponen al peligro del descrédito o menosprecio colectivo, que afecta su reputación.

Todavía más: los propios sujetos deshonrados pueden ser víctimas de tales delitos, pues siendo el patrimonio moral de una persona un conjunto de valores ético-sociales (carácter, honradez, integridad, sentido del deber, virtudes, méritos, etc.), nada impide que en el mundo espiritual del individuo coexistan zonas afectivas de notoria deshonestidad y depravación con "zonas honoríficas intactas", y a esta parte sana de la personalidad llega la protección penal. La experiencia cotidiana demuestra que aún los delincuentes más peligrosos y temibles poseen "oasis morales", y así ciertos homicidas, por ejemplo, reaccionan vivísimamente cuando se les tilda de ladrones, o ciertos ladrones sienten su honor ofendido, si se les califica de homicidas.

Muy afinada es al respecto la observación que hace el tratadista Eusebio Gómez. "Las deficiencias morales de un individuo, por graves que sean, no autorizan a los demás a exponerlo sin piedad y sin medida al constante ludibrio. Un hombre carente de virtud o de la corrección necesaria en determinados aspectos de su vida, puede conservar en otros una cierta dignidad. Semejantes oasis morales —así denominados por Manzini con expresión feliz— no pueden ser privados de la protección legal".

2.—La diferencia sustancial entre la calumnia y la injuria radica en la naturaleza de la imputación. En la calumnia, en efecto, debe atribuírse al ofendido un hecho falso concreto y categórico, que sea constitutivo de DELITO, o que tenga carácter deshonroso o inmoral capaz de exponer al sujeto a la animadversión o al desprecio públicos (artículos 333 C. P. y 2º Decreto 3.000 de 1954).

La injuria es más amplia y genérica en la acción objetiva. Consiste en la imputación de estados, cualidades, vicios o defectos que atacan la personalidad moral. Puede decirse que es toda ofensa que no estructura una calumnia (artículos 337 C. P. y 1º Decreto 3000 de 1954).

Esta distinción la fijaron con exactitud los miembros de la Comisión de Reformas Penales como aparece en los Trabajos Pre-

paratorios del Nuevo Código Penal, Tomo II, págs. 78 y 79.

3.—La calumnia y la injuria son tipicamente dolosas, nunca por culpa. La acción subjetiva de la calumnia consiste en el conocimiento de la falsedad que encierra el hecho concreto imputado a la víctima, y en la voluntad de hacerlo aparecer como ejecutado por ésta. El dolo de la injuria está en querer emitir la expresión ultrajante, con la conciencia del poder ofensivo del medio empleado. Por eso, como enseña Carrara, la esencia de la injuria hay que buscarla, no en la corteza de los vocablos, sino en la intención del que los profiere.

4.—La tutela jurídica del honor —subjetivo y objetivo— sufre una restricción con la EXCEPTIO VERITATIS (prueba de la verdad del hecho atribuido), fundada en el culto de la verdad y en el interés social de desenmascarar al deshonesto.

Sin embargo, esta figura ha suscitado problemas y discrepancias, especialmente en lo relativo a la injuria. En efecto, sostienen algunos que, en ningún caso, debe admitirse la prueba de la verdad, porque nadie tiene derecho de atentar contra el patrimonio moral de las personas; para otros, dicha prueba debe aceptarse incondicionalmente, porque el conocer a los indignos y el precaverse contra ellos, resulta benéfico para el bien común; otros niegan la prueba de la verdad como regla general, pero conceden que puede acogerse como excepción en determinados casos; y una última corriente doctrinaria proclama que debe admitirse la prueba como regla, pero negarse únicamente en las imputaciones que se refieren a la vida privada y familiar.

Este último sistema es el que sigue el derecho positivo colombiano, como se desprende de los artículos 335 y 343 del C. P., 48 de de la ley 29 de 1944 y 15 del Decreto Legislativo 3000 de 1954, y de la exposición que aparece en las Actas de los trabajos preparatorios del Código.

Por consiguiente, la prueba de la verdad de un hecho calumnioso desintegra el delito, precisamente porque en la calumnia es esencial la FALSEDAD del hecho concreto imputado; y, en tratándose de la injuria, la EXCEPTIO VERITATIS excluye la ilicitud o antijuridicidad del acto y equivale, en consecuencia, a una causal de justificación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de lo Penal. Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Procede la Corte a calificar el mérito del presente sumario adelantado, en virtud de querella, contra el doctor Bernardo Mejía Rivera por los delitos de calumnia e injuria que se le atribuyen en su carácter de Gobernador del Departamento de Caldas.

Son antecedentes del negocio los siguientes:

1º. En la noche del 24 al 25 de julio de 1951 y en el Club Colombia de la ciudad de Riosucio (Caldas), jugaban a los dados José Gallego D. —Alcalde de ese Municipio— y N. N. El primero de los nombrados perdió dos apuestas de cincuenta pesos cada una, y eso motivó un altercado entre ambos jugadores, que terminó con recíprocos disparos de revólver, sin causarse daño alguno en su integridad corporal.

2º—La Junta Directiva del Club de Colombia, en Resolución número 7 de fecha 25 de julio de 1951, protestó por tan escandaloso suceso que, en su sentir, fue provocado por el Alcalde Gallego D., y, en consecuencia, dispuso cancelar la invitación que le había hecho a ese funcionario para frecuentar dicho centro social, y dar cuenta de ello al señor Gobernador del Departamento, al Ministro de Gobierno y al propio Alcalde sancionado.

3º—El Gobernador —que entonces lo era el doctor Bernardo Mejía Rivera— contestó así el mensaje del Club de Colombia:

"Manizales, julio 27 de 1951. — Teófilo Balár, demás Miembros Junta Directiva Club Colombia. Riosucio (Cdas.)—Soy primero en lamentar bochornoso incidente ese centro social. Gobierno es celoso conducta funcionarios públicos que debe ser siempre ejemplar y está dispuesto a sancionar sus faltas. Estoy allegando informaciones, pues también existe versión totalmente contraria sobre desarrollo suceso. Si debe ser investigada actuación Alcalde, igualmente vémome penosa necesidad esclarecer hechos en ese respetable centro social verifíquense frecuentemente juegos prohi-

bidos como ustedes reconocen y circunstancia tenga acceso a sus salones un individuo de pésimos antecedentes, como N. N., con prontuario judicial y conocidas actividades de matón, quien ha llegado a Riosucio para provocar, desafiar, injuriar funcionarios públicos, diversos ciudadanos. Contiésolos con pena esos hechos: ténganme profunda sorpresa. Ustedes comprenden un centro de esa categoría mal puede convertirse en garito, ni aceptar presencia oscuros perdonavidas, sin que ello determine graves escándalos y menoscabe reputación Club. Motivo reconocimiento sus gallardos socios que tan hospitalarios y gentiles fueron conmigo, obligánme deplorar hayase incurrido en esas dos irregularidades, que no contribuyen propiamente cooperar en campaña por concordia, seguridad, mutuo respeto y acatamiento leyes en que hállase empeñado Gobierno. — Atento saludo (Ido.), Bernardo Mejía Rivera, Gobernador"; y

4º—Con base en la anterior comunicación, publicada en "La Patria" de Manizales y en hojas volantes, el señor N. N. promovió querella contra el Gobernador Mejía Rivera, por los delitos de calumnia e injuria, pero sin precisar en qué consisten la una y la otra. A ambas infracciones se refiere conjuntamente, así:

"Los términos de ese comunicado son altamente lesivos de mi honra, de mi honorabilidad y delicadeza personales; comprometen el buen nombre de mi familia y el mío propio, ante la sociedad de esa población, del Departamento y del país.

"En el mensaje telegráfico a que aludo, se me imputa una condición deshonrosa y una calidad degradante, tal como la de afirmar con la responsabilidad que se presume en un Gobernador, que soy un hombre de pasado judicial, un "Perdonavidas" y un ciudadano de sospechosos procederes y de no recomendable conducta social.

"...Los vocablos empleados por el funcionario citado, señor doctor Bernardo Mejía Rivera, en contra del suscrito, carecen de fundamento en la verdad: ningún acto de mi vida los respalda, y muy por el contrario, los rectifica y destruye todas mis actuaciones dentro del conglomerado social en donde actúo.

"Con el mensaje del señor Gobernador de Caldas, al Presidente de la Junta Directiva del Club Colombia, se me ha imputado una condición personal que no tengo, falsa; se me ha endilgado una calidad humana deshonrosa y que me coloca ante la sociedad como una persona indigna de la estimación pública y merecedora de animadversión y desprecio".

Para comprobar su buena conducta anterior e intachable comportamiento social, el señor N. N. acompañó a la querella estos documentos:

Un certificado del Jefe del Gabinete Departamental de Identificación y Extranjería de Manizales, según el cual N. N. "no registra antecedentes judiciales ni de policía en este Gabinete". El certificado tiene fecha 8 de agosto de 1951;

Trece declaraciones extrajudiciales sobre honradez y corrección como ciudadano por parte de N. N.: y

Doce declaraciones - también extrajuicio— para demostrar que la contienda ocurrida en el Club Colombia de Riosucio la provocó el Alcalde Gallego, cuyo ataque a mano armada tuvo que repeler legítimamente el querellante, haciendo uso de su revólver.

Tales testimonios fueron ratificados en el curso de la investigación.

Recibida indagatoria al ex-Gobernador Mejía Rivera, éste aceptó la autenticidad del telegrama tachado de calumnioso e injurioso. Explicó que tuvo conocimiento de que el señor N. N. venía observando en la ciudad de Riosucio "una conducta antisocial que culminó con el incidente que tuvo con el señor Alcalde de entonces"; que, por informes de las autoridades y aseveraciones de personas de todo crédito, supo, en su condición de gobernante, de los antecedentes de N. N. y de los hechos que venía ejecutando, y por eso escribió aquel documento; y que, por lo tanto, no se trata de una mera apreciación suya sobre dicho señor, "sino del concepto de numerosos ciudadanos que han comparecido ante las autoridades, algunos de ellos, a declarar lo que aparece del texto de mi mensaje en referencia con el señor N. N."

Al efecto, durante la indagatoria, presentó el doctor Mejía Rivera una documentación consistente en numerosos testimonios extrajuicio, que fueron ratificados: un certificado del Alcalde Municipal de Anserma y su Secretario; un informe del Secretario del Juzgado Penal del Circuito del mismo lugar; otro informe de la Secretaría del Juzgado Municipal de allí; y un certificado del Director de la Cárcel de Anserma.

De estas pruebas aparece:

a) Que el señor N. N. es de reconocida mala conducta en la ciudad de Riosucio, ya que se ha dedicado a hostilizar a los ciudadanos, amenazando a varias personas con revólver en mano,

entre ellas, al Secretario de la Alcaldía, por lo cual se ha constituído "en un problema para las autoridades del Municipio". (Declaraciones de Ricardo Salazar, Carlos Botilla, Antonio López, Carlos Taborda y Carlos E. Calvo);

b) Que N. N. fue el autor de las lesiones personales causadas, sin justo motivo, a Darío Morales, Eduardo Vallejo, Gerardo Marín y Leopoldo Orozco, este último cuando desempeñaba las funciones de Personero Municipal. (Testimonios de Néstor A. Becoya G., Gerardo Marín, Arturo Zuluaga Giraldo, Miguel Velásquez, Nemesio Hoyos, Leopoldo Orozco L., Carlos Herrera, Germán Garrido, Ahsalón Rincón, José Ocampo y Justiniano Hoyos);

c) Que N. N., tiempo después de haber herido a Gerardo Marín, intentó darle muerte en condiciones de indefensión. (Declaraciones del propio Marín, Leopoldo Orozco y Raúl Escobar Castaño);

d) Que contra N. N. cursan varias investigaciones penales ante las autoridades de Anserma, a saber: una por lesiones personales en Aníbal Alvarez; otra por incendio, inundación y otros delitos, en que figura como ofendido Casimiro Peláez; y otra por lesiones personales en Jaime Obando. (Certificados de la Alcaldía y del Juzgado Municipal de Anserma y del Juez Penal de ese Circuito);

e) Que N. N. ingresó, por dos ocasiones, a la cárcel de Anserma. La primera vez por orden del Juez 52 de Instrucción Criminal, y estuvo detenido desde el 12 hasta el 22 de agosto de 1946, como sindicado de asonada y otros delitos; y la segunda vez por orden de la Alcaldía, desde el 17 hasta el 19 de marzo de 1947, como "sospechoso". (Certificado del Director de la Cárcel de Anserma);

f) Que N. N. intentó matar a Antonio Montoya e hizo, además, manifestaciones de que eliminaría a Arturo Zuluaga. (Declaraciones de Leopoldo Orozco y Carlos Herrera);

g) Que N. N. le hizo un disparo al "Loco Botero" en el Parque Robledo de Anserma, porque se estaba riendo de una muchacha. (Declaración de Carlos Herrera);

h) Que N. N. atacó, en la población de Anserma y en altas horas de la noche, la casa de la familia Villa Santacoloma, haciendo varios disparos de revólver sobre las ventanas de la habitación. (Testimonio de Raúl Escobar Castaño);

i) Que N. N. le dio una bofetada al doctor Alberto Peláez y lo amenazó con revólver. (Declaraciones de Carlos Herrera y Gerardo Meso);

j) Que N. N. persiguió, con fines homicidiosos, a una señora casada, amenazándola con darle muerte a su marido, si no accedía a los deseos de aquél. (Declaraciones de Gustavo Castaño Orozco y Miguel Velásquez);

k) Que N. N. cuando era empleado de una empresa de vehículos que prestaban servicios en la carretera de Anserma a Riosucio, solía darse con revólver a los pasajeros de otros carros que no pertenecían a esa empresa para que se bajaran y tomaran los buses que administraba Naranjo. (Declaraciones de Carlos Herrera y Gerardo Meso);

l) Que N. N. se apropió abusivamente una pistola del señor Célimo Orozco, y viendo que éste iba a formular denuncia por ese hecho, N. N. le dio $ 150.00 por el arma —que valía $ 700.00— no habiéndole pagado después el resto del dinero. (Declaraciones de Julián Toro, Célimo Orozco y doctor Bernardo Herrera Orozco); y

ll) Que N. N. es de temperamento belicoso y amigo de las bebidas embriagantes. (Declaraciones de Carlos Herrera, Raúl Escobar, Arturo Zuluaga Giraldo y Miguel Velásquez).

A solicitud del apoderado del doctor Mejía Rivera, se pidió un informe al Gabinete de Identificación y Extranjería de Manizales sobre los antecedentes de N. N. El Secretario informó que en ese Gabinete "se encuentra radicado el señor N N, bajo el número 27859, registrando los siguientes antecedentes: Agosto 21/51. Lesiones personales. Anserma (Caldas). Alcalde Mupal. y Juez Cto. Penal. Agosto 21/51. Incendio y otros. Anserma (Caldas). Alcalde Mupal. y Juez Cto. Penal". Que esos datos los obtuvo el Gabinete en la fecha citada, o sea el 21 de agosto de 1961.

Cerrada la investigación y oído el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, este alto funcionario pide sobreseimiento definitivo en favor del doctor Bernardo Mejía Rivera, por no haber cometido ilícito alguno.

En efecto, considera que el Gobernador no le hizo a N. N. ninguna imputación falsa de un hecho personal concreto que sea constitutivo de delito, ni tampoco que, por su carácter deshonroso o inmoral, sea susceptible de exponerlo a la animadversión o al desprecio públicos, que es lo que estructura la calumnia, según los términos del artículo 333 del Código Penal.

"El mensaje telegráfico del Gobernador Mejía

Rivera —continúa el Procurador— contiene la apreciación de éste y su juicio respecto de informaciones oficiales y particulares que había recibido en su calidad de funcionario público, emitido en el solo interés del Estado y para conservar el orden público como primordial función suya dentro del estado de sitio". Vale decir que el funcionario acusado no tuvo el "ánimo de injuriar o de ofender a determinada persona", sino el de evitar nuevas perturbaciones sociales y prevenir al Club Colombia de Riosucio para que no continuara tolerando juegos prohibidos, ni "aceptando en sus reuniones elementos indeseables".

Observa, además, el representante del Ministerio Público que la prueba presentada por N. N. para abonar su buena conducta anterior, quedó destruída con la que adujo el Gobernador en sentido contrario, y por eso sostuvo en su mensaje "una verdad sabida por él y que estaba en la obligación de comunicarla, dada su función preventiva de Jefe de Policía para evitar males mayores a los que ya se habían consumado".

Se considera:

La Corte, en providencia de fecha 16 de diciembre de 1953, decidió que este negocio era de su competencia, porque del proceso surge claramente que el concepto del doctor Mejía Rivera contra el querellante lo emitió en el ejercicio de su actividad funcional como Gobernador; y cuando los funcionarios públicos gozan de fuero e incurren en delitos que se relacionan íntimamente con actos emanados de su autoridad, en virtud y por causa del ejercicio de sus funciones, deben ser juzgados de acuerdo con el fuero.

Esta doctrina —agrega hoy la Sala— tiene sólido fundamento en los artículos 20 y 151 de la Constitución, 42, ordinal 8º, del Código de Procedimiento Penal y 126 del Código de Régimen Político y Municipal; y ha sido sustentada, uniformemente, en autos de 28 de mayo de 1948 (GACETA números 2060 2061, página 220); 7 de julio de 1950 (GACETA números 2083 2084, página 588); y 28 de abril de 1953 (GACETA número 2127, página 780).

¿Cometió el Gobernador acusado los ilícitos materia de la investigación?

El Código Penal y el Decreto Legislativo número 3.000 de 1954 tutelan el patrimonio moral de las personas por medio de los delitos de calumnia e injuria, cuya objetividad jurídica la constituye el bien del **honor.** Este, para los efectos penales, está amparado en su doble noción de subjetivo y objetivo. Honor subjetivo es el sentimiento de la propia dignidad y del propio decoro, o sea la suma de valores morales que cada uno se atribuye a sí mismo. Este es el honor en su sentido riguroso. Honor objetivo es el buen concepto, la estimación con que cada cual es tenido por los demás que le conocen y le tratan. Es el aprecio en el juicio de los ciudadanos. Se le llama honra, reputación, buen nombre o buena fama, por ser el resultado de la consideración social. La ley defiende, pues, el honor aunque no se haya herido la reputación; y viceversa, defiende la honra, aunque no se haya afectado el propio sentimiento de la dignidad y el decoro.

Por ello es posible que la calumnia y la injuria tengan como sujetos pasivos a los menores, a los enfermos mentales, a las personas jurídicas y a las corporaciones o entidades de derecho público, porque aun cuando pueda ocurrir que, en determinados casos, no sientan individualmente el dolor moral que causan las ofensas, en cambio, éstas los exponen al peligro de descrédito o menosprecio colectivo, que afecta su reputación.

Todavía más: los propios sujetos deshonrados pueden ser víctimas de tales delitos, pues siendo el patrimonio moral de una persona un conjunto de valores ético-sociales (carácter, honradez, integridad, sentido del deber, virtudes, méritos, etc.), nada impide que en el mundo espiritual del individuo coexistan zonas afectivas de notoria deshonestidad y depravación con "zonas honoríficas intactas", y a esta parte sana de la personalidad llega la protección penal. La experiencia cotidiana demuestra que aún los delincuentes más peligrosos y temibles poseen "oasis morales", y así ciertos homicidas, por ejemplo, reaccionan vivísimamente cuando se les tilda de ladrones, o ciertos ladrones sienten su honor ofendido, si se les califica de homicidas.

Muy atinada es al respecto la observación que hace el tratadista Eusebio Gómez. "Las deficiencias morales de un individuo, por graves que sean, no autorizan a los demás a exponerlo sin piedad y sin medida al constante ludibrio. Un hombre carente de virtud o de la corrección necesaria en determinados aspectos de su vida, puede conservar, en otros, una cierta dignidad. Semejantes oasis morales —así denominados por Manzini con expresión feliz— no pueden ser privados de la protección legal. "No es ciertamente difamación —dice este autor— divulgar que una mujer es pupila de un prostíbulo, cuando ello es tan notorio que no requiere la prueba de la verdad; pero si, como a veces ocurre, aquella mujer es

honesta en sus relaciones familiares, sería difamación propalar, por ejemplo, que prostituye a la hija".

"La supuesta falta absoluta de objetividad, por correlativa ausencia total, en ciertos seres, del honor, de la dignidad y del decoro, no es sino una hipótesis, que no tiene, por ventura, confirmación en la realidad".

La diferencia sustancial entre la calumnia y la injuria radica en la naturaleza de la imputación. En la calumnia, en efecto, debe atribuirse al ofendido un hecho falso concreto y categórico, que sea constitutivo de **delito**, o que tenga carácter deshonroso o inmoral capaz de exponer al sujeto a la animadversión o al desprecio públicos. (Artículos 333 C. P. y 2º del Decreto Legislativo número 3.000 de 1954).

La injuria es más amplia y genérica en la acción objetiva. Consiste en la imputación de estados, cualidades, vicios o defectos que atacan la personalidad moral. Puede decirse que es toda ofensa que no estructura una calumnia. (Artículos 337 C. P. y 1º del Decreto 3.000 de 1954).

Esta distinción la fijaron con exactitud los miembros de la Comisión de Reformas Penales, así:

"De dos maneras se puede denigrar a un ciudadano y alcanzarle desprestigio o pérdida en su reputación y patrimonio moral: calificándolo en forma despreciativa y ultrajante, por medio de palabras, sugestiones o alusiones, cuyo alcance produce por sí mismo el resultado deshonroso, **pero de una manera vaga y genérica: o señalándole concretamente** al desprecio público a virtud de la imputación de un **hecho preciso**, cuya comisión degrade y envilezca, atrayendo la **reprobación** social .. Decirle francamente o de manera indirecta, ladrón, asesino, abyecto, indigno, a un individuo, es cosa que indudablemente le lesiona y perjudica, y que atrae sobre él la curiosidad y la malevolencia públicas, inclinando los ánimos a recortarle o disminuirle la estima que antes le tenían. Pero acusarlo positivamente de un asesinato determinado, del robo verificado en tal banco, de un acto indecoroso preciso, es cosa que produce quebranto irreparable y pérdida clara de la estimación ajena, a menos que se produzca un total desvanecimiento de los hechos formulados...

"**Imputar hechos falsos concretos**, a sabiendas de que son falsos, **es calumniar. Hacer imputaciones o afirmaciones deshonrosas indeterminadas**, o enrostrar a un individuo sus condiciones de inferioridad física o las culpas de sus miembros de familia, aunque sean ciertas, **es injuriar**". (Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. Tomo II, páginas 78 y 79).

La calumnia y la injuria son típicamente dolosas, nunca por culpa. La acción subjetiva de la calumnia consiste en el conocimiento de la falsedad que encierra el hecho concreto imputado a la víctima, y en la voluntad de hacerlo aparecer como ejecutado por ésta. El dolo de la injuria está en querer y emitir la expresión ultrajante, con la conciencia del poder ofensivo del medio empleado. Por eso, como enseña Carrara, la esencia de la injuria hay que buscarla, no en la corteza de los vocablos, sino en la intención del que los profiere.

En el caso **sub judice**, el mensaje del Gobernador califica a N. N. como "individuo de pésimos antecedentes, con prontuario judicial y conocidas actividades de matón, quien ha llegado a Riosucio para provocar, desafiar, injuriar funcionarios públicos, diversos ciudadanos". Lo moteja, además, con la expresión de "oscuro perdonavidas".

Como se ve, los vocablos allí empleados atribuyen al ofendido cualidades o situaciones que hieren su dignidad y su reputación, pero sin concretar hechos precisos y determinados. Realmente, no especifican aquellas afirmaciones los actos que constituyen los pésimos antecedentes de N. N.; tampoco dicen en qué oficina se halla el prontuario judicial, ni cuáles reseñas delictuosas contiene; omiten igualmente las actividades circunstanciadas de parte de N. N. para poderlo denominar "matón" y "oscuro perdonavidas"; ni, en fin, indican el nombre de los funcionarios públicos y de los particulares a quienes iba a "provocar, desafiar, injuriar" en la ciudad de Riosucio. Todas estas alusiones son genéricas, y por lo mismo, excluyen la calumnia. Encajarían propiamente en el delito de injuria.

Pero ocurre que el doctor Mejía Rivera logró demostrar la verdad de las imputaciones lanzadas contra N. N., y entonces se configura aquí lo que los prácticos llamaron la **exceptio veritatis** (prueba de la verdad del hecho atribuido), que exonera de responsabilidad penal.

La tutela jurídica del honor —subjetivo y objetivo— sufre una restricción con la **exceptio veritatis**, fundada en el culto de la verdad y en el interés social de desenmascarar al deshonesto.

Sin embargo, esta figura ha suscitado problemas y discrepancias, especialmente en lo relativo a la injuria. En efecto, sostienen algunos que, en

ningún caso, debe admitirse la prueba de la verdad, porque nadie tiene derecho de atentar contra el patrimonio moral de las personas; para otros, dicha prueba debe aceptarse incondicionalmente, porque el conocer a los indignos y el precaverse contra ellos, resulta benéfico para el bien común; otros niegan la prueba de la verdad como regla general, pero conceden que puede acogerse como excepción en determinados casos; y una última corriente doctrinaria proclama que debe admitirse la prueba como regla, pero negarse únicamente en las imputaciones que se refieren a la vida privada y familiar.

Este último sistema es el que sigue el derecho positivo colombiano, como se desprende claramente de los artículos 335 y 343 del Código Penal, 43 de la Ley 29 de 1944 y 15 del Decreto Legislativo número 3.000 de 1954, y de la exposición que aparece en las Actas de los trabajos preparatorios del Código.

El artículo 15 del citado Decreto Legislativo, concebido con más técnica que el artículo 335 del estatuto represivo, dice:

"Quedará exento de responsabilidad el sindicado de injuria o calumnia que probare la exactitud de las imputaciones que haya hecho.

"Sin embargo, en ningún proceso por calumnia o injuria se admitirá la prueba:

"1º — Sobre la imputación de cualquier hecho que hubiere sido materia de absolución o sobreseimiento definitivos en Colombia o en el extranjero.

"2º — Sobre la existencia de hechos que se refieren a la vida conyugal o de familia, o a un delito contra las buenas costumbres, cuya investigación depende de la iniciativa privada, o a un delito contra la libertad y el honor sexuales, o, en general, cuando aluda a la vida privada de las personas.

"En los demás casos, si el sindicado no demostrare en el proceso la exactitud de la imputación, ésta se considerará falsa".

Por consiguiente, la prueba de la verdad de un hecho calumnioso desintegra el delito, precisamente porque en la calumnia es esencial la falsedad del hecho concreto imputado; y, en tratándose de la injuria, la exceptio veritatis excluye la ilicitud o antijuridicidad del acto y equivale, en consecuencia, a una causal de justificación.

De las múltiples pruebas acompañadas por el doctor Mejía Rivera, resulta que las imputaciones que le hizo a N. N. no fueron gratuitas, sino ajustadas a los informes recibidos por el exGobernador sobre el mal comportamiento del denunciante. De ese haz probatorio resulta, efectivamente, que dicho señor sí cometió una serie de actos antisociales que motivaron, algunos de ellos, la iniciación de procesos; la detención preventiva de N. N. en la Cárcel de Anserma; y la existencia de un prontuario en la Policía de Caldas. Aparece también que N. N. es pendenciero y peligroso. Por lo cual, los fuertes calificativos con que el funcionario acusado aludió a la personalidad de N. N. en el mensaje telegráfico estudiado, se dieron a hechos verdaderos.

De otra parte, hay que destacar que el Gobernador actuaba en esa ocasión en difíciles circunstancias de turbación del orden público y que lo ocurrido en el Club Colombia de Riosucio se refería, precisamente, a actos de violencia cumplidos en una región afectada por la anormalidad. De ahí que los términos del telegrama estuvieran concebidos en forma enérgica para condenar el suceso y prevenir futuros males. Todo ello en ejercicio de su alta y grave función, de conservar y restablecer la paz pública en el territorio de su jurisdicción. Con esos fines, invocó el Gobernador la "concordia", la "seguridad", el "mutuo respeto" y el "acatamiento de las leyes en que hállase empeñado el Gobierno", como se lee en el documento tantas veces mencionado.

La conducta del mandatario administrativo tuvo, pues, la apariencia, pero no la sustancia de un delito contra el patrimonio moral del señor N. N. Y así las cosas, se está en el caso previsto por el artículo 437, ordinal 1º, de la Ley 94 de 1938.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde con la solicitud del señor Procurador, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Bernardo Mejía Rivera por los delitos de calumnia e injuria.

Cópiese, notifíquese y archívese el proceso.

Domingo Sarasty M. Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Zafra.

José Amadeo Rey, Secretario.

ABANDONO DEL CARGO. — CASO DE UN FUNCIONARIO QUE SE SEPARA DEL CARGO EN USO DE LICENCIA. —DOLO GENERICO DE LA INFRACCION

La objetividad jurídica de las infracciones que afectan el servicio público se halla en la conveniencia de asegurar la continuidad, la regularidad y el rendimiento de las funciones que la ley señala. Y de ahí que se haya convenido en relacionar el abandono de un determinado cargo con el perjuicio que sufre el trabajo adscrito al empleado que se ausenta, sin cumplir previamente el requisito de solicitar licencia y de esperar a que se posesione el funcionario que ha de reemplazarlo.

El abandono no se conhesta, por lo tanto, con el hecho de haberse obtenido la licencia. Sólo que también hay que atender, como ya se dijo, a si se ocasionó interrupción perjudicial para el servicio. En ésto consiste el dolo genérico de la infracción.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

El 29 de noviembre de 1955, el doctor Hortensio Castro Aluma, quien desempeñaba las funciones de Juez Penal del Circuito de Quibdó, se ausentó de la ciudad para trasladarse a Cartagena, de donde tan sólo regresó el 6 del mes siguiente.

Este hecho dio lugar a que se promoviera —a iniciativa del Tribunal de Quibdó— la investigación que ha sido calificada en auto de 30 de abril del año en curso, con sobreseimiento definitivo en favor del sindicado.

En orden a decidir de la consulta del auto, se hacen las siguientes consideraciones:

1ª — El doctor Castro Aluma obtuvo permiso del Alcalde Municipal de Quibdó para retirarse del Juzgado a su cargo por el término de cinco (5) días;

2ª — Durante ese tiempo no se presentó en su despacho asunto alguno que reclamara inmediata atención;

3ª — El Tribunal, aunque encuentra irregular el procedimiento, sin embargo estima que no constituye delito "por no aparecer comprobado el perjuicio, ni siquiera la queja del público sobre la ausencia del señor Juez";

4ª — La solicitud del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal de que se confirme lo resuelto en primera instancia, viene precedida del siguiente estudio del caso de que se trata:

"Fuera del régimen estatuído para las licencias a los Magistrados de los Tribunales, Jueces Superiores, de Circuito y a los Municipales para separarse del ejercicio de sus funciones, que por indicación del artículo 9º del Código Judicial se ventila como lo dispone el Código Político y Municipal, la ley permite también que se pueda dejar de asistir al Despacho transitoriamente mediante excusa que presente el empleado, sin que sea preciso reemplazarlo.

"El numeral 11 del artículo 53 del Código Judicial autoriza al Presidente de la Corte para 'recibir las excusas que presenten los Magistrados, Secretarios y demás empleados de la Corte, para dejar de asistir al Despacho, y ponerlas en conocimiento del Presidente de la respectiva Sala'. Esta disposición rige también en relación con los dignatarios de los Tribunales, de conformidad con el artículo 88 ibidem.

"En estos casos de breve ausencia del Despacho —excepción hecha de la licencia hasta por cinco días que puede concederse a los Magistrados por motivos de salud 'y siempre que no se retarde por ello la marcha de los asuntos' la ley no determina concretamente los motivos y el término de las excusas. Deja al buen sentido y a la comprensión puramente humana de los dignatarios de estas corporaciones la facultad de apreciar (sic) en cada caso la justicia de la excusa, porque considera que la responsabilidad de estos altos empleados es suficiente garantía para mantener la conveniente disciplina del personal en relación con el buen servicio público.

"Pero así como los Presidentes de la Corte y de los Tribunales gozan de esa facultad en relación

con los Magistrados y los empleados de las respectivas Secretarías de tales corporaciones, según el Código Judicial, debe entenderse que los Jueces también como seres humanos que son, han de gozar de esas prerrogativas, aunque el Código no se refiera a ellos a este respecto; y no por la adecuada analogía que autoriza el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, sino por la interpretación de las disposiciones que expresamente regulan la materia en el Código de Régimen Político y Municipal.

"En esta obra se dispone que los empleados no comprendidos en ninguna de las reglas del artículo 303 (los jueces no están allí) harán su solicitud de Licencia 'ante la autoridad política que ejerza jurisdicción en todo el territorio donde el solicitante desempeña sus funciones, prefiriéndo a la de mayor categoría cuando haya dos o más que llenen esa condición'. Mas en casos urgentes —dice el artículo 304 de la misma obra— en que las circunstancias no permitan que se ocurra ante el empleado a quien debe pedirse la licencia. (La Procuraduría estima que los motivos de las excusas a que se refiere el C. J. caben dentro de estos casos) la concederá la primera autoridad política del lugar, pero solo por el tiempo necesario para que se ocurra al empleado competente'.

"Luego el doctor Hortensio Castro Aluma no se equivocó al solicitar el 'permiso' al Alcalde de Quibdó, primera autoridad política local y, dada la transitoriedad de su ausencia del Juzgado, bien podía hacerlo sin esperar reemplazo, porque no lo hacía con la intención de 'separarse del ejercicio de sus funciones', sino por una 'justa causa' que debió de conocer el Alcalde que concedió la excusa y para lo cual estaba autorizado por el segundo inciso del artículo 298 del Código Político y Municipal, que dice:

"Exceptúase (del principio de que el empleado no puede separarse de su puesto mientras no se posesione el que deba reemplazarlo), el caso en que no sea preciso llenar la falta, o cuando se conceda una licencia con justa causa, pues entonces el agraciado puede hacer uso de ella inmediatamente, aunque no se le reemplace".

La objetividad jurídica de las infracciones que afectan el servicio público se halla en la conveniencia de asegurar la continuidad, la regularidad y el rendimiento de las funciones que la ley señala. Y de ahí que se haya convenido en relacionar el abandono de un determinado cargo con el perjuicio que sufre el trabajo adscrito al empleado que se ausenta, sin cumplir previamente el requisito de solicitar licencia y de esperar a que se posesione el funcionario que ha de reemplazarlo.

El abandono no se configura, por lo tanto, con el hecho de haberse obtenido la licencia. Sólo que también hay que atender, como ya se dijo, a si se ocasionó interrupción perjudicial para el servicio. Lo que no ha ocurrido en el caso que se examina. Hubo sí una inobservancia que afecta la disciplina y la organización judicial, que no podría quedar a la voluntad de los jueces o empleados, puesto que su obligación es someterse a ella. Con todo, en este descuido no se advierte aquel dolo genérico integrante del hecho investigado, para que el abandono pueda considerarse como delictuoso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto de treinta (30) de abril de este año proferido por el Tribunal Superior de Quibdó, en el que sobresee definitivamente en favor del doctor Hortensio Castro Aluma, sindicado de un delito contra la administración pública.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Secretario Encargado.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA CORTE ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS CUANDO NO HA HABIDO OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR PARTE DE LA ADMINISTRACION. — CASO EN QUE EL DAÑO SE HACE CONSISTER EN VARIACION DE UN LINDERO

De los términos de la demanda no aparece el cargo contra la Nación de haber procedido a la ocupación permanente de la propiedad privada, para derivar de ello la indemnización correspondiente. Por la misma razón la parte demandada no contempló ese aspecto en la contestación del libelo, ni la litis se trabó sobre tales bases. La cuestión relativa a la variación del libelo, consistente en ampliación del cauce de la zanja que sirve de tal, no se presenta con el fin de obtener el pago por la ocupación de la zona, sino como un hecho determinante de los daños. No es pues dable a la Sala pronunciarse sobre esas cuestiones para absolver o condenar al demandado ya que no se planteó en este juicio una acción de las que compete decidir a la justicia ordinaria, sino una propia del fuero contencioso administrativo.

Invadiría jurisdicción extraña la Corte si fallara acerca de los daños que no tocan con la ocupación permanente de la propiedad privada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, dos de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Procedente del H. Consejo de Estado ha llegado este juicio a la Corte para que, como consecuencia del fallo de 20 de junio de 1955 proferido por esta corporación, que declaró inexequibles las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, avoque su conocimiento. Empero, del examen del negocio que ha hecho la Sala, llega a la conclusión de que carece de competencia por las razones expresadas en los siguientes puntos:

1º — La Corte declaró inexequible el artículo 269 de la ley 167 de 1941, en su totalidad, y los restantes del Capítulo XXII de la misma ley, "sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA por la administración pública".

2º — La señora Sofía de Valenzuela de Umaña demanda el pago de perjuicios que le ha ocasionado la Nación "a causa de trabajos públicos desarrollados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería en los meses de noviembre y diciembre de 1951 y enero de 1952". Los hechos en que se basa la demanda son éstos:

a) La señora Sofía de Valenzuela de Umaña es propietaria de la hacienda "La Victoria", ubicada en jurisdicción de Mosquera, departamento de Cundinamarca, y tiene por colindante a la Nación, que es propietaria de la hacienda "El Rubí", donde tiene establecido el "Centro de Investigaciones Agrícolas de Clima Frío" o "Estación Experimental de "Tibaytatá", dependiente del Ministerio de Agricultura. b) El lindero que divide los dos predios es un canal o zanja medianera. c) "En los meses de noviembre y diciembre de 1951 y enero de 1952, y con el fin de construir un camellón de defensa en la mencionada granja experimental, la Nación por medio del Ministerio de Agricultura... adelantó unos trabajos de dragado en la zanja medianera... en una extensión aproximada de mil metros". d) "Como conse-

cuencia de los trabajos públicos... fue destruida la pestaña o contrafuerte, en terrenos de La Victoria, que le sirve de apoyo al camellón privado de la misma hacienda, habiéndose profundizado el cauce, en partes hasta en ochenta centímetros y en partes hasta tres metros aproximadamente, y anchado éste en unos ocho metros, también en terrenos de La Victoria, con el consiguiente desplazamiento de todo ese volumen de tierra, de propiedad de mi mandante, hacia los mencionados terrenos de la Nación. e) El daño ocasionado por estos trabajos públicos no sólo consiste en la destrucción de la pestaña o contrafuerte en la extensión, anchura y profundidad anotadas, y en el consiguiente desplazamiento de tierra de propiedad de mi mandante hacia terrenos de El Rubí, sino en el hecho de que con la destrucción de la pestaña, el camellón privado de la hacienda de La Victoria perdió en esa extensión su base de apoyo, quedando así en peligro inminente y constante de deslizamiento hacia el cauce dragado por los agentes del Estado". f) "Desde la época en que se efectuaron los trabajos públicos a que me he referido, el citado camellón privado de La Victoria ha empezado a mostrar grietas, sobre todo cuando hay verano, que mi poderdante ha venido remediando a medida que se presentan, para evitar mayores daños".

3º — De acuerdo con los hechos que acaban de transcribirse, la demandante puntualiza los daños así: destrucción de la pestaña o contrafuerte que sirve de apoyo al camellón de su finca; por el ensanchamiento del cauce, en unos ocho metros, en terrenos de La Victoria; desplazamiento de tierra de su propiedad hacia terrenos de El Rubí; y, peligro inminente de deslizamiento del camellón hacia el cauce dragado.

4º — Las pruebas que la demandante pidió e hizo practicar dentro del término respectivo, tienden a acreditar esos daños. Ellas fueron: una inspección ocular al terreno con asistencia de peritos, y varias declaraciones de testigos.

Para los efectos de la primera prueba formuló un cuestionario a los peritos, cuyos puntos esenciales son del tenor siguiente: "4º Establecer en qué profundidad, anchura y extensión fue dragado por agentes del Estado el cauce o zanja medianera entre las dos fincas; 5º Determinar el volumen de tierra de la finca "La Victoria" removida y trasladada hacia terrenos de la Nación, así como el valor de esa tierra; 6º Establecer si como consecuencia del dragado fue destruida la pestaña o pequeño camellón de apoyo al camino principal de "La Victoria" que bordea el cauce; 7º Si en concepto de los peritos que asistan a la diligencia, la destrucción de la pestaña, en terrenos de "La Victoria" le ha quitado apoyo fundamental al camellón principal de la misma, y qué consecuencias se han producido y pueden seguirse presentando en dicho camellón a causa de la destrucción de la pestaña; 8º Estimación de los perjuicios ocasionados a mi mandante como consecuencia de los trabajos públicos ejecutados por la Nación en la referida propiedad privada". En igual sentido se formuló el interrogatorio para los testigos citados. (fs. 36 a 37).

5º — La relación de los hechos de la demanda que se deja expuesta y la transcripción de la prueba pedida, hacen ver con claridad el fin que se persigue en el presente juicio: la indemnización por daños a la propiedad privada ocasionados con motivo de trabajos públicos. El Ministerio de Agricultura considerando "que era indispensable defender los terrenos de la hacienda "El Rubí" de las constantes inundaciones que allí se presentaban" (informe oficial, folio 27), procedió a efectuar una limpieza del canal o zanja que deslinda ese predio del de "La Victoria"; mas como viera que tal limpieza no era suficiente, procedió a dragar el canal dando por resultado que destruyó la pestaña o contrafuerte correspondiente al camellón de la hacienda particular, y que la tierra extraída, perteneciente a "La Victoria", fue pasada al predio nacional.

6º — Pero también se destaca en el libelo este hecho: que el antiguo cauce de la zanja fue anchado, en unos ocho metros, en terrenos de La Victoria. En la inspección ocular no se pudo establecer tal hecho sino que fue sometido al dictamen de los peritos, y éstos expusieron: "6)- De las escrituras y planos se desprende que el lindero entre dichas fincas era una línea por el centro del vallado que allí existía. PUNTO 4º Nos es imposible determinar con exactitud los datos solicitados en este punto (en qué profundidad, anchura y extensión fue dragada la zanja), por desconocer los perfiles longitudinales y transversales existentes antes de efectuar el dragado". El apoderado de la demandante en su alegato de conclusión expresa sobre el particular lo que sigue: "Los señores peritos determinaron sobre las escrituras y planos y sobre el propio terreno, cuál era la línea divisoria entre las dos fincas. Era, para invocar sus términos, 'el centro del vallado que allí existía'. Si además del evidente y comprobado desplazamiento de tierra hacia terrenos del Rubí, se admitiera que el límite entre las dos fincas no era o no es el que se des-

prende de las escrituras, sino el que se tradujera de trazar una línea por la mitad del cauce, tal como hoy aparece después de los trabajos, habría que concluir que la Nación es hoy propietaria de una franja de por lo menos 6 metros más de lo que antes poseía, lo cual a más de resultar inadmisible, envuelve otro serio perjuicio para mi poderdante, ante la casi imposibilidad futura de establecer el verdadero lindero..." (f. 60 v.). Al estudiar el negocio, la respectiva Sala del Consejo de Estado consideró necesario que los peritos ampliaran y explicaran su dictamen (auto folio 68 vuelto), y éstos en cumplimiento de tal disposición, después de reiterar que el lindero entre las dos fincas era una línea por el centro del vallado que allí existía, expresaron: "...basta apreciar el curso de ese vallado en los dos extremos, cuyo estado enseña que su existencia es de vieja data, para concluir sin esfuerzo que con ocasión y por obra del dragado hecho por la Nación, el lindero entre las dos fincas, en una extensión de mil metros, fue corrido hacia terrenos de La Victoria, con menoscabo del antiguo límite..." (f. 71). Nuevamente el Consejo, en auto visible al folio 73 dispuso: "3º Que determinen (los peritos) con exactitud la extensión superficiaria de esa zona, es decir, de la que pierde la demandante con el cambio de lindero de su finca: y su valor comercial en la fecha en que se iniciaron los trabajos públicos a que se refieren los autos". Y los peritos expusieron: "Al punto 3º ...con motivo del dragado se ocupó una zona de 3.50 metros en terrenos de La Victoria. Ahora bien: de correrse el lindero en la parte correspondiente, según nuestras medidas, la zona desplazable movería el lindero en una extensión de 1,75 metros. La longitud exacta del cauce es de 1.005 metros, de la cual restamos 5 metros, o sea los pequeños márgenes, en los extremos, que no fueron tocados. En consecuencia, multiplicada la anchura de 1.75 m. por los 1.000 de longitud nos da 1.750 metros cuadrados. Su valor, de acuerdo con las circunstancias especiales del caso.. lo estimamos en $ 1.500.00 ...Este perjuicio no lo habíamos considerado por las razones que expusimos en el informe explicativo anterior (letra c. punto 8º), y porque pensamos que el lindero antiguo y real será respetado". Las razones ya expuestas, a que aluden, son éstas: "Nos abstuvimos en el informe inicial de estimar el perjuicio por concepto del cambio de lindero entre las dos fincas, como pudimos fácilmente observarlo en la zona de los trabajos, por creer que ésta es cuestión de otra índole que no es materia de este dictamen técnico de ingeniería, sino de orden legal..." (f. 72 vuelto).

7º — Es fácil advertir que el punto de la variación del lindero no está incluído en los hechos generadores de la acción que se relacionan en el libelo de demanda. Si se menciona allí la ampliación del cauce de la zanja en terrenos de La Victoria, no se hace con el fin de obtener el pago por la ocupación de la zona, sino como un hecho determinante de los daños. Para precisar mejor esta conclusión conviene transcribir nuevamente los hechos pertinentes: "QUINTO. Como consecuencia de los trabajos a que se ha hecho mención, fue destruída la pestaña o contrafuerte, en terrenos de La Victoria, que le sirve de apoyo al camellón principal de la misma hacienda, habiéndose profundizado el cauce, en partes hasta en ochenta centímetros y en partes hasta tres metros aproximadamente, y **anchado éste en unos ocho metros**... con el consiguiente desplazamiento de todo ese volumen de tierra de propiedad de mi mandante, hacia los mencionados terrenos de la Nación. SEXTO. El daño ocasionado por estos trabajos públicos no sólo consiste en la destrucción de la pestaña o contrafuerte en la extensión, **anchura** y profundidad anotadas, y en el consiguiente desplazamiento de tierra de propiedad de mi mandante hacia terrenos de El Rubí, sino en el hecho de que con la destrucción de la pestaña, el camellón privado de la hacienda de La Victoria perdió en esa extensión su base de apoyo..." El dragado del cauce con menoscabo del terreno privado de la demandante en una anchura que los peritos puntualizan en un metro setenta y cinco centímetros, es una realidad. Si la demanda se hubiese encaminado al pago de la zona ocupada por el trabajo, indiscutiblemente correspondería a la justicia ordinaria conocer del pleito, pues lo que determina la competencia de ésta es el hecho de la ocupación, de modo permanente, de una propiedad privada que se incorpora al servicio público. Pero la demandante no endereza sus pretensiones a un reconocimiento de esta clase, por razones que sólo a ella competen, sino que escogió específicamente la indemnización del daño que dice haberle producido la destrucción de la pestaña o contrafuerte del camellón de su hacienda, que quedó por esto debilitado; y además reclama el valor de la tierra desplazada y aprovechada por la Nación.

8º — Sintetizando se tiene: de los términos de la demanda no aparece el cargo contra la Nación

de haber procedido a la ocupación permanente de la propiedad privada, para derivar de ello la indemnización respectiva. Por la misma razón la parte demandada no contempló ese aspecto en la contestación del libelo, ni la litis se trabó sobre tales bases. La cuestión relativa al cambio de lindero fue tratada por vía de hipótesis, tanto en el alegato del demandante como en el trabajo pericial. No es pues dable a la Sala pronunciarse sobre esas cuestiones para absolver o condenar al demandado. Conocida es la doctrina invariable del artículo 471 del Código Judicial relativa a las sentencias: "Siendo la demanda, como lo ha dicho la Corte, pauta obligada del juicio y de la sentencia, no puede prosperar la acción intentada sino con base en los hechos aducidos en el libelo; no puede en el curso del debate cambiarse la situación del mismo o el fundamento de la acción, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en la demanda, aunque los nuevos aparezcan suficientemente comprobados en autos". (Sala de Negocios Generales, febrero 4 de 1949, Tomo LXV pág. 509).

La ocupación de terrenos de la hacienda La Victoria, por obra del dragado, cubre una zona en el cauce de 1.000 metros de longitud por 1,75 de anchura. Ese hecho se halla comprobado en autos. Con todo, la demanda no comprende el pago de ese terreno, avaluado en $ 1.500.00, sino el de otros perjuicios, no consistentes en ocupación permanente de la propiedad de la demandante, estimados por los peritos en $ 18.000.00. No se planteó pues en este juicio una acción de las que compete decidir a la justicia ordinaria, sino una propia del fuero contencioso administrativo. Invadiría jurisdicción extraña la Corte si fallara acerca de los daños que el justiprecio avaluó y que no tocan con la ocupación permanente de la propiedad privada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara que no es competente para fallar el pleito a que estos autos se refieren, y dispone enviar el expediente al Honorable Consejo de Estado para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Bucnahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

CASO EN QUE LA JUSTICIA ORDINARIA ES COMPETENTE PARA CONOCER DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y POR DAÑOS CAUSADOS A LA MISMA

1.—Consagra el artículo 263 del C. C. A. dos acciones: una por ocupación permanente de la propiedad particular, y otra por los daños causados a dicha propiedad. De la primera conoce hoy la justicia ordinaria de conformidad con el fallo sobre inexequibilidad de varios artículos de la Ley 167 de 1941, proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y en atención al Decreto-legislativo 0293 de 15 de febrero del presente año, en vigencia desde el 29 de ese mismo mes: de la segunda conoce la justicia contencioso-administrativa. Más cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquélla se causan éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria.

Queda así definido claramente que los perjuicios de naturaleza diferente a los de la ocupación permanente de la propiedad particular con motivo de trabajos públicos, no corresponde considerarlos a la justicia ordinaria sino a la de lo Contencioso Administrativo.

2.—Indudablemente —como lo sostiene el apoderado de la actora—, la indemnización puede también reclamarse por los "daños que el funcionamiento ulterior de servicio público para el cual se destina la obra pueda causar"; pero, siguiendo la tesis que sobre competencia según la acción ha expuesto la Corte, para que la Sala pudiera decidir ahora acerca de los daños causados por la obra tendría que aparecer demostrado, en primer lugar, que tal obra fue construida por la entidad demandada, y que es de actualidad la acumulación de las dos acciones, es decir la referente a la ocupación con motivo de esa obra y la pertinente a los daños consecuenciales dentro de los dos años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El 20 de octubre de 1953 falló este juicio el Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta, condenando al Municipio de Valledupar a pagar a la señora Leticia Castro de Pupo la suma de $ 2.750.00 como indemnización por la ocupación de dos zonas de terreno correspondientes al predio denominado Santa Elena, y disponiendo que el pago se haga "previo otorgamiento del título respectivo a favor de la Entidad Municipal y previa deducción del 20 % al tenor de lo dispuesto en el artículo 268 de la citada Ley 167 de 1941 (C. C. A.)".

Concedido el recurso de apelación que contra ese fallo interpusieron oportunamente el apoderado de la parte actora y el señor Fiscal, se remitió el negocio al H. Consejo de Estado. Allí se surtieron los trámites legales propios de la segunda instancia, y hallándose el juicio en estado de proferir el fallo de segundo grado fue enviado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta teniendo en cuenta, para ello, la sentencia dictada por la Corte en Sala Plena, sobre inexequibilidad de algunos artículos de la ley antes citada. El Tribunal, en vista de las disposiciones contenidas en el Decreto-legislativo 0293 del presente año, ordenó remitir el proceso a la Sala de Negocios Generales, y como efectivamente su conocimiento corresponde a esta corporación de conformidad con aquellas normas, se pasa a decidir el recurso en referencia.

- I -

La señora Leticia Castro de Pupo, por medio de apoderado, formuló ante el Tribunal Administrativo de Santa Marta el 2 de julio de 1952, demanda contra el municipio de Valledupar "para que —dice textualmente—, por sentencia definitiva se condene al expresado municipio al pago de la suma de **veinticinco mil pesos** ($ 25.000.00) o la que resulte probada en derecho, por concep-

to de indemnización por los perjuicios que le causó a mi poderdante, señora Leticia Pupo, por la ocupación indebida de un lote de terreno de su propiedad y por el daño que le ha causado y le sigue causando por la intercepción de un camino que comunica los potreros de su propiedad y por la construcción de un canal, todo esto ocurrido por causa de la instalación de la planta eléctrica de propiedad de dicho municipio".

En ocho puntos fundamentó la demanda, así:

"1º—Mi poderdante es propietaria del globo de terreno conocido con el nombre de El Rincón de Guatapurí ubicado en el Municipio de Valledupar, con una extensión aproximada de 500 hectáreas y alinderado así: Norte, el punto denominado La Mala Bajada en una extensión de 3.350 metros: Sur, con terreno cercado de Medardo López y Manuel Germán Cuello, en una extensión de 3.350 metros: Este, con Guatapurí, en una extensión de 2.753 metros y por el Oeste, con punto denominado la Falda de Borrego, en una extensión de 2.992 metros.

"2º—El Municipio de Valledupar, por conducto de las Empresas Públicas Municipales, o Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales ha procedido a ocupar un lote de terreno ubicado dentro del globo determinado en el hecho anterior y de propiedad de mi poderdante, con el objeto de instalar allí la planta eléctrica de dicho Municipio.

"3º— La zona ocupada o apropiada indebidamente por el Municipio tiene una extensión de 12 hectáreas 491 metros y está alinderada así: Norte, río Guatapurí mide este lindero 909 metros: Sur, finca Santa Elena de Leticia de Pupo mide 909 metros; Este, finca la Alegría de Roberto Hinojosa mide 120 metros, y Oeste, finca Santa Elena mide 8 metros y medio.

"4º—Para proceder a esta ocupación el Municipio de Valledupar no pidió permiso ni obtuvo en ninguna forma el consentimiento de la persona dueña del terreno, efectuándose por consiguiente una ocupación sin mediar consentimiento de mi poderdante.

"5º—La ocupación de la zona a que me vengo refiriendo comenzó en el mes de agosto de 1951, fecha en que empezaron los trabajos de la planta eléctrica de Valledupar.

"6º—La ocupación de la expresada zona de terreno ha causado a mi poderdante grandes perjuicios materiales consistentes en que se le ha despojado de la propiedad de un valioso terreno del cual sacaba grandes productos, y en que la zona expresada se encuentra entre la casa y los potreros, estableciendo por consiguiente una solución de continuidad entre la finca y los potreros.

"7º—Con la ocupación del terreno expresado, el Municipio ha interceptado a mi poderdante un camino privado que arranca de su hacienda El Rincón de Guatapurí y la comunica con sus potreros situados en la orilla del río Guatapurí, causándole por consiguiente los perjuicios consiguientes.

"8º—El Municipio construyó además un canal que va sobre la parte alta de la finca y las filtraciones llegan a la parte baja de la finca causando perjuicios tan graves que se hace difícil cultivar yuca, plátano y hasta pastos, haciendo imposible aprovechar ochenta hectáreas de la finca que se encuentran totalmente esterilizadas por el agua permanente que proviene de las filtraciones del canal".

En derecho apoyó su acción el demandante en los artículos 262 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y al libelo acompañó copia de la escritura número 207 otorgada en la Notaría del Circuito de Valledupar el 19 de julio de 1949, certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito y un croquis de la zona materia del litigio.

Por auto fechado el 23 del mismo mes de julio de 1952 se admitió la demanda y corrida en traslado al señor Personero Municipal de Valledupar la contestó así:

"Me opongo a la acción promovida y niego el derecho. Los hechos los contesto así:

"**Al primero.** — Es cierto que la señora Leticia Castro de Pupo es dueña titular del predio o finca denominado 'El Rincón' hoy 'Santa Elena', título consistente en una sentencia de prescripción adquisitiva del dominio, sin que de ella aparezca que el terreno prescrito hubiera salido del patrimonio del Estado.

"**Al segundo.**—Es cierto que el Municipio, por conducto de las Empresas Públicas Municipales, ha ocupado un lote de tres hectáreas, en terreno pedregoso e inculto, del predio 'Santa Elena', de la dicha señora de Pupo.

"**Al tercero.** No es cierto que la zona ocupada en el predio de la demandante conste de doce hectáreas, pues son sólo tres, como ya queda dicho, y sus linderos y medidas, con las reducciones de

la capacidad, son los señalados en la demanda.

"**Al cuarto.**—No es cierto que el Municipio procediera a ocupar la zona de las tres hectáreas sin el previo consentimiento de la referida señora de Pupo, dueña de la tierra, pues ella convino en la ocupación señalando la moneda o forma de su pago, como consta de una acta de la Junta Administradora de las Empresas.

"**Al quinto.**—No es cierto.

"**Al sexto.**—No es cierto lo de los grandes perjuicios sufridos por la demandante, pues la zona ocupada es, como ya se dijo, sólo de tres hectáreas de terreno pedregoso, sin cultivo de ninguna clase. Los tales tres hectáreas eran de terreno virgen, del cual no se saba (sic) por su dueña ninguna utilidad. No hay, tampoco, la tal solución de continuidad entre la casa y los potreros.

"**Al séptimo.**—No es cierto que, con la ocupación de las tres hectáreas en referencia, se haya interceptado ningún camino.

"**Al octavo.**—(Agregado a la demanda). No es cierto que el Municipio haya construído canal alguno cuyas filtraciones dañen la propiedad de la demandante. Existe un canal construído hace quince o veinte años por la Nación, cuando por estos pueblos trabajó la Comisión de Aguas del respectivo Ministerio, y ese canal no ha sido cedido por la Nación, en forma alguna, a este Distrito y, por consiguiente, no puede ser él responsable por daños de obras que no son suyas.

"Acompaño a esta contestación los siguientes documentos: copia auténtica del acta de fecha 20 de octubre de mil novecientos cincuenta, de la Junta Administradora de las Empresas Públicas de este Municipio, en la cual aparece que, en esa sesión se dejó resuelto el problema de la ocupación de las tantas veces dichas tres hectáreas de terreno de la señora de Pupo, quien había exigido, como indemnización, el suministro, por parte de las Empresas, de 500 watios mensuales de energía, durante diez años. Esta decisión de la señora demandante obedeció a que el señor Manuel Germán Cuello había cedido gratuitamente al Municipio una hectárea de terreno en esa misma zona, para la instalación de la planta, hectárea de tierra que, con las tres de la señora de Pupo, limitaban la extensión de cuatro hectáreas, que es la totalidad del terreno ocupado para la instalación de la planta.

"Un ejemplar, original, de la resolución de aquella misma fecha, 20 de octubre de 1950, de la propia Junta Administradora, por medio de la cual se autorizó el suministro, a la señora de Pupo, de los 500 watios de energía, como indemnización por el terreno ocupado".

Abierto el juicio a prueba se practicaron las que ambas partes pidieron, y terminado el trámite legal finalizó el a **quo** in primera instancia mediante el fallo de 29 de octubre de 1953, atrás citado.

— II —

Para apreciar mejor todos los aspectos del juicio, y puesto que dentro de la tramitación propia de la segunda instancia no hubo solicitud de pruebas, conviene ver, en primer lugar, las que en el Tribunal se practicaron, para resumir después los fundamentos del fallo pronunciado por dicho Tribunal, así como también las alegaciones presentadas ante el H. Consejo de Estado por el Fiscal de esa corporación y por el apoderado judicial de la parte actora.

Las pruebas del demandante se concretaron: a una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, a la certificación del señor alcalde municipal de Valledupar acerca de la entidad de la cual depende la Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales; a la escritura Nº 207; al certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, y a la recepción de varios testimonios.

El certificado del señor Alcalde de Valledupar expresa: "Que las Empresas Públicas Municipales de esta ciudad constituyen una dependencia del Municipio; que tanto los miembros de la Junta Administradora como el Administrador de dichas empresas son designados por el Consejo Municipal, hoy por la Alcaldía del Distrito, a virtud de que dichos Organismos no están funcionando".

La escritura pública, debidamente registrada, contiene la protocolización de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar el 5 de julio de 1949 cuya parte resolutiva dice: "Declárase a la señora Leticia Castro de Pupo, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, con Tarjeta de Identidad Postal Nº 1147 de Valledupar, dueña única por prescripción extraordinaria de la finca denominada "Santa Elena", situada en este Municipio y dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, el punto denominado "La Mala Bajada"; por el Sur, con terrenos cercados de Modardo López y Manuel Germán Cue-

llo; por el Este, con el río Guatapurí, y por el Oeste, con el punto denominado "La falda de Borrego". SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, se registrará en el libro pertinente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, con el fin de que surta los efectos señalados en el artículo 2.534 del Código Civil..."

El certificado del Registrador acredita que en su fecha (21 de abril de 1952), estaba vigente la inscripción de la citada escritura; y afirma que esa certificación se expedía "previo examen de los libros primero, segundo, duplicados primero y segundo, de causas mortuorias, anotación de hipotecas, inscripción de embargos y demandas civiles en un período mayor de treinta años, contados desde hoy, en forma retroactiva.. "

Los testimonios de Fernando Uhia, Amiro Martínez y Nicolás Bautt afirman que el municipio de Valledupar ha ocupado una zona de terreno perteneciente a la señora Castro de Pupo, para la instalación de una planta hidroeléctrica. Uhia y Bautt dicen que la zona ocupada tiene aproximadamente 12 hectáreas y el mismo Uhia y Martínez sostienen, además, que los trabajos para la planta se iniciaron en 1950.

El acta de la inspección ocular llevada a cabo por el señor Magistrado sustanciador durante los días 18 y 19 de noviembre de 1952 contiene al respecto los siguientes párrafos:

"Después de algún recorrido se llegó a la boca - toma de la acequia que sirve de fuerza para generación de luz de la ciudad. Tanto los peritos como el señor Administrador de las Empresas Públicas estuvieron acordes en que tanto la boca - toma como el canal, recorre el predio Santa Elena de la señora Castro de Pupo. El recorrido desde la boca-toma hasta el lugar donde el Municipio proyecta derivar aguas para la nueva planta, se hizo por los muros de la margen izquierda del canal, y en su recorrido se observó que dicho canal tiene grietas por donde se filtra en partes gran cantidad de agua, y en partes poca, causando inundaciones más o menos grandes en el predio que se dice de propiedad de la señora Leticia Castro de Pupo. De la boca-toma inspeccionada a la nueva boca-toma que proyecta el Municipio, se recorrieron mil cuatrocientos noventa metros según indica un mojón de cemento que allí se encuentra..." "...De la boca-toma proyectada donde se constató un canal en construcción que tiene una profundidad de metro y medio en sus comienzos y una longitud de doscientos setenta metros, se llegó a la proyectada casa de máquinas. El señor Administrador señor Evaristo manifestó que el Municipio proyecta ocupar una zona de ochocientos metros de largo por veinte de ancho, que arrancando desde la boca toma en construcción llegue a la casa de máquinas. Dicho canal en construcción y la zona donde se proyecta el nuevo canal está en la finca de propiedad de la señora Leticia Castro de Pupo..." En la diligencia expresó el señor Evaristo Gutiérrez, Administrador de las Empresas Públicas Municipales, que éstas sólo habían tomado de la finca Santa Elena de propiedad de la señora Leticia Castro de Pupo, tres hectáreas de tierra para la construcción de la planta hidro-eléctrica; y el apoderado de la parte demandante hizo constar "que el canal de irrigación, (refiriéndose al de 1.490 metros de que habla el acta), es de propiedad del Municipio de Valledupar, porque lo construyó con sus fondos y fue ejecutada dicha obra por el ingeniero doctor Arturo Pava. En virtud de la ley 27 de 1936 el gobierno nacional ordenó hacer construcciones de represas en la región de Valledupar y en virtud de la Resolución Nº 181 de 1937 del Minagricultura se comisionó al señor Francisco Moreno para que se trasladara a Valledupar a hacer tales estudios, como consta de la memoria ministerial de 1937 contribuyendo la Gobernación del Magdalena con auxilios para esta obra municipal que se dio al servicio en el año de 1931. Que esta constancia es para dejar bien clara la propiedad de dicha entidad..."

Tanto los peritos principales como el tercero rindieron sus conceptos, pero la Sala omite relacionarlos y considerarlos pues de ellos no se dio traslado legal a las partes como lo dispone el art. 719 del C. J. y sin esa formalidad la prueba pericial no tiene completo valor. Al efecto ha dicho la Corte:

"De los principios fundamentales del procedimiento civil, por ser generadores de sus normas pertinentes, el llamado de inmediación se aplica casi exclusivamente para la recepción de la prueba y se divide en dos postulados: el subjetivo y formal y el objetivo y material. El principio de la inmediación en su sentido subjetivo o formal, se refiere a las normas legales que regulan la asunción de la prueba, esto es, a las reglas conforme a las cuales el juez debe proceder en la práctica de aquéllas. El principio de la inmediación, en el sentido objetivo o material mira a los medios probatorios ya aducidos que el juez puede utilizar para considerar demostrado el hecho controvertido; o, en otras palabras, si la cues-

tion a probar es susceptible, para su comprobación, solamente de determinados medios de prueba; si es suficiente el empleo de ciertos medios de prueba cuando esa cuestión puede ser determinada por pruebas de otra naturaleza; si en la cuestión pertinente, siendo susceptible de esclarecerse por medio de pruebas directas, se pueden emplear pruebas de referencia; si es suficiente el indicio cuando el texto da margen a establecerse por otra clase de pruebas. La causa para que la Corte siempre haya considerado ineficaz la prueba pericial cuando se ha omitido poner el dictamen de los peritos en conocimiento de las partes, consiste en que con semejante proceder se desconoce por el juzgador el principio de inmediación en su sentido subjetivo o formal..." (Casación, 5 de junio 1936, XLIII, 764).

La entidad demandada aduce como pruebas:

El acta y la resolución de la Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales presentadas, como queda visto, por el señor Personero Municipal al evacuar el traslado de la demanda.

La declaración del señor Evaristo Gutiérrez es la que expresa que la plataforma o base de las máquinas donde iba a instalarse la planta hidroeléctrica se hallaba situada dentro del área cedida por el señor Germán Cuello, terreno ese colindante con el ocupado por las Empresas Públicas Municipales de propiedad de la señora Castro de Pupo; que no le constaba que el canal de 1.490 metros hubiera sido construído por el Municipio, pero sí podía afirmar que muchos años antes había sido administrado por la Nación por medio de la Comisión de Aguas.

Y el testimonio del citado señor Cuello quien manifiesta que cedió a las Empresas Municipales un lote de una hectárea aproximadamente, y que ese lote quedaba contiguo al terreno de la señora de Pupo ocupado por el Municipio.

III

En el fallo de primera instancia deduce el Tribunal, después de estudiar la demanda, la respuesta que a ella dio el representante legal del Municipio de Valledupar, la inspección ocular y el dictamen del perito tercero, que las apreciaciones contenidas en los conceptos periciales se apoyan en dos causas: los perjuicios ocasionados por las filtraciones del canal de 1.490 metros, y el valor de las zonas ocupadas con las edificaciones de la planta hidro-eléctrica y con el canal de 900 metros. Con respecto al canal de mayor extensión observa el Tribunal que, según la constancia que en el acta de la inspección dejó el apoderado de la actora, la obra fue dada al servicio en 1931, con base en esa afirmación y en otras pruebas de las cuales —dice—, aparece que ese canal se construyó en todo caso con más de dos años de anterioridad a la presentación de la demanda, considera que la acción por indemnización de perjuicios con motivo de esa obra se halla prescrita de conformidad con el art. 263 del C. C. A. "Y no se diga —expresa textualmente el Tribunal— que los perjuicios a causa de las filtraciones son actuales, pues estos juicios que propiamente deben denominarse juicios por ocupación de hecho, no tienen por fundamento sino indemnizar al propietario por ocupaciones realizadas por las Entidades de derecho público y no por las consecuencias de esas ocupaciones. Aceptar que no ha ocurrido la prescripción en el presente caso, pues las filtraciones de los canales que cruzan el predio Santa Elena están vigentes y así lo constató la Inspección Ocular, es variar el sentido de lo ordenado en el art. 263 de la citada ley, que manda que se indemnice al propietario por ocupaciones de hecho, y, no agrega que esa indemnización se deba también por las consecuencias de esa ocupación. La actora ha debido demandar a la Nación, o al municipio de Valledupar por la zona ocupada por el canal, el que fue dado al servicio de (sic) 1931. Consecuencialmente se deduce que la acción para que el Municipio pague esa zona está prescrita".

En lo concerniente a las otras obras hace ver el fallador de primera instancia que ellas estaban construyéndose cuando se llevó a cabo la inspección ocular y por tanto la acción fue intentada dentro del término legal. Y como por lo demás encontró en autos la prueba indispensable para condenar a la entidad demandada, falló el negocio de la manera como atrás se ha dejado expuesta.

IV

El señor apoderado de la parte demandante, en su alegato ante el H. Consejo de Estado, principia por refutar la tesis sentada por el Tribunal en el párrafo que ya se ha dejado transcrito, "a fin de que el Consejo de Estado, apartándose de ese criterio, entre a decretar la indemnización que corresponde por causa de los perjuicios que ocasiona la filtración de las derivaciones de aguas de que se está sirviendo el Municipio de Valledupar". Al efecto sostiene que el art. 263 del C.

C. A. distingue dos clases de indemnizaciones: una por la ocupación, de hecho, de la propiedad: y la otra cuando por causa de trabajos públicos se daña el inmueble. De esta distinción deduce el señor apoderado que para la prescripción uno es el momento histórico respecto de la ocupación y otro el concerniente a la ocurrencia del daño. Por estas razones considera que el daño puede causarse sin ocupación y, por inverso modo, la ocupación puede ocurrir sin el daño. De ahí que la prescripción en el segundo caso principia a correr desde el momento en que se consuma la ocupación, y en el primero, desde el día en que ocurrió el daño o desde la fecha en que el daño cese si se trata de hechos perjudiciales continuados. Por todas estas consideraciones y por la circunstancia de que el daño ocasionado con las filtraciones es actual, termina esta parte de su alegato el señor apoderado afirmando nuevamente que la acción, para la indemnización de esos daños, no está prescrita.

Otro de los puntos tratados en el alegato que se viene analizando es el que se relaciona con el propietario del canal en referencia. Argumenta el señor apoderado que la indemnización puede también reclamarse por "los daños que el funcionamiento ulterior del servicio público para el cual se destina la obra pueda causar", y que en el caso de autos nadie ha controvertido el hecho establecido en la inspección ocular o sea que el municipio de Valledupar se sirve de dicho canal tomando de él las aguas que encauza hacia las instalaciones de la planta.

Finalmente el representante judicial de la señora Castro de Pupo pide que la indemnización por los daños que causan las filtraciones del canal se fije en la suma determinada por dos de los peritos, ($ 7.500.00), y que se revoque la orden de deducir, de la cantidad en que se determine la indemnización, el 20%, toda vez que la construcción de acueductos o empresas de energía eléctrica no causan impuesto de valorización.

V

La Fiscalía del Consejo de Estado, al alegar de conclusión, trató las cuestiones controvertidas en el juicio, así:

La inspección ocular demuestra que, en su fecha, iniciaba el municipio de Valledupar la construcción de la planta eléctrica, en tanto que la señora Castro de Pupo ya estaba sufriendo los daños con motivo de las filtraciones del canal. Siendo esto así, esas filtraciones no son causadas por los trabajos adelantados para la construcción de aquella planta.

La tesis del señor apoderado según la cual, siendo actual el daño, la acción para obtener la indemnización no ha prescrito, es legal; pero es improcedente tal acción contra el municipio de Valledupar pues no está plenamente demostrado que éste sea el propietario del canal. De los artículos 3º y 5º de la Ley 27 de 1936, citada por el apoderado de la parte actora en la diligencia de inspección ocular para hacer ver que el canal de 1.490 metros era obra municipal, se deduce lo contrario: que fue una obra ordenada por el Gobierno Nacional, y estudiada y llevada a cabo con fondos del Estado.

Termina el señor Fiscal conceptuando que debe confirmarse la sentencia apelada.

VI

Corresponde ahora a la Sala entrar a examinar si a la parte actora le asiste el derecho alegado y la consiguiente acción ejercitada contra el sujeto pasivo de ella. Para la efectividad de aquél, el demandante invoca a su favor la norma del art. 263 del C. C. A. que dice:

"La demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación".

Este precepto, como se ha dicho, es una disposición especial de gran importancia en el campo del derecho positivo, en cuyo contenido se aprecia o manifiesta un alcance y una finalidad en el ejercicio de las actividades jurídicas tendientes a conseguir de la justicia la efectividad de la prestación debida, en desarrollo de los ordenamientos o principios jurídicos que regulan los actos positivos y los derechos emanados de aquéllos, cuando quiera que ellos hayan sido lesionados por hechos generadores de daños causados con motivo de ocupación permanente de una propiedad particular sobre la cual se ha ejecutado un trabajo público por parte de una Entidad oficial, cuya zona debe indemnizar junto con los perjuicios que esa ocupación haya ocasionado el sujeto activo de la infracción. Indemnización que se impone en fuerza del principio de derecho de que nadie puede enriquecerse a costa ajena y sobre todo, con fundamento en la norma constitucional en virtud de la cual se garantiza la propiedad particular, siendo entendido que la manera

de garantizarla, en casos como el presente, es precisamente indemnizando en forma adecuada y conveniente el valor de esa propiedad privada ocupada y los daños que se hubieren causado con la ocupación con motivo de los trabajos públicos realizados sobre el predio.

Consagra, pues, el art. 263 del C. C. A. dos acciones: una por ocupación permanente de la propiedad particular, y otra por los daños causados a dicha propiedad. De la primera conoce hoy la justicia ordinaria de conformidad con el fallo sobre inexequibilidad de varios artículos de la Ley 168 de 1941, proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y en atención al Decreto legislativo Nº 0293 de 16 de febrero del presente año, en vigencia desde el 29 de ese mismo mes; de la segunda conoce la justicia contencioso-administrativa. Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquélla se causan éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria.

Quedan así aclaradas las consideraciones que sobre el artículo en cita hace el Tribunal, y definido claramente que los perjuicios de naturaleza diferente a los de la ocupación permanente de la propiedad particular con motivo de trabajos públicos, no corresponde considerarlos a la justicia ordinaria sino a la de lo Contencioso Administrativo. Sobre estas bases jurídicas se procede a analizar lo concerniente a cada una de las obras de que da cuenta la demanda.

El canal de 1.490 metros. — Indudablemente, —como lo sostiene el señor apoderado de la parte actora—, la indemnización puede también reclamarse por "los daños que el funcionamiento ulterior de servicio público para el cual se destina la obra pueda causar"; pero, siguiendo la tesis que atrás se deja expuesta sobre la competencia según la acción, para que la Sala pudiera decidir ahora acerca de los daños causados por las filtraciones del canal tendría que aparecer demostrado, en primer lugar, que dicho canal fue construído por el municipio de Valledupar, y que es de actualidad la acumulación de las dos acciones, es decir la referente a la ocupación con motivo de esa obra y lo pertinente a los daños consecuenciales dentro de los dos años. Si no hay prueba de que el canal en mención sea obra del municipio de Valledupar, no puede la Corte declarar en segunda instancia esa cuestión; y si la obra fue hecha por el municipio pero la acción, con motivo de haberse ocupado permanentemente una zona de terreno con esa obra, no fue intentada dentro del término legal, tampoco tiene la Sala competencia para conocer del caso por las razones ya expuestas.

Nada hay en autos que demuestre plenamente que el canal de 1.490 metros fue construído por la entidad demandada; muy al contrario, la constancia dejada por el apoderado de la parte demandante en la diligencia de inspección ocular, indica que el canal fue obra de la Nación, por la cita que allí se hace de la Ley 27 de 1936. De otra parte se infiere igualmente, de la misma fecha de la Ley, que la obra en referencia fue construída hace muchos años. Por lo demás, en la diligencia de inspección ocular se dejó claramente establecido que el municipio de Valledupar sólo ha derivado del canal antiguo las aguas necesarias para su planta hidro-eléctrica, y que las filtraciones ocurrieron con anterioridad a la obra nueva; luego ellas no aparecen causadas por las obras o trabajos de la susodicha planta. Por todas estas razones no es posible reformar la sentencia de primer grado para condenar a la indemnización de los daños causados por las filtraciones del canal antiguo.

Los trabajos públicos y la ocupación por el Municipio. — Ha demostrado la demandante que a ella le corresponde el derecho de dominio en el inmueble determinado en la demanda, pues lo adquirió por prescripción extraordinaria declarada por sentencia judicial del 5 de julio de 1949, sentencia registrada, protocolizada por escritura Nº 207 de 19 de ese mismo mes, igualmente registrada, y con respecto a la cual certificó el señor Registrador de Instrumentos Públicos el 21 de abril de 1952, previo examen de los libros correspondientes en un período mayor de treinta años, que su inscripción se hallaba vigente. Está asimismo establecida, con los elementos de juicio ya puntualizados, la ocupación permanente, por parte del Municipio de Valledupar y con motivo de trabajos públicos, de dos zonas de terreno correspondientes al inmueble de la señora Leticia Castro de Pupo; una de ochocientos metros de longitud por veinte metros de anchura, según la diligencia de inspección ocular, y con la otra con una área de tres hectáreas, según aceptación de la entidad demandada, pues la parte actora no demostró su afirmación según la cual el área ocupada con las otras obras de la planta era mayor de catorce hectáreas. No teniendo ningún valor legal los dictámenes periciales, no se puede regular en este juicio la cuantía de la indemnización y por tal motivo habrá de condenarse a ella en abstracto para que en el incidente sobre

ejecución del presente fallo sea fijada, teniendo en cuenta las disposiciones legales pertinentes y en particular el valor comercial, por hectáreas, que en la época de la ocupación tenía el inmueble de la demandante según las transacciones verificadas entonces en esa región, el avalúo catastral, la calidad del terreno ocupado y demás datos que sirvan de fundamento a la regulación.

FALLO

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REFORMA el fallo proferido en este juicio por el Tribunal Administrativo de Santa Marta el 29 de octubre de 1953, y en su lugar resuelve:

1º — Declárase que con los trabajos y obras públicas llevadas a cabo por el Municipio de Valledupar (Departamento del Magdalena), para la instalación de una planta hidro-eléctrica, dicho municipio ocupó sin indemnización previa dos zonas de terreno de propiedad de la señora Leticia Castro de Pupo, correspondientes al inmueble denominado Santa Elena, ubicado en el citado municipio. El área de una de esas zonas es de tres hectáreas, y la otra tiene ochocientos metros de longitud por veinte metros de anchura.

2º — Condénase al Municipio de Valledupar (Departamento del Magdalena), a pagar a la señora Leticia Castro de Pupo, a título de indemnización por la ocupación de que trata el precedente numeral, la suma de dinero que en el incidente correspondiente a la ejecución de este fallo se fije como valor de las dos zonas ocupadas, con arreglo a las bases que quedan expuestas en la parte motiva de esta misma sentencia. (Art. 553 del C. J.).

El pago lo hará el Municipio dentro del término de quince días contados desde el día hábil siguiente al en que quede ejecutoriado el fallo que finalice el incidente en referencia, y simultáneamente la señora Leticia Castro de Pupo transferirá al Municipio, mediante escritura pública, su derecho de dominio sobre las dos zonas ocupadas.

3º — Niégansе las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano Secretario.

CONSTITUYE FALTA CONTRA LA ETICA PROFESIONAL FORMULAR SIN FUNDAMENTO CARGOS QUE MENOSCABEN EL PATRIMONIO MORAL DE UN JUEZ

1 — La Sala considera que las expresiones "sin perjuicio de la acción penal en los casos de ley" usada por el art. 9º de la ley 69 de 1945, y las de "haber sido condenado", "haber incurrido", etc. que se emplean en el art. 10º de la ley 21 de 1931, autorizan para pensar que las penas establecidas por el legislador del 45, o sean las multas, la suspensión y la cancelación de la matrícula, son penas distintas de las establecidas en el C. P. y que debe aplicarse sin perjuicio de las que hayan sido o puedan ser impuestas en la acción penal iniciada o que deba iniciarse a consecuencia de hechos que al mismo tiempo que pueden dar lugar a una investigación ordinaria, pueden catalogarse como faltas contra la delicadeza y el decoro profesional. Y esto es natural porque por su propio carácter el abogado que delinque quebranta no sólo la ley penal sino las normas de la ética y del decoro profesionales, y porque pueden existir actuaciones violatorias de estas que no constituyen, sin embargo, quebranto de la ley positiva. Aparte de la finalidad misma de la ley, que muy claramente encaminada a que la profesión de abogado se ejerza siempre con delicadeza y con decoro, permite llegar a la misma conclusión.

2 — A juicio de la Corte, formular sin fundamento a un juez cargos que encierran la imputación de un delito, constituye un acto notoriamente atentatorio de la moral profesional, ya que esta profesión exige respetar tanto el patrimonio moral como el material de las personas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Manuel Buenahora)

Conoce hoy la Corte de la sentencia que con fecha 10 de noviembre de 1955 profirió el H. Tribunal de Pasto en virtud de la cual se declara que el doctor Angel Rojas Córdoba, abogado titulado, no se ha hecho acreedor a las sanciones que establecen los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945.

Los hechos que dieron origen a la investigación adelantada oficiosamente por el Tribunal, pueden sintetizarse así:

Por memorial fechado el 26 de diciembre de 1953 el abogado doctor Rojas Córdoba se dirigió a la Oficina de Reclamos de Bogotá solicitando el cambio del Juez Mixto del Circuito de Barbacoas y, entre otras cosas, manifestó:

"En este lugar está como Juez mixto del Circuito de Barbacoas un señor de nombre Rafael Pérez Ch., que se ha caracterizado por su impreparación, por su negligencia, por el constante abandono de la oficina y por el sinnúmero de prevaricatos que es un manjar cotidiano. Este señor Pérez Ch., tiene hecho el Juzgado un feudo adquirido por escritura pública, puesto que ha sido reelegido indefinidamente por el H. Tribunal Superior no obstante tener conocimiento de sus múltiples deficiencias..."

Llamado ante el Juez Municipal de dicho lugar para que se ratificara en los anteriores cargos, el doctor Rojas expuso:

"Señor Juez, reconozco ser mía la firma puesta a la carta dirigida a la Oficina de Reclamos —Bogotá— con fecha diciembre 26 de 1953, y al mismo tiempo me ratifico en su contenido, advirtiendo que mi intención era no de que le siguiera una investigación sumaria sino de que le llamaran la atención para que despacharan asuntos que están hoy encarpetados. Que es todo".

Como el demandante no comprobó ninguno de los cargos formulados contra el Juez mencionado, éste presentó ante las autoridades correspondientes denuncio criminal por el delito de "falsas imputaciones hechas a las autoridades". El investigador ordenó la detención preventiva del doctor Rojas Córdoba pero, apelada dicha providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la revocó con fecha 16 de octubre

de 1954, ordenando poner en inmediata libertad al sindicado.

Anteriormente, y como con fecha 25 de agosto de 1954 el mismo Tribunal había recibido de su Fiscal copia de los documentos que se habían producido hasta ese instante, inició la presente investigación sumaria para los efectos de lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 69 de 1945, en auto de fecha septiembre 2 de 1954.

Adelantada la investigación el Tribunal profirió la sentencia absolutoria de que atrás se ha hablado y que ha venido a la Corte en virtud de la apelación interpuesta por el Ministerio Público.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal llegó a su decisión absolutoria por considerar que de la investigación sumaria no aparece prueba alguna de que el Dr. Rojas Córdoba haya sido condenado a sufrir pena aflictiva ni por prevaricato o revelación del secreto profesional, ni intervenido en contratos fraudulentos ni simulados, ni usado a sabiendas declaraciones de testigos falsos, ni ejecutaba actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, únicos hechos que al tenor del artículo 10º de la ley de 1931 pueden reputarse como faltas graves.

Y para concluir que tampoco incurrió en falta leve dice:

"Respecto de las segundas (faltas leves), cabe observar que, a la verdad, los conceptos que entrañan los vocablos "impreparación, negligencia, abandono de la oficina y prevaricatos", contenidos en la carta del doctor Rojas Córdoba, en que se ratificó, constituyen un ataque al honor, la reputación, la dignidad de la persona del doctor Pérez Ch. y una imputación falsa de hechos delictuosos y deshonrosos al mismo doctor, en su carácter de Juez; es decir, configurarían los ilícitos de injuria y calumnia de que tratan los capítulos 1º y 2º del Título 13 del Libro 2º del C. P. y el Decreto 3.000 de octubre de 1954, por los cuales debió querellarse el ofendido, ya que, para proceder en estos casos, se requiere expresa petición.

"Cierto que el doctor Pérez Ch. denunció al doctor Rojas Córdoba ante la Alcaldía de Barbacoas por el delito de "Falsas imputaciones hechas a las autoridades"; empero ya el Tribunal, en Sala Penal, consideró que tal ilícito no se había cometido, en auto de 18 de octubre (folios 124 vuelta) que revocó el proferido por el Juez 1º de Instrucción Criminal, que ordenaba la detención del sindicado.

"Sólo pues, resta decir que las expresiones aludidas, que pueden ser empleadas no ya únicamente por un abogado sino por cualquier ciudadano, en nada se relacionan con el ejercicio de la abogacía, y, por lo mismo, no van en contra de la delicadeza y decoro profesionales, que se refieren a la ética forense. Son, eso sí, vocablos que revelan una marcada antipatía y, acaso, odio profundo del doctor Rojas Córdoba hacia el doctor Pérez Ch. y, consecuencialmente, un verdadero anhelo de que no fuera reelegido como Juez".

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que la providencia debe revocarse para en su lugar imponer al abogado Rojas Córdoba las sanciones previstas en el artículo 8º de la ley 69 de 1945, por haber incurrido en una contravención o falta contra la delicadeza y el decoro profesionales. Fundamenta sus peticiones así:

"Aquellos hechos o actos ejecutados por los abogados, que se apartan o contrarían la finalidad propia y específica de esa actividad profesional, que no es otra que la defensa celosa y decorosa del derecho, constituyen las contravenciones o faltas que sanciona la Ley 69 de 1945.

"Así tenemos, por ejemplo, que el uso, por parte de los abogados, de medios claramente contraproducentes o desacertados y, más aún, de medios impropios, incorrectos e indecorosos para defender el derecho, para atender o defender los intereses de sus patrocinados o para poder obtener decisiones favorables a sus pretensiones, es constitutivo de faltas que atentan contra el decoro, la delicadeza o la moral profesional.

"Según esto el proceder del doctor Rojas Córdoba que se investiga por medio de este juicio es a todas luces atentatorio del decoro y de la delicadeza profesionales.

"En primer término, es preciso tener muy en cuenta que el nombrado abogado Rojas Córdoba, al dirigirse a la Oficina de Reclamos de Bogotá en su memorial del 26 de diciembre de 1953 para pedir el cambio del Juez mixto del Circuito de Barbacoas, lo hizo no solamente como simple ciudadano sino principalmente en su condición de abogado y en nombre de sus patrocinados como reza el encabezamiento de su memorial, lo cual significa que fue una actividad profesional.

"En segundo término, si el doctor Rojas Córdo-

ba, como abogado y a nombre de sus patrocinados, deseaba el cambio del Juez mixto del Circuito por otro que ofreciera mejor y más rápida administración de justicia y para que los negocios en que él intervenía no continuaran paralizados sino que se le tramitaran diligentemente, no tenía necesidad de apartarse del camino delicado y decoroso que, en casos como éste, están obligados a seguir los abogados; no ha debido en manera alguna acudir a imputaciones tan graves, injuriosas y faltas de veracidad como las que consignó en el escrito que se comenta, particularmente a aquellas que encierra la frase en que dice que el señor Rafael Pérez Ch. se ha caracterizado "por el sinnúmero de prevaricatos que es un manjar cotidiano".

"El doctor Rojas Córdoba, como abogado que es, tenía la obligación de saber y entender el significado del vocablo "prevaricato", y por consiguiente, no ha debido, tan ligeramente y sin que tuviera alguna razón o conocimiento que le sirviera de apoyo real para ello, calificar de constante prevaricador al funcionario.

"Es obvio, pues, que con este proceder el abogado acusado se apartó por lo menos del camino delicado y decoroso que deben seguir los profesionales del derecho, e incurrió por lo tanto en una contravención o falta de las que sanciona la ley 69 de 1945 en su artículo 8º.

"Viene aún más a destacar la conducta poco delicada del abogado Rojas Córdoba la explicación dada por él mismo en la diligencia de ratificación de su memorial; dice: "mi intención era no de que le siguiera una investigación sumaria sino de que le llamara la atención para que despachara asuntos que están años encarpetados".

Consideraciones de la Sala

a) Se halla comprobado de autos que el doctor Angel Rojas Córdoba es abogado titulado e inscrito (fl. 7º).

b) Como se vio, la sentencia del Tribunal si bien acepta que los conceptos estampados en el memorial que el doctor Rojas Córdoba dirigió a la Oficina de Reclamos de Bogotá constituyen un ataque al honor, a la reputación y a la dignidad del Juez Pérez Ch. y una imputación falsa de hechos delictuosos y deshonrosos al mismo doctor, en su calidad de juez, y que son capaces de configurar los delitos de injuria y calumnia, absuelve, sin embargo, al acusado.

No son muy claros los fundamentos del Tribunal para llegar a la absolución dicha, pero de lo transcrito parece deducirse que no condenó por la circunstancia de que los delitos de injuria y calumnia requieren querella particular que no existe en el caso de autos, ya que la formulada por el doctor Pérez Ch. ante la Alcaldía de Barbacoas se hizo por delito de "falsas imputaciones hechas a las autoridades", respecto del cual el Tribunal consideró que no se había cometido y no por los de calumnia e injuria.

La Sala considera que las expresiones "sin perjuicio de la acción penal en los casos de ley" usada por el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, y las de "haber sido condenado", "haber incurrido", etc. que se emplean en el artículo 10º de la ley 21 de 1931, autorizan para pensar que las penas establecidas por el legislador del 45, o sean las multas, la suspensión y la cancelación de la matrícula, son penas distintas de las establecidas en el C. Penal y que deben aplicarse sin perjuicio de las que hayan sido o puedan ser impuestas en la acción penal iniciada o que deba iniciarse a consecuencia de hechos que al mismo tiempo que pueden dar lugar a una investigación ordinaria, pueden catalogarse como faltas contra la delicadeza o el decoro profesional. Y esto es natural porque por su propio carácter el abogado que delinque quebranta no sólo la ley penal sino las normas de la ética y del decoro profesionales, y porque pueden existir actuaciones violatorias de estas que no constituyen, sin embargo, quebranto de la ley positiva. Aparte la finalidad misma de la ley, que muy claramente encaminada a que la profesión de abogado se ejerza siempre con delicadeza y con decoro, permite llegar a la misma conclusión.

Considera igualmente que por tratarse de penas distintas, las de la Ley 69 pueden y deben imponerse cuando quiera que se haya comprobado que un abogado ha incurrido en faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales, sin que haya necesidad de saber si los hechos constitutivos de tales faltas deban o no ser sancionados por el código penal y sin considerar tampoco si para su sanción penal se necesita o no querella privada.

Lo anterior porque, como se dijo atrás, si pueden sancionarse las faltas contra la delicadeza y el decoro que no estén castigadas por el Código Penal, con mayor razón podrán sancionarse las que sí contempla este estatuto aunque su investigación penal no pueda iniciarse sino a virtud de querella particular.

En el caso de autos es evidente que el doctor Rojas Córdoba presentó a la Oficina de Reclamos

un memorial que contiene muy graves imputaciones al juez mixto de Barbacoas, y es evidente igualmente que llamado a jurar su denuncio, se ratificó en ello, pero que no presentó prueba alguna de su veracidad.

Aún más: en la diligencia de descargos practicada en la presente investigación (fl. 43) manifestó que dicho memorial "tenía como única finalidad pedir que cuando se hagan los nombramientos de jueces en virtud de la reorganización judicial, la Oficina en mención interviniera para que se nombrara juez en otra persona distinta del doctor Pérez Ch. precisamente para poder trabajar y no para que me nombraran juez".

De lo anterior se deduce que bien sea que se consideren o no las expresiones contenidas en el memorial dirigido a la Oficina de Reclamos de Bogotá por el doctor Rojas Córdoba como constitutivas de los delitos de injuria o calumnia, es lo cierto que la presentación de dicho memorial constituye un acto contra la moral profesional ya que esta profesión exige respetar tanto el patrimonio moral como el material de las personas y en el presente caso el primero fue notoriamente quebrantado por las imputaciones hechas a un funcionario público, lesivas de su buen nombre y del ejercicio honesto de su cargo.

Porque si el juez mixto de Barbacoas era prevaricador, la obligación del abogado era la de dirigirse al Tribunal exponiéndole casos concretos y acompañando su solicitud de la correspondiente prueba, y no la de formular conceptos generales que luego no pudiera acreditar.

Sin que pueda olvidarse, como lo dice el señor Procurador, que en el encabezamiento del memorial manifestó obrar no solamente como simple ciudadano, sino en su condición de abogado y en nombre de sus patrocinados; ni tampoco el hecho de que precisamente por ser abogado tenía la obligación de comprender el alcance y la responsabilidad que para él implicaba una imputación tan grave como es la de prevaricador.

Quiere decir lo anterior que el abogado Rojas Córdoba incurrió en la causal 6ª del artículo 10º de la Ley 21 de 1931, porque, a juicio de la Corte, formular sin fundamento a un juez cargos de tal naturaleza, constituye un acto notoriamente atentatorio de la moral profesional.

En consecuencia de todo lo expuesto habrá de revocarse la sentencia apelada para resolver en su lugar:

SENTENCIA

La Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto con fecha noviembre 10 de 1955, por la cual se absuelve al doctor Angel Rojas Córdoba, y en su lugar lo condena a la suspensión del ejercicio profesional de abogado por el término de dos (2) meses.

Devuélvase al Tribunal de origen y comuníquese a todos los Tribunales del país.

Insértese este fallo en la Gaceta Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gallán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO PROCEDE LA ACCION DIRIGIDA CONTRA LA NACION REPRESENTADA POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. — INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL.-EL TRANSPORTE AUTOMOVILIARIO CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA.—PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA

1.—El Decreto 1842 de 1943 estableció expresamente que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tendría "la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público", y en doctrina sentada por la Corte el 10 de octubre de 1950 (LXVIII, 670) no se consideró equitativo que quienes habían promovido juicios contra la Nación, representada por el Consejo, ateniéndose a la jurisprudencia anterior conforme a la cual éste actuaba como delegatario de aquélla, se pudieran perjudicar y, por lo tanto, ha de entenderse que las demandas dirigidas hasta ese momento contra la Nación representada por el Consejo, lo habían sido directamente contra éste, como gestor de un patrimonio personalizado.

2.—Si en el proceso penal se hizo el examen de la conducta de los sindicados únicamente desde el punto de vista penal, y considerándolos personalmente, no como agentes de sus empleados o patronos, el objeto de tal investigación no coincide con el del juicio civil, en donde se trata solamente de averiguar la culpa en que pudieron haber incurrido las dos partes que ahora se querellan. Entonces, aunque la responsabilidad penal de los inculpados quedó cubierta por la providencia dictada en aquella investigación, queda sin estudiar el campo civil y, por lo mismo, no es posible una contradicción entre las dos jurisdicciones, única razón de orden público que impone el deber de abstenerse de juzgar aquellos casos en que tal contradicción pueda presentarse. Y si la jurisprudencia ha sostenido, interpretando el artículo 28 del C. de P. P., que el juez civil tiene libertad de apreciación sobre todas las cuestiones que resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente, lo ha hecho, entre otros motivos, porque casos como los aquí estudiados pueden generar perjuicios económicos y sin embargo, no ser constitutivos de delitos.

3—Si bien las actividades ferroviarias han sido siempre consideradas como de suyo peligrosas no es menos cierto que también el transporte en automóvil constituye una actividad de igual naturaleza, de suerte que ambas partes están obligadas a demostrar que pusieron toda su diligencia y cuidado para evitar el accidente, o que éste ocurrió por fuerza mayor, por caso fortuito o por culpa de la otra parte. Entonces, si las dos actividades que se estudian son igualmente peligrosas, la carga de la prueba corresponde por igual a las dos partes.

4.—La moderada velocidad con que viajaba el chofer, si bien constituye un elemento para demostrar la prudencia y el cuidado que ha debido emplear al travesar la línea del ferrocarril, no comprueba plenamente dicha prudencia pues el conductor se hallaba obligado, si aspira a que se le reputa como hombre prudente, no sólo a viajar a velocidad moderada sino también a estar permanentemente atento a los obstáculos de la vía. De esta suerte, la prueba presentada por el actor no puede considerársela suficiente para librarlo de culpa pues para ello hubiera sido necesario acreditar que no disponía de visibilidad, que algo le impedía observar al cercanía de la máquina.

5.—Considera la empresa demandada que la huelga de trabajadores ferroviarios ocurrida el día del accidente y el obligado retiro del empleado encargado de guardar la vía constituyen una fuerza mayor o un caso fortuito que la libra de responsabilidad. Además alega que solicitó el concurso de la fuerza pública que le fue suministrado en forma de patrullaje. Pero para exonerarse de responsabilidad la empresa ha debido e exigir de la policía la prestación del servicio

local en el paso a nivel, o abstenerse de movilizar las máquinas en el caso de que tal servicio le fuera negado, o por lo menos exigir de sus operarios un extremo cuidado al atravesar los puntos peligrosos de la vía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio catorce (14) de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

1—Un automóvil de servicio público para transporte de pasajeros, distinguido con placa número 10016 transitaba a eso de las tres de la tarde del 25 de noviembre de 1949 por calles cercanas a un paso a nivel que existe en la intersección de la carrera 23 con la calle 22 y Avenida 18 de esta ciudad, cuando al atravesar dicho sitio fue arrollado por la locomotora marcada con el número 17, de propiedad de los Ferrocarriles Nacionales, en momentos en que ésta efectuaba maniobras de patio conducida por el maquinista de tercera clase José Ignacio Giraldo y se produjo un violento choque entre el mencionado automóvil y "una esquina del vagón que iba en retroceso".

2.—El choque ocurrió porque cuando pasaba el automóvil no estaban colocadas las barreras de seguridad que en ese sitio tiene establecidas la empresa para seguridad de los transeúntes.

3. — Correspondía colocar esas barreras a un empleado que ejerce las funciones de guarda-vía del paso a nivel y que entonces era Belarmino Pacheco, el cual "se presentó, como de costumbre, el día 25 de noviembre de 1949 a su sitio de trabajo y prestó sus servicios hasta minutos después de las nueve de la mañana, hora en que, a consecuencia del paro laboral que tuvo lugar ese día, y por la coacción que sobre él ejercían los huelguistas y las gentes de la vecindad, tuvo que retirarse de su sitio de trabajo abandonando su puesto sin poder dar aviso a sus superiores de que lo abandonaba, por lo cual no hubo quien colocara las barreras de seguridad que en ese sitio tienen establecidas los ferrocarriles nacionales para evitar accidentes". (C. 2, fl. 23).

4.—El coche o automóvil de servicio público que chocó en el accidente referido resultó pertenecer al señor Gerardo Rojas O., y es marca Dodge, modelo 1947 con motor número 24-9398 y estaba matriculado en la Empresa de Transportes Real, S. A., derivando su propietario señor Rojas lo necesario para su subsistencia y la de su familia de lo que le producía la explotación de aquel negocio que en el día del accidente estaba a cargo del chofer Efraím Linares, quien transportaba como pasajeros a Manuel Leguizamón, Jorge Agudelo y otros por la carrera 23 de esta ciudad.

5.—A consecuencia del accidente el coche sufrió serios desperfectos que los peritos de la oficina de circulación estimaron provisionalmente en $ 4.000.00.

6.—Alegando los hechos que se dejan resumidos el expresado señor Gerardo Rojas O., mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado "a la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad que a su vez está representada por el Administrador General, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera**—Que la Nación es civilmente responsable del accidente de tránsito ocurrido el día 25 de noviembre de 1949, al chocar la locomotora número 17 de los ferrocarriles nacionales con el automóvil de placas de Bogotá número 10015 de propiedad del demandante, hecho ocurrido en el paso a nivel o crucero de la línea del ferrocarril en la carrera 23 con la calle 22 de esta ciudad, como a las tres de la tarde. — **Segunda.**—Que en consecuencia la Nación debe pagar al demandante la suma de $ 15.000.00 en que él estima el valor de la indemnización de perjuicios que ha sufrido por causa y con ocasión del accidente a que se refiere el punto anterior o, en subsidio, la que se fije por peritos designados al efecto en el curso del juicio".

7.— Dicha demanda fue presentada personalmente por el apoderado del señor Rojas en la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá el 5 de junio de 1950. En auto del 10 de los mismos la admitió el Tribunal, y ordenó pasarla en traslado al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, quien la contestó en escrito del 30 de junio de aquel año negando el derecho del demandante y contestando los hechos en forma de no afectar a la parte que representaba. Lo único que aceptó fue que el automóvil hubiera sido arrollado por la locomotora pero negó que el chofer hubiera tomado las debidas precauciones para evitar el accidente.

8.—Habiendo cambiado el representante de los ferrocarriles Nacionales, el que sucedió al primer apoderado presentó un escrito el 4 de junio de 1951 invocando los siguientes elementos:

Que en el cuaderno de las pruebas de la parte demandante obraba la certificación expedida el 28 de septiembre de 1952 por el Inspector 6º de Circulación en que consta que allí cursaba un sumario por el delito de lesiones personales que se adelantaba por el Juzgado 4º Penal del Circuito contra los señores Ignacio Giraldo y Belarmino Pacheco. Que en ese mismo sumario aparecía una demanda civil por valor de perjuicios consistentes en los daños sufridos en el automóvil de placas número 10016, afiliado a la Empresa de Transportes Gran Tax, la cual demanda estaba suscrita por el apoderado del señor Gerardo Rojas y la cual fue admitida por auto del 13 de diciembre de 1949, providencia que reconoció al citado señor Rojas como parte civil.

Por su parte el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bogotá certificó a 3 de octubre de 1950 que efectivamente constaba haberse radicado bajo el número 1163 el día 6 de febrero de ese año un negocio por el delito de lesiones en accidente de tránsito contra J. Ignacio Giraldo y Belarmino Pacheco siendo denunciante José Leguizamón: que el sumario fue iniciado en la Inspección 4ª de Circulación de Bogotá y que el 20 de abril había sido remitido en comisión a la Inspección 6ª de Circulación por el término de 30 días.

9.—Invocando esos elementos el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales solicitó que se suspendiera el proceso civil mientras se fallaba el juicio penal.

10.—El 18 de junio de 1951 decidió el Tribunal que el proceso debía adelantarse hasta ponerlo en estado de recibir sentencia porque ésta era la única que debía suspenderse en el caso que se contemplaba y negó la petición tal como fue formulada.

11.—Adelantado el proceso hasta proferirse el auto de citación para sentencia con fecha 22 de enero de 1952, el Tribunal Superior previas las consideraciones que expuso en auto de 15 de mayo del propio año decretó "la suspensión del presente juicio ordinario mientras se decida en forma definitiva el proceso penal que se adelanta ante el Juez 4º Penal de ese Circuito contra Ignacio Giraldo B. y Belarmino (sic) Pacheco" (fl. 7)

12.—El 19 de junio de 1954, a vista de la solicitud presentada por el demandante quien la abonó con el certificado y las copias sobre haber finalizado el proceso penal que motivó la suspensión, decretó su levantamiento y ordenó que el juicio siguiera su curso legal. Este continuó y a la primera instancia se le puso fin en fallo del 1º de julio de 1955 cuya parte resolutiva es como sigue:

"1º—La Nación colombiana, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el automóvil placa de Bogotá número 10016, motor número D. 24-9393, en el accidente ocurrido el 25 de noviembre de 1949, en el paso a nivel de la carrera 23 con la calle 22 de esta ciudad de Bogotá. 2º Condénase a la Nación a pagar al demandante Gerardo Rojas O. la suma de **ocho mil doscientos cincuenta pesos** ($ 8.250.00) en que se estima el valor de los perjuicios". Notificado el fallo apeló la parte demandada y en efecto suspensivo se le concedió el recurso por auto de 2 de agosto próximo pasado. Por este motivo llegó el proceso a la Corte donde se tramitó la segunda instancia recibiéndose los alegatos de las partes. Fueron citadas para sentencia en auto del 29 de noviembre último y habiendo entrado al despacho para dictarla, con fecha 6 de febrero de 1956, la Sala considera indispensable esclarecer algunos puntos dudosos por lo cual se expidió, el 15 de mayo siguiente, auto para mejor proveer. En esta providencia se solicitó del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales que informara sobre tales puntos y fue así como este funcionario, con fecha 10 de abril del presente año, informó a la Sala lo que se anota a continuación:

"El Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en cumplimiento a lo solicitado por la Honorable Corte Sala de Negocios Generales en el Despacho número 1415, de fecha veintiuno de marzo del año en curso, INFORMA:

"1º—Con anterioridad al 25 de noviembre de 1949 el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no tuvo conocimiento de que se preparara paro general de las actividades ferroviarias, únicamente tuvo noticia, de una manera informal, por simples rumores, de que el 25 de noviembre de 1949 podría haber un paro de actividades en el país, pero ignoraba de que en ese paro fuera a tomar parte trabajadores ferroviarios;

"2º—El movimiento de las máquinas de la Empresa de los Ferrocarriles, Sección Segunda y Nordeste, en la Estación Central de Bogotá, y

fuera de ésta, se efectuó el 25 de noviembre por orden del respectivo Administrador de esa Empresa y se llevó a cabo por empleados suficientemente aptos para ello, es decir, por trabajadores que con antelación venían prestando satisfactoriamente sus servicios en el ramo de locomoción; el servicio no se prestó en todo momento por haber sido interrumpido por el paro;

"3º—Después de las nueve de la mañana del 25 de noviembre de 1949, la Administración de la Empresa de los FF. CC. Nacionales Norte Sección Segunda y Nordeste tuvo conocimiento de que los huelguistas o un grupo de éstos pretendían impedir a los trabajadores locales que continuaran al frente de sus respectivos cargos;

"4º—Poco tiempo después de las nueve de la mañana del referido 25 de noviembre de 1949, sin que se pueda precisar la hora exacta, llegó a conocimiento de la prenombrada Empresa que el trabajador Belarmino Pacheco, quien en esa fecha desempeñaba las funciones de guarda-vía en el paso a nivel de la carrera 23 con la calle 22, en esta ciudad, se había visto precisado a abandonar su puesto por grave coacción ejercida sobre él por el grupo de huelguistas;

"5º—Desde el mismo instante en que la Administración de los Ferrocarriles Nacionales Norte Sección Segunda y Nordeste tuvo conocimiento de que los huelguistas obstaculizaban y amenazaban a algunos trabajadores ferroviarios que ese día prestaban sus servicios, y especialmente el guardavía del paso a nivel de la carrera 23 con la calle 22, sobre quien los huelguistas ejercieron presión violenta hasta obligarlo a abandonar el cargo, de inmediato y por vía telefónica solicitó el concurso de la fuerza pública tanto al Ministerio de Guerra como a la Dirección General de la Policía Nacional, concurso que se prestó más tarde, pero no de manera especial en los Ferrocarriles, sino por el sistema de patrullas que recorrían diferentes sectores;

"6º—En el paso a nivel de la carrera 23 con la calle 22 ha venido siendo atendido por dos trabajadores, cada uno de los cuales con turno continuo de 24 horas para entrar luego en descanso por un período igual; y

"7º—El empleado que el día 25 de noviembre de 1949 le correspondía atender la vigilancia y cuidado del paso a nivel de la carrera 23 con la calle 22, en esta ciudad de Bogotá, era el guardavía Belarmino Pacheco, quien tuvo que abandonar su puesto en las circunstancias ya conocidas, y después no regresó en el resto del día a reasumir sus funciones por el estado de atemorizamiento en que se encontraba debido a la paliza e insultos y amenazas que recibió en la mañana. De estos hechos el trabajador Pacheco dio luego informe verbal a su superior respectivo.

"Del estudio que se hizo para aplicar sanciones al responsable, no aparece cargo contra Pacheco, de quien se consideró que había tenido que dejar el puesto por coacción y atemorizamiento.

"No se reemplazó a Pacheco en las horas de la tarde, por cuanto que parte del personal ingresó al movimiento y otra parte se retiró atemorizada por la violencia de los huelguistas, especialmente los que tenían que prestar servicios relativamente distantes de la Estación Central que fue donde se concentró el patrullaje suministrado por el Gobierno.

"Esto hizo imposible el reemplazo del guarda del paso a nivel.

"Estos informes se suministran basados en datos obtenidos en la Administración Central de los Ferrocarriles Nacionales.

"Bogotá, diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

"**Ferrocarriles Nacionales de Colombia**—(Fdo.) **General Carlos Bejarano M.**, Administrador General".

Consideraciones de la Sala:

1.—Ante todo se hace necesario aclarar el punto relativo a la personería de la parte demandada en este juicio, pues por habérsele dado participación al Ministerio Público, el apoderado de los Ferrocarriles propuso en la primera instancia la excepción de nulidad que fue desechada por el Tribunal sentenciador pero en la cual se ha insistido ante la Corte.

Para confirmar lo resuelto por el Tribunal a este respecto basta recordar que el Decreto 1842 de 1943 estableció expresamente que el Consejo Administrativo tendría "la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público", y que la jurisprudencia de la Corte fechada el 10 de octubre de 1950 no consideró equitativo que quienes habían promovido juicios contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los FF. NN., atendiéndose a la jurisprudencia anterior conforme a la cual éste actuaba como delegatario de aquella, se pudieran perjudicar y que, por lo tanto, habría de entenderse que las demandas dirigidas hasta ese momento

contra la Nación, representada por el Consejo, lo habían sido directamente contra éste, como gestor de un patrimonio personalizado.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta que la presente demanda se inició el día 5 de junio de 1959, su relación procesal debe tenerse por bien establecida.

La Sala comparte igualmente la argumentación del Tribunal conforme a la cual la demanda sería también viable aún en el caso de que hubiera sido propuesta con posterioridad al Decreto Legislativo 3129 de 1954 que suprimió el Consejo, pues esta norma dispuso expresamente que todo pasivo a cargo de éste sería asumido por la Nación.

2.—Los hechos que originaron el presente litigio fueron objeto de investigación penal con motivo de las heridas sufridas por Manuel Leguizamón, Jorge Agudelo, Efraín Linares y Juana Agudelo. De ellos se sindicó al maquinista Giraldo Benavides, al guardavía Belarmino Pacheco y al propio conductor del automóvil Efraín Linares.

Como la justicia penal sobreseyó definitivamente en favor de todos los procesados, el señor personero de los ferrocarriles sostiene que en tales condiciones no puede prosperar la acción civil porque los sobreseimientos se fundaron en el hecho de haber resultado de la investigación que el accidente se debió a fuerza mayor o caso fortuito.

La sentencia, después de recordar la reiterada doctrina de la Corte sobre la repercusión de los negocios penales en los juicios civiles para la reparación de los daños ocasionados por los mismos hechos que dieron lugar a la investigación penal, concluye afirmando que en los fallos penales referidos se examinó exclusivamente la culpa de los tres sindicados, pero no la del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por cuyo motivo considera que en el presente juicio civil puede estudiarse la responsabilidad de la empresa sin peligro de una contradicción entre lo resuelto por el juez penal y lo que pudiera deducirse en el juicio civil. Considera igualmente que por haberse estudiado ya la conducta personal del chofer Linares y hallándosele exento de culpa, no es posible aceptar ni estudiar en el juicio civil la defensa planteada por la empresa que pretende exculparse con la culpa de éste.

Dice así el Tribunal:

"1º—En cuanto a la situación en que quedaron con el sobreseimiento en el juicio penal los dos Agentes de los Ferrocarriles Nacionales, Ignacio Giraldo Benavides, conductor de la máquina, y Belarmino Pacheco, guardavías, quien abandonó su puesto, motivo por el cual no hubo quien hiciera funcionar la barra indicadora de que existía un convoy férreo en maniobras y fue este el motivo inmediato de que se hubiera producido el accidente; se tiene: el primero fue exculpado de responsabilidad en el posible delito culposo porque encontró la justicia de ese ramo que le había sido imposible evitar el acontecimiento, y en cuanto al segundo se dice, después de haberse manifestado que el accidente se debió a que no estaba prestando sus servicios en el momento del tránsito del automóvil que: "por esta omisión, no puede deducirse responsabilidad penal alguna al encargado del servicio en el mentado paso a nivel, señor Belarmino Pacheco Acero, toda vez que se halla demostrado en forma plena, que por insuperable coacción, ajena, se vio precisado a abandonar el puesto de vigilancia y control de dicho lugar" (f. 54, vta., cuad. 1º), motivo por el cual se sobresee a este sindicado.

"Todo lo expuesto lleva al Tribunal a concluir que en los fallos penales referidos se examina exclusivamente la conducta de los tres sindicados pero en modo alguno la del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, persona moral que representa a la Nación, en el presente juicio civil, por cuyo motivo es el caso de entrar a estudiar la posible responsabilidad del demandado, sentando como cuestión previa que el sobreseimiento que obra en autos no exonera al demandado puesto que, por este aspecto, lo dicho en el juicio penal no incide en el juicio civil.

"La actividad desarrollada por las ferrovías, como lo tiene dicho hasta la saciedad la jurisprudencia, es una actividad peligrosa a la cual hay que aplicarle la presunción de culpa establecida por el artículo 2356 del C. C. y por tanto no puede descargarse la responsabilidad de la Nación en el accidente que viene comentándose más que con la prueba de la causa extraña (fuerza mayor, hecho de tercero o culpa de la víctima) que sea causa exclusiva del daño.

"2º—En primer lugar contemplamos la situación en que quedó el chofer Efraín Linares, quien en el momento en que se produjo el accidente obraba como dependiente del demandante Rojas, pues si en él hubiere culpa se produciría una circunstancia exonerante de responsabilidad de la entidad demandada.

"Son del auto de 14 de agosto de 1953, pronun-

ciado por el Juzgado 4º Penal de este Circuito los siguientes apartes, en cuanto se refieren a la responsabilidad de Efraím Linares:

"También le fue recibida declaración indagatoria al chofer del taxi, señor Efraím Linares (fls. 73 y 74), de la cual aparece su afirmación perentoria de que cuando llegó al paso a nivel pudo observar que la vía estaba libre abierta (sic), es decir que el vigilante no había bajado la vara para interrumpir el tránsito, por donde siguió su ruta en la creencia de que ningún percance podía ocurrir" (fl. 15, cuad. 1º), el juzgado no examina más prueba ni ninguna otra consideración hace sobre la conducta de Linares, pero, en todo caso, llega a la conclusión del **sobreseimiento definitivo** de este sindicado. Más explícito el Tribunal sobre el particular, en su auto de 28 de octubre de 1953, hace las siguientes apreciaciones: "Linares manifiesta en su instructiva, que conducía el automóvil con todo cuidado y precaución; que al aproximarse al paso a nivel, yendo a velocidad moderada, como viera libre el paso, prosiguió la marcha, siendo entonces arrollado el vehículo por él conducido por la locomotora, sin que tuviera oportunidad alguna para maniobrar y evitar así el insuceso. **Su versión encuentra pleno y total respaldo en lo declarado por los pasajeros del vehículo** (subraya esta Sala), señores Agudelo Lagos, Juana Ortega de Agudelo y Manuel Legrizamón". Y más adelante: "De todo lo anterior, concluyese que en el caso a estudio, no hubo, por parte de los conductores de los vehículos accidentados, negligencia, descuido o imprevisión, como para que se estructure la culpa penal, pues el insuceso, a no dudarlo, **se produjo por la circunstancia de no hallarse el guardavía prestando sus servicios en el paso a nivel en los momentos en que se produjo el accidente ya que de haber estado, se habría atravesado la barra o vara con la cual se interrumpía el tráfico de vehículos automotores al paso de los trenes o máquinas por la vía férrea**" (se subraya, fls. 54 y ss., cuad. 1º), motivos por los cuales llega el Tribunal a la conclusión de que se debe confirmar la providencia apelada en cuanto, en conformidad con el artículo 437 del C. de P. P., sobreseyó en forma definitiva a favor del sindicado Linares. Es decir, encontró en conformidad con el numeral 1º de la disposición que se acaba de mentar, que Linares no se hallaba comprendido en el inciso 2º del artículo 12 del C. P.

"Planteada y decidida como quedó la situación de Linares en el proceso penal, es indudable que quedó completamente exento de culpa y declarada tal cosa por la justicia penal, en forma que no permite a la justicia civil volver a examinar su conducta como agente del demandante para poder admitir la defensa alegada por la parte demandada que intenta exculparse con culpa del dependiente de la víctima. No es pues admisible esta defensa. No se diga que se da un trato discriminatorio a las dos partes contendientes en cuanto se admite, por lo que hace al sobreseimiento proferido en favor del agente del demandante, que ello sí tiene influencia en el juicio civil y que no sucede al cosa a favor de la entidad demandada, en cuanto fueron sobreseídas sus agentes, puesto que la única defensa, por este aspecto presentada por la demandada fue la culpa directa en que dijo había incurrido el conductor del automóvil y que este punto sí fue examinado plenamente, como se acaba de ver, por el Juez penal y hallada por él la plena exculpación del chofer".

Precisamente porque la Sala comparte la tesis del Tribunal según la cual "en los fallos penales referidos se examina exclusivamente la culpa de los tres sindicados" desde el punto de vista exclusivo de su responsabilidad penal, no puede aceptar el tratamiento discriminatorio que en el fallo se da a las partes contendientes. Porque si en el proceso penal se investigó "la conducta de los tres sindicados", únicamente desde el punto de vista penal y por esa razón se considera que puede ahora estudiarse esa misma conducta desde el punto de vista civil, no hay razón alguna para que ese estudio civil no se extienda a los tres.

Leyendo las diversas sentencias que se produjeron en el proceso penal se deduce fácilmente que la decisión absolutoria a que en ellas se llegó tuvo como único fundamento el haber hallado a todos los sindicados exentos de culpa penal.

Del maquinista Giraldo Benavídez y del guardavía Pacheco Acero, el Juzgado 4º Penal del Circuito, dice:

"No se puede decir que el acusado Giraldo Benavides hubiese transgredido el artículo 12 del C. P., por cuanto como lo dice el expositor Carrara: 'La culpa se define así: 'La omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho' y no es dado asegurar que tal acusado en las diligencias que le corresponden o correspondía desempeñar el día de los hechos hubiera podido calcular que por una omisión del vigía su locomotora fuese a estrellarse contra el taxi, de forma que por este simple sentido no le cabe ninguna imputación ni

menos responsabilidad de índole penal, y de ello se sigue que a su favor se debe proferir un auto de sobreseimiento definitivo, al tenor de lo dispuesto por los arts. 437 del C. de P. P. 2º No es tan fácil de contemplar la ubicación procesal del sindicado Belarmino Pacheco Acero, porque él era el encargado de supervigilar la vía o el cruce entre el Ferrocarril y la carretera la bandono (sic). Pero su dicho de que fue violentado para que no lo hiciese aparece comprobado por prueba plural de testigos y entonces no se puede echar de menos su confesión calificada, porque no se puede perder de vista que sobre su personalidad físio-psíquica se operó sin su voluntad en ese trance una discusión (sic) de la misma, producto de las amenazas que recibió, y que él no estaba obligado a sufrir en su integridad física una grave lesión como era aquella de que se le amenazaba. Tuvo temor, se infundió en él un gran miedo y por eso ante el tumulto de gentes que le impidieron cumplir con su deber, dejó de estar presente en la salvaguardia que por la propia naturaleza de sus funciones se le había encomendado. De esto no se puede jurídicamente concluir que encaje su actuación en una omisión de actos previsibles, ni tampoco que los hubiese previsto y hubiese confiado imprudentemente en poderlos evitar, por donde deben separarse los elementos constitutivos de la culpa. Sobre tal particular conviene tener en cuenta de que el miedo, ante actos coercitivos ya de índole moral o material que se ejerzan sobre determinada persona, se presente y no se motiva como una reacción motivada por la representación de un peligro inminente y por lo mismo viene a constituir una reserva del instinto de conservación personal que no es exigible de que se pierda. De donde se sigue que un individuo que se encuentra en tales circunstancias no puede ser inculpado ni por omisión ni por negligencia en el desempeño de sus obligaciones. Y si eso es así, como lo es, es necesario determinar que también a Pacheco Acero lo debe sobreseer definitivamente".

Del chofer Linares dice el mismo Juzgado (f. 51): "También le fue recibida declaración indagatoria al chofer del taxi, señor Efraín Linares, de la cual aparece su afirmación perentoria de que cuando llegó al paso a nivel pudo observar que la vía estaba abierta, es decir, que el vigilante no había dejado la vara para interrumpir el tránsito, por donde siguió su ruta en la creencia de que ningún percance podía ocurrir".

Y el Tribunal Superior, al resolver sobre la consulta de los sobreseimientos, después de oír el concepto del Ministerio Público conforme al cual "de lo expuesto se evidencia que en el accidente mediaron circunstancias de fuerza mayor, imprevistas, etc., en forma tal que el hecho no se puede considerar como fortuito" (f. 53 vto.), llega a la misma conclusión diciendo (f. 54 vto.): "De todo lo anterior concluyese que en el caso a estudio no hubo, por parte de los conductores de los vehículos accidentados, negligencia, descuido e imprevisión como para que se estructure la **culpa penal**, pues el insuceso, a no dudarlo, se produjo por la circunstancia de no hallarse el guardavía prestando sus servicios en el paso a nivel en los momentos en que se produjo el accidente, ya que de haber estado se habría atravesado la barra o vara con la cual se interrumpía el tráfico de vehículos automotores al paso de los trenes o máquinas por la vía férrea". Y agrega a continuación: "Pero de esta omisión no podría deducirse responsabilidad penal alguna al encargado del servicio en el mentado paso a nivel, señor Belarmino Pacheco Acero, toda vez que se halla demostrado en forma plena que por insuperable coacción ajena, se vio precisado a abandonar el puesto de vigilancia y control de dicho lugar".

De lo anterior se deduce que evidentemente, como lo dice la sentencia apelada, en la investigación penal se estudió la conducta de los tres sindicados, y tan sólo esa conducta, sin referirse para nada a la responsabilidad civil que pueda caberle a las dos partes del presente juicio.

Como, por otro lado, se hizo el examen de la conducta de los tres sindicados considerándolos personalmente y no como agentes de sus empleadores o patronos, la Sala considera que el objeto de la investigación penal no coincide con el del presente juicio civil, en donde se trata solamente de averiguar la culpa en que pudieron haber incurrido las dos partes que ahora se querellan. Si bien la responsabilidad penal de los tres maquinistas quedó cubierta por la providencia dictada en aquella investigación, queda sin estudiar el campo civil y, por lo mismo, no es posible una contradicción entre las dos jurisdicciones, única razón de orden público que impone el deber de abstenerse de juzgar aquellos casos en que tal contradicción pueda presentarse. Y si la jurisprudencia ha sostenido, interpretando el artículo 28 del del C. de P. P., que el juez civil tiene libertad de apreciación sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado

criminalmente, lo ha hecho, entre otros motivos, porque casos como los aquí estudiados pueden generar perjuicios económicos y, sin embargo, no ser constitutivos de infracción penal.

3.—Estudiando la responsabilidad dice el Tribunal lo siguiente: "La actividad desarrollada por las ferrovías, como lo tiene dicho hasta la saciedad la jurisprudencia, es una actividad peligrosa a la cual hay que aplicarle la presunción de culpa establecida por el artículo 2356 del C. C. y por tanto no puede descargarse la responsabilidad de la Nación en el accidente que viene comentándose más que con la prueba de la causa extraña (fuerza mayor, hecho de tercero o culpa de la víctima) que sea exclusiva del daño" (f. 77 vto.).

Partiendo de esta premisa, examina la fuerza mayor o caso fortuito alegado por el apoderado de los ferrocarriles y que éstos hacen consistir en la huelga que se produjo el mismo día en que el accidente tuvo lugar y en el hecho de que el guardavía se vio compelido por los huelguistas a abandonar su puesto, para concluir así: "Resta examinar lo que considera como fuerza mayor el apoderado del Consejo. Hace consistir esta fuerza mayor en la huelga que se produjo el mismo día en que el accidente tuvo lugar y a que el guardavía se vio compelido por los huelguistas a abandonar su puesto. Sobre esto puede contestarse: la fuerza mayor, como lo dice el artículo 1º de la ley 95 de 1890, "es el imprevisto a que no es posible resistir"; ahora bien, como se desprende de la prueba aducida a los autos no hubo tal imprevisión de la huelga puesto que, como lo dijo el Ministro de Gobierno en su certificación que obra a folio 4, vta., cuad. 1º del expediente, el que en lo pertinente se copia, el Gobierno Nacional tenía conocimiento anticipado de que se iba a efectuar el paro en cuestión y que "quienes no concurrieron a trabajar el citado día 25 de noviembre no fueron determinados a ello por fuerza mayor, ya que el Gobierno prestó protección a los trabajadores del ramo de transportes", y tampoco era cosa que no hubiera podido ser evitada con mediana diligencia y cuidado por la Administración, vale decir la Nación, ya que si ordenaba, como ordenó, que no se suspendiera el servicio de transportes, ha debido mantener en los sitios peligrosos de las vías, como lo era el punto donde el choque se produjo, el debido servicio de vigilancia para que los huelguistas no hicieran abandonar el trabajo de los guardavías o para que si éstos siempre lo abandonaban fuera prestado por la fuerza pública.

"Deducense estas consecuencias de todo lo expuesto respecto a culpa:

"1º—Que debe aplicársele a la Administración, vale decir a la Nación, la presunción de culpa en el accidente que se ha narrado;

"2º—Que no aparece destruida la presunción a que se refiere el punto anterior...".

En realidad la jurisprudencia ha sostenido que el ejercicio de actividades que por su propia naturaleza son peligrosas, se presume la responsabilidad de quienes las ejercitan cuando ocurre un daño, y que para exonerarse de esa presunción debe comprobarse plenamente que el hecho o el accidente ocurrió por fuerza mayor, o caso fortuito, o por culpa de la misma víctima.

Ha sostenido igualmente que el artículo 2347 del C. C. consagra el principio de la responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes y que, en estos casos, si se aspira a quedar exento de culpa, es al demandado a quien corresponde suministrar la prueba de que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva autoridad le confiere y prescribe", no pudo impedir el hecho.

En el caso presente si bien las actividades ferroviarias han sido siempre consideradas como de suyo peligrosas, no es menos cierto que también el transporte en automóvil constituye una actividad de igual naturaleza, de suerte que ambas partes están obligadas a demostrar que pusieron toda su diligencia y cuidado para evitar el accidente, o que éste ocurrió por fuerza mayor, por caso fortuito o por culpa de la otra parte.

De autos aparece:

Con testimonios diversos, que en el momento del accidente, en el paso a nivel donde éste ocurrió, no estaban colocadas las barreras que generalmente se colocan para evitar el paso de vehículos automotores; que tampoco se encontraba allí el empleado guardavía y que el automóvil viajaba a moderada velocidad (declaraciones de Jorge Agudelo (f. 26, C. número 2), José Manuel Leguizamón y Jesús Coronado (fs. 26, 9 y 10); que Belarmino Pacheco, empleado del Ferrocarril encargado de guardar la vía y colocar las barreras, concurrió normalmente a su sitio de trabajo en el día del accidente, pero que fue obligado por los huelguistas, bajo amenazas, insultos y ataques a piedra, a retirarse de su sitio de trabajo (testimonios del propio Pacheco, de Jorge

Rodríguez, Jeremías Ramírez y Carlos Rincón Cruz, fls. 8 a 10 vto. C. número 3; c) Con certificaciones diversas que el servicio de vigilancia en el sector donde ocurrió el accidente estuvo a cargo del Comando de la Escuela de Caballería (certificado de la Policía Militar) (f. 22 y 22 vto. C. número 3) y d) que esta vigilancia efectivamente se prestó en el día, hora y sector señalados, en forma de patrullaje, por el personal de la Escuela de Caballería (certificados f. 16 y 14, C. número 3).

La diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal (fs. 26 vto. y 33 del C. número 2) acredita la existencia del paso a nivel, de las varas de seguridad y de las garitas para el vigilante; acredita también que al colocarse las varas de seguridad se evita el paso de automotores y consiguientemente las colisiones entre éstos y el ferrocarril. Nada expresa esta diligencia acerca de la visibilidad de que disponen los maquinistas y choferes en aquel sitio, a pesar de que la empresa demandada solicitó que este hecho fuera esclarecido en la inspección ocular y que el Tribunal así lo decretó en auto de fecha 6 de agosto de 1950 (f. 6 vto. C. número 3).

El demandante no se cuidó de esta prueba importantísima sobre la visibilidad ni tampoco de acreditar la dirección de los vehículos, indispensables ambas para poder deducir con certeza que de los hechos de ir a moderada velocidad y de haber parado, se pudiera deducir igualmente su prudencia. Por el contrario, la circunstancia de que hubiera sido la empresa demandada la que solicitó se dejara constancia de la visibilidad de que disponía el chofer y la no menos importante de que el actor no solicitó ni se preocupó de esta prueba, inducen a pensar que sí disponía de visibilidad, pues es natural que la empresa no solicitara una prueba que pudiera perjudicarla. Y si esta prueba no se practicó no fue por culpa de los ferrocarriles.

Ahora bien: la moderada velocidad con que viajaba el chofer, si bien constituye un elemento para demostrar la prudencia y el cuidado que ha debido emplear al atravesar la línea del ferrocarril, no comprueba plenamente dicha prudencia pues el conductor se halla obligado, si aspira a que se le repute como hombre prudente, no sólo a viajar a velocidad moderada sino también a estar permanentemente atento a los obstáculos de la vía. De esta suerte, la prueba presentada por el actor no puede considerársele suficiente para librarlo de culpa pues para ello hubiera sido necesario acreditar que no disponía de visibilidad, que algo le impedía observar la cercanía de la máquina.

Como este hecho no se halla demostrado plenamente, no es posible librar al chofer de toda culpa, y si las dos actividades que se estudian son igualmente peligrosas y, por ende, la carga de la prueba corresponde por igual a las dos partes, la presunta obligación a cargo de la compañía ferroviaria deberá reducirse al mandato del artículo 2357 del C. C.

En relación con la empresa demandada se observa:

Considera ésta que la huelga de trabajadores ferroviarios ocurrida el día del accidente y el obligado retiro del empleado encargado de guardar la vía constituyen una fuerza mayor, o un caso fortuito que la libra de la responsabilidad. El Tribunal sentenciador rechazó esta defensa a pesar de hallarse debidamente comprobados tales hechos porque de acuerdo con el certificado expedido por el Ministerio de Gobierno (f. 4 vto. C. número 1) que atrás se transcribió, no hubo imprevisión de la huelga pues "quienes no concurrieron a trabajar el citado día 25 de noviembre no fueron determinados a ello por fuerza mayor, ya que el gobierno prestó protección a los trabajadores del ramo de transportes".

El anterior certificado, como puede verse, habla de una protección general a los trabajadores de transporte, pero no de una particular a los de la estación del ferrocarril, ni menos al trabajador Belarmino Pacheco, encargado especialmente de colocar las barreras de defensa. Esta circunstancia, ratificada por los certificados expedidos por las fuerzas militares de los cuales se desprende que la vigilancia se efectuó en forma de patrullaje, merma fundamentalmente la fuerza probatoria de dicho documento y hace fácilmente explicable cómo apesar de esa vigilancia el accidente pudo producirse.

Como de autos aparece comprobado que el retiro del guardavía ocurrió alrededor de las 9 de la mañana y el accidente más o menos a las dos de la tarde, la Sala quiso conocer la conducta de la empresa en ese día y especialmente si había habido descuido al no reemplazar a dicho empleado inmediatamente. Para ello solicitó y obtuvo, por auto para mejor proveer, el informe oficial del actual Administrador de los Ferrocarriles que se transcribió atrás (f. 20 C. número 6) del cual se desprende: a) que tan pronto tuvo conocimiento de que los huelguistas pretendían impedir a los

trabajadores leales continuar en su trabajo, solicitó el concurso de la fuerza pública que más tarde le fue suministrado en forma de patrullaje, h) que poco después de las nueve (9) de la mañana tuvo conocimiento de que el guardavía había sido obligado a dejar su puesto por la coacción de los huelguistas.

Lo anterior vale decir que tampoco la empresa demandada fue lo suficientemente prudente para evitar el daño, pues si tuvo conocimiento del retiro del guardavía poco después de las nueve (9) de la mañana y el accidente ocurrió como a las tres de la tarde; y si la policía le prestó su concurso, ha debido o exigir de ésta la prestación del servicio local en el paso a nivel, o abstenerse de movilizar las máquinas en el caso de que tal servicio le fuera negado, o por lo menos exigir de sus operarios un extremo cuidado al atravesar los puntos peligrosos de la vía.

Establecido así que ninguna de las partes ha logrado comprobar los hechos que pudieran liberarlas de la culpa presunta, resta sólo examinar la cuantía de la indemnización debida a quien sufrió el daño, punto respecto del cual la Sala comparte el estudio hecho por el Tribunal de primera instancia, por haberse basado en el dictamen explicado y fundamentado rendido uniformemente por los peritos avaluadores, dictamen que por otra parte reúne las condiciones exigidas por el artículo 721 del C. J. Sólo que en virtud de lo expuesto, la sentencia habrá de reformarse para reducir a la mitad la cuantía de la condena.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, reforma el numeral segundo de la sentencia apelada, el cual quedará así: "2º -Condénase a la Nación a pagar al demandante **Gerardo Rojas O.** la suma de cuatro mil ciento veinticinco pesos ($ 4.125.00) en que se estima el valor de los perjuicios.

En todo lo demás se confirma dicha providencia.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora— Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

PRUEBA DE LA CALIDAD DE DUEÑO EN EL DEMANDANTE QUE EJERCITA LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS Y CERTIFICADO SOBRE SUFICIENCIA DE LOS TITULOS PRESENTADOS AL JUICIO

El dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de trabajos públicos es uno de los elementos axiológicos de indemnización por perjuicios, desde luego que el artículo 264 del C. C. A. dispone que en la demanda se debe expresar, en primer término, "El carácter o título con que la indemnización se reclama".

Desde luego, en esta clase de juicios no se trata de discutir el dominio de los bienes raíces, como en la controversia de la acción reivindicatoria; sin embargo, el demandante debe acreditar suficientemente su condición de dueño, por medio de la escritura pública debidamente registrada, puesto que si el predio ha sido ocupado, con motivo de trabajos públicos, por una entidad de derecho público, y se condena a ésta a pagar, a título de indemnización, el valor de la zona ocupada, aquél está obligado a transferir al demandado la propiedad de esa zona otorgándosele el título correspondiente, registrado como lo ordena la ley. Para establecer la tradición completa del inmueble que se transfiere es indispensable el certificado sobre libertad y vigencia de la inscripción, por el término de veinte años como lo informa el art. 635 del C. J., es decir que de ese certificado aparezca plenamente establecida la suficiencia del título. Así ocurre en los negocios de expropiación de inmuebles decretada por la autoridad competente, en los cuales el demandante, que es la entidad oficial, debe acompañar al juicio, según el art. 832 C. J. el certificado de libertad del bien que se va a expropiar, o sea que ese bien esté libre de todo vicio en un período de veinte años. De manera que si esa exigencia es obligatoria en los juicios de expropiación, también debe serlo en los juicios de indemnización por ocupación permanente de una propiedad, por parte de una entidad oficial, a causa de trabajos públicos; porque si en aquéllos, que conducen a una especie de venta forzada, la tradición del bien debe aparecer completa, libre de gravámenes y de vicios que puedan afectar dicha venta, por tratarse de la transferencia de una propiedad raíz, en los de indemnización los requisitos deben ser iguales para tener lugar la misma transferencia que constituye una operación de igual naturaleza.

Considera la Sala que si esta calidad de dueño no resulta comprobada en la forma exigida, no puede decirse que el demandante tenga personería suficiente para impetrar de la justicia las súplicas invocadas en esta clase de juicios, esto es que su personería sea legítima, que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, la que es uno de los elementos esenciales de la acción.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales — Bogotá, catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara

En virtud del recurso de apelación interpuesto por la Entidad demandada contra la sentencia de fecha 29 de enero de 1954, ha venido a esta superioridad el presente negocio para su conocimiento, por mandato del Decreto 0293 del presente año y en atención a lo dispuesto por el fallo sobre inexequibilidad de algunos artículos de la Ley 167 de 1941 pronunciado por la Corte el 20 de junio de 1955. Así pues se procede a hacer el estudio del juicio para proferir la decisión final, cumplidos como se hallan los trámites correspondientes a esta instancia.

La demanda

Por medio de apoderado demandó la señorita Flor de María Guarín Porras al Municipio de Málaga, el 16 de abril de 1952, ante el Tribunal Ad-

ministrativo de Santander, "a fin de que previos los trámites señalados por la Ley 167 de 1941, Capítulo XXII, se resuelva por sentencia definitiva lo siguiente:

"1º — Que el Municipio de Málaga está obligado a pagar a mi poderdante señorita Flor de María Guarín Porras, o a quien sus derechos legalmente represente, la suma de CINCO MIL pesos ($ 5.000,00) m|l. o la que se establezca durante el juicio, suma en que se estiman los perjuicios y los daños ocasionados por el Municipio con motivo de la prolongación de la carrera 3ª después de la calle 8ª que atravesó una finca urbana de propiedad de mi mandante dentro de la cual se hallaba construída una casa de habitación de tapias, madera y tejas, distinguida con el número 3-12 de la calle 8ª y alinderado así ... ...

"Que dicho pago se verifique una vez ejecutoriada la sentencia que ordene indemnizar".

El señor apoderado fundamentó la demanda afirmando que su poderdante es dueña del inmueble en referencia, ubicado en la zona urbana de la ciudad de Málaga, del municipio del mismo nombre en el Departamento de Santander; que dicho municipio ordenó la prolongación de la carrera 3ª de aquella ciudad y, en efecto, sin consentimiento de la dueña de la zona que con la obra se iba a ocupar, inició los trabajos y con ellos destruyó gran parte de la casa de habitación y ocupó una faja de terreno de más de cien metros de longitud por ocho metros de anchura; que la destrucción parcial de la casa la dejó inhabitable y que los trabajos se realizaron en el mes de mayo de 1950.

Aceptada la demanda se dio traslado de ella al Sr. Personero Municipal de Málaga quien la contestó manifestando que se oponía a las peticiones de la actora por carecer ésta de derecho para intentar la acción, ya que el Municipio no ha ejecutado ningún acto por el cual pueda aquélla reclamar indemnización por perjuicios. A los hechos respondió diciendo que ignoraba si la demandante es propietaria del inmueble en mención, si con motivo de la destrucción de la casa tuvo ella que abandonar ese inmueble, si el trayecto o zona ocupada tenía las dimensiones especificadas en el libelo y si hubo o no consentimiento de la señorita Guarín Porras para la ejecución de la obra.

Se abrió el juicio a prueba y se practicaron todas las que pidió el demandante, pues la entidad demandada no solicitó ninguna, y agotados los trámites legales profirió el Tribunal su fallo.

Las pruebas de la parte actora

Los elementos de juicios acompañados a la demanda, así como los que, a solicitud del apoderado de la actora, fueron recogidos por el a quo dentro del término probatorio son, —además de la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, el oficio Nº 142 del Ingeniero Jefe de la Zona de Carreteras de Pamplona, el certificado del Director General de Ferrocarriles y Carreteras Nacionales, y la copia del acta correspondiente a la sesión verificada por el Concejo Municipal de Málaga el 2 de junio de 1950; una copia de la escritura Nº 344 suscrita en la Notaría del Circuito de Málaga el 29 de diciembre de 1944, registrada el 30 del mismo mes y año bajo el Nº 40, folio 57, Tomo 9º del Libro 1º principal, por la cual María Purificación Guarín Porras vendió a Flor de María Guarín Porras el derecho de dominio sobre el mismo inmueble a que se refiere la demanda; y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Málaga, expedido el 7 de julio de 1952, en el que se declara que Flor de María Guarín Porras era, en aquella fecha, la poseedora inscrita del inmueble de que trata la citada escritura 344 por no haberlo enajenado en todo ni en parte a ninguna persona ni por ningún título; que tal inmueble se hallaba libre de toda clase de gravámenes, pleito pendientes etc. y que para expedir ese certificado "se examinaron los índices de los Libros Primero y Segundo principales, 1º y 2º duplicados, de Anotación de Hipotecas, de Inscripción de Embargos y Demandas Civiles, Patrimonio de Familia no embargable y Prenda Agraria en un período de NUEVE AÑOS".

El fallo de primera instancia

En el fallo recurrido por el representante legal de la entidad demandada se condena a ésta a pagar a la demandante, o a quien represente sus derechos, previo descuento del 30% por valorización, la cantidad de dos mil ochocientos un pesos m|c. "por concepto de indemnización como consecuencia de los daños ejecutados en su propiedad, con ocasión de la prolongación de la carrera 3ª del perímetro urbano de la ciudad de Málaga"; se dispone que el pago debe hacerse dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo y que la parte demandante queda obligada a suscribir, dentro del mismo término, a fa-

vor del Municipio de Málaga, el título traslaticio del dominio sobre la zona ocupada.

El concepto del Sr. Fiscal ante el Consejo de Estado

En su vista de fondo, el Fiscal 1° del Consejo de Estado analiza cuidadosamente las pruebas aportadas al juicio y de ellas deduce que los elementos axiológicos de la indemnización por trabajos públicos se hallan debidamente acreditados. Por ello conceptúa que el fallo recurrido debe confirmarse.

Consideraciones de la Sala

El dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de un trabajo público es, como se sabe, uno de los elementos axiológicos de indemnización por perjuicios, desde luego que el artículo 264 del C. C. A. dispone que en la demanda se debe expresar, en primer término, "el carácter o título con que la indemnización se reclama".

Desde luego, en esta clase de juicios no se trata de discutir el dominio de los bienes raíces, como en la controversia de la acción reivindicatoria; sinembargo, el demandante debe acreditar suficientemente su condición de dueño, por medio de la escritura pública debidamente registrada, puesto que si el predio ha sido ocupado, con motivo de trabajos públicos, por una entidad de derecho público, y se condena a ésta a pagar, a título de indemnización, el valor de la zona ocupada, aquél está obligado a transferir al demandado la propiedad de esa zona otorgándole el título correspondiente, registrado como lo ordena la ley. Para establecer la tradición completa del inmueble que se transfiere es indispensable el certificado sobre libertad y vigencia de la inscripción, por el término de veinte años como lo informa el art. 635 del C. J. es decir que de ese certificado aparezca plenamente establecida la suficiencia del título. Así ocurre en los negocios de expropiación de inmuebles decretada por la autoridad competente, en los cuales el demandante, que es la entidad oficial, debe acompañar al juicio, según el art. 832 del C. J. el certificado de libertad del bien que se va a expropiar, o sea que ese bien esté libre de todo vicio en un período de veinte años. De manera que si esa exigencia es obligatoria en los juicios de expropiación, también debe serlo en los juicios de indemnización por ocupación permanente de una propiedad, por parte de una entidad oficial, a causa de trabajos públicos; porque si en aquéllos, que conducen a una especie de venta forzada, la tradición del bien debe aparecer completa, libre de gravámenes y de vicios que puedan afectar dicha venta, por tratarse de la transferencia de una propiedad raíz, en los de indemnización de los requisitos deben ser iguales por tener lugar la misma transferencia que constituye una operación de igual naturaleza.

En atención a estos ordenamientos el juez debe estudiar detenidamente, en primer lugar, si el demandante que pide el pago de la zona ocupada es dueño de ese bien, es decir si ese sujeto activo ha adquirido la propiedad por los medios legales, para lo cual debe examinar los títulos que se hayan aportado al debate judicial, a fin de deducir la eficacia legal y el mérito de ellos, pues si se trata de venta de bienes raíces debe aparecer la translación del dominio en escritura pública, registrada legalmente en el libro correspondiente y, además, el certificado sobre suficiencia del título por un período no menor de veinte años, que es el término legal para extinguir la acción ordinaria que pueda deducirse en el caso de que la propiedad o el bien estuviera afectado de alguna irregularidad esencial. Sin ese certificado o con uno que se refiera a ocho o quince años, por ejemplo, nadie podría afirmar, ciertamente, que dentro de aquel período de veinte años o en el año anterior al que relaciona el certificado presentado, no se haya inscrito un título en que conste una condición resolutoria o cualquiera otro defecto de esa naturaleza que estaría vigente a la fecha de tal certificado y que vendría a incidir en la tradición legal del dominio del inmueble y a producir por ende un menoscabo en la calidad de dueño de la zona ocupada.

Por todo esto y por tratarse, —se repite—, de la transferencia de la propiedad del predio ocupado, es necesario acreditar la suficiencia del título respectivo, para demostrar de esa manera que el demandante es el verdadero dueño de ese bien y en tal forma librar a los interesados, y especialmente al demandado, que es la entidad oficial, de todo perjuicio, ya que ésta es la que asume la posición de compradora de la propiedad ocupada, por virtud de la venta forzada que el demandante le hace por medio del título correspondiente. De ahí que se exija la presentación del certificado de que trata el art. 635 del C. J. puesto que en esta forma queda definida legal-

mente la situación jurídica de la transferencia de la zona ocupada.

Sobre este particular la Corte ha dicho en sentencia de fecha 30 de junio de 1947, lo siguiente: "...la certificación sobre suficiencia del título a que se contrae el artículo 835 del C. Judicial se refiere a casos especialmente señalados por la ley, tales como, por ejemplo, para reclamar la suma DEBIDA por indemnización y pago en caso de expropiación que sobre una propiedad privada haga una entidad de derecho público; o cuando se demandan perjuicios en una propiedad cuya titulación quedó así suficientemente demostrada; o para iniciar una acción de participación en una comunidad o para obtener el desembargo en el caso del art. 1.008 del C. J. o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. etc...." (G. J. Tomo LXII, pág. 491).

De todo lo anterior se desprende que para la prosperidad de una acción de esta índole, como es la referente a la indemnización por ocupación permanente de una propiedad particular por parte de la Administración Pública a causa de trabajos públicos, es indispensable que el demandante acredite suficientemente su condición de dueño del predio, por medio de un título registrado, y la demostración de la suficiencia de ese título, con la presentación del certificado de libertad de que trata el art. 835 del C. J. por un período no menor de veinte años, según se ha puntualizado precedentemente.

Considera la Sala que si esta calidad de dueño no resulta comprobada en la forma exigida, no puede decirse que el demandante tenga personería suficiente para impetrar de la justicia las súplicas invocadas en esta clase de juicios, esto es que su personería sea legítima, que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, la que es uno de los elementos esenciales de la acción, que debe aparecer evidenciado en los autos, sin lo cual el juzgador no puede entrar a decidir sobre las declaraciones pedidas en la demanda.

Esta solución es la que se impone aplicar al caso en estudio, porque la demandante no ha demostrado en la forma legal su condición de dueña de la zona que se dice ocupó el Municipio de Málaga a causa de trabajos públicos, pues el certificado con el cual pretende establecer la suficiencia del título registrado sobre propiedad del inmueble no se ajusta a las exigencias prescritas por el art. 835 ya citado. Ese certificado tan sólo hace referencia a una tradición de nueve años según puede verse del siguiente pasaje de él, que dice: "CUARTO Que para expedir el presente certificado se examinaron los Indices de los Libros Primero y Segundo Principales, 1º y 2º Duplicados, de Anotación de Hipotecas, de Inscripción de Embargos y Demandas Civiles, Patrimonio de Familia no embargable y Prenda Agraria en un período de NUEVE AÑOS".

En estas condiciones la Sala estima que la demandante no ha satisfecho a cabalidad los requisitos legales que se requieren para acreditar que es dueña del predio en cuestión y siendo así no puede decirse que haya legitimación en causa y por lo mismo la actora no tiene personería para demandar las declaraciones que se solicitan en el libelo. Por lo tanto habrá de absolverse al demandado de los cargos formulados en la demanda, revocando el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo pronunciado en este juicio por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga el 29 de enero de 1954 y en su lugar absuelve al Municipio de Málaga de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Dueñas — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — QUE DEBE PROBAR EL DEMANDANTE PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio quince de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Bucnahora)

Por intermedio de su apoderado legal la señora Aurora Bonilla de Uribe, en demanda de fecha 16 de Junio de 1955, solicitó de la Corte la declaración de que pertenecen a los herederos del Dr. Carlos J. Bonilla y a su viuda Susana Sánchez de Bonilla el petróleo y los derivados de éste que se encuentren en el subsuelo de la finca denominada "TOMIN, TOMOGO Y GALLEGO", ubicada en el municipio de San Luis, Departamento del Tolima, compuesta de 7 lotes alinderados así:

"LOTES NUMERO UNO (1) y DOS (2) denominados EL DIAMANTE, LA CAMELIA y LA ESMERALDA, comprendidos dentro de los siguientes linderos: Desde un mojón de calicanto que hay en el punto en que se unen los caminos de Guamo y Guayabito, línea recta con el azimut de ciento diecisiete grados treinta minutos (117º 30') en dirección oeste a la margen izquierda de la zanja del Pital; de aquí, a una piedra clavada que está en la orilla de la peña de La Arenosa, llamada EL PITAL; línea recta al poniente donde está otro mojón de piedra donde se dividen los caminos de Contreras y Tomincito; de aquí, mirando hacia el sur por la cima del cerrito hasta encontrar una cerca de piedra; por ésta abajo hacia el poniente hasta su conclusión en la quebrada de La Arenosa; por ésta abajo, hasta encontrar a mano derecha unos cercos de alambre que dividen los potreros de La Esmeralda y La Chonta, éste último que fue de propiedad del señor Manuel José Olivera; por estos cercos y mirando hacia el occidente hasta encontrar con la quebrada de La Arenosa; por ésta abajo, hasta encontrar los cercos que dividen los potreros del Columpio, de propiedad de Pompilio y Joaquín Lopera, hoy de Neftalí Gombos; por estos cercos arriba hasta dar con los cercos de alambre en donde hay una piedra clavada y que divide los potreros del Calicanto, que fue de propiedad del señor Manuel José Olivera, y el de La Esmeralda; por estos cercos arriba mirando hacia el occidente hasta encontrar con el punto más alto del cerro de Tomincito; de aquí, tomando las chambas hasta su terminación, y de este punto, línea recta, hasta encontrar una palma caliá donde hay una piedra clavada; de aquí, lindando con terrenos que fueron de propiedad de Daniel A. Olivera, hoy de Francisco Pinzón, mirando al cerro occidental hasta la cabecera de la quebrada del Columpio; de allí línea recta, a la cúspide del cerro de La Buitrera; de este punto mirando al sur por la parte más alta de la cordillera hasta el principal nacimiento de la quebrada de Gambea; por el mismo filo abajo hasta encontrar con la cima del cerro denominado Guasano, Buesaco, o Loma Larga, donde se encuentra una piedra clavada en el punto que se denominó "Monte de Las Lajas"; que divide este terreno con el que fue de los herederos del señor Brígido Bonilla G.; de aquí, mirando en dirección general al oriente, línea recta a una piedra en la cima del morro que se denominó Morro Negro; de aquí, en la misma dirección general, línea recta, hasta dar con una piedra clavada que se denominó "La Calavera"; de aquí en la misma dirección general, línea recta, hasta encontrar con una piedra clavada en el punto que se denominó "La Piedra del Guarumito", en la margen izquierda de la quebrada de Chiculi; de este punto, línea recta, hasta dar con el camino que conduce de San Luis a Guasimito, donde comienza a colindar con terrenos que fueron de Aureliano Nieto, hoy de Ignacio Alvira; por este camino en dirección a San Luis hasta encontrar con el camino que conduce de San Luis al Guamo; por este camino hasta encontrar el mojón de calicanto, primer lindero citado". Este lote lo adquirió el propietario señor Carlos J. Bonilla, así: Parte por compra al señor Félix Bonilla G., según consta en la escritura número cincuenta y uno (51), otorgada en la notaría del circuito del Guamo, con fecha diecinueve (19) de enero de mil novecientos veinte (1920); parte por adjudicación en el juicio de sucesión de la

señora Tránsito Bonilla de Bonilla, juicio protocolizado en la notaría del circuito del Guamo, por instrumento número trescientos cuarenta y nueve (349) de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos veintinueve (1929); parte por permuta con el señor Jesús María Velásquez, según escritura número ciento sesenta y nueve (169), otorgada el diez (10) de septiembre de mil novecientos cuarenta (1940) en la notaría del Guamo; parte por compra a la señorita María Elena Olivera según escritura número trescientos veinte (320) otorgada el dos (2) de junio de mil novecientos veintiuno (1921) en la notaría del Guamo, y un pequeño lote por compra al señor Jacinto Barreto y a los hijos de Enriqueta Cerquera de Barreto, según escritura número quinientos noventa y tres (593) de fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos veintiseis (1926) de la notaría única del circuito del Guamo. De estos dos lotes se excluye un potrero llamado La Blanqueadora que tiene una extensión aproximada de cuarenta hectáreas (40) Hts. cuyos linderos son los siguientes: "De la desembocadura de la quebrada de Gamboa en la Chipalo, ésta abajo hasta encontrar una cerca de piedra que se encuentra en la margen derecha de dicha quebrada; inmediata al punto de la Peña Amarilla; de aquí, en dirección occidente, por dicha cerca de piedra, línea recta, al filo del cerro que está inmediato; de este punto al norte, por las cercas de piedra, alambre y chamba que dividen los potreros de "La Blanqueadora" con los de "La Yerbabuena" y "Nove" hasta la terminación de dicho cerco en la quebrada de Gamboa; de este punto, quebrada abajo, hasta su confluencia en la quebrada de Chipalo punto de partida". Se conviene expresamente que si el propietario Carlos J. Bonilla gana el juicio ordinario que sobre el lote de la Blanquendora le sigue el señor José Trinidad Olivera en el Juzgado Primero del Circuito del Guamo, o adquiere a cualquier título el lote, dicho lote, o potrero de La Blanqueadora quedará formando parte integrante de los lotes números uno (1) y dos (2), y se considerará también objeto de este contrato". LOTE NUMERO TRES (3), denominado San Miguel y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde un mojón que está en el camino de Guasimito, línea recta a una piedra clavada en el punto que se denominó La Peña de Guárumito, en la margen izquierda de la quebrada de Chicuali; de aquí en dirección oeste lindando con el lote número dos (2), con el azimut de setenta y seis grados treinta minutos (76º 30'), línea recta a una piedra clavada en el punto que se denominó La Calavera, distante del anterior dos mil novecientos quince (2.915) metros; de aquí, en dirección oeste, lindando con el referido lote, con el azimut de ciento veintiseis grados (126º), línea recta a una piedra clavada en la cima del morro que se denominó Morro Negro; distante del anterior mil cincuenta metros (1.050 mts.); de aquí lindando con el supradicho lote, en dirección noroeste con el azimut de ciento sesenta y ocho grados (168º), línea recta atravesando la cuchilla de Buesaco o Loma Larga a una piedra clavada en la cima del cerro de Tontin, en el punto que se denominó Monte de las Tejas, distante del anterior mil seiscientos sesenta y cinco (1.665) mts.; de aquí, por la expresada cima del cerro, hasta una piedra que se denominó La Meseta; de aquí lindando con el lote que fue de Domingo Bonilla, en dirección este, con el Azimut de trescientos veintiún grados quince minutos (321º 15'), línea recta a una piedra clavada en la cima de un cerrito que se denominó Morro León, distante del anterior mojón mil quinientos sesenta y cinco (1.565) mts.; de aquí en dirección este, lindando con el mismo lote de Domingo Bonilla, con el azimut de trescientos dos grados quince minutos (302º 15') línea recta a una piedra clavada en el punto que se denominó La Cruz, cercano a la casa del citado Domingo, distante del anterior mojón mil cuarenta y cinco (1.045 mts.); de aquí lindando con el mismo lote, con el azimut de doscientos ochenta y tres grados treinta minutos (283º 30') línea recta a una piedra clavada inmediata a una esquina de la casa de Vicente Guevara, distante del anterior dos mil cuarenta y cinco metros (2.045) mts.); de aquí en dirección este, lindando con el mismo lote de Domingo Bonilla, con el azimut de doscientos sesenta y siete grados treinta minutos (267º 30'), línea recta a encontrar el camino de Guasimito hasta un mojón que está en dicho camino y marca el lindero con el lote número dos (2) La Camelia. Este lote lo hubo el propietario, parte por compra a los señores León Bonilla, Nicolás Bonilla y Luisa Bonilla, según escritura número noventa y nueve (99), otorgada el cinco (5) de mayo de mil novecientos treinta y tres (1933) en la notaría del Guamo; parte por adjudicación en la sucesión de la señora Tránsito Bonilla de Bonilla que se encuentra protocolizada con escritura número trescientos cuarenta y nueve (349) otorgada el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos veintinueve (1929) en la Notaría del Guamo, y parte por compra a la señorita Aura

López conforme a escritura número trescientos tres (303) otorgada el tres (3) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) en la notaría del Guamo. Se excluye un lote de extensión aproximada de treinta hectáreas (30 Hcts.) que es hoy de propiedad de Jesús María Velásquez, situado alrededor de la casa del mismo, que es la misma que perteneció al señor Domingo Bonilla, y que colinda en todas las partes, cercas de alambre de por medio, con terrenos del propietario". LOTE NUMERO CUATRO (4) Un derecho proindiviso con el señor Domingo Bonilla, el señor Jesús María Velásquez y la señora Paulina Bonilla de Velásquez, derecho proindiviso que corresponde aproximadamente a la mitad del lote, el cual lote se denomina "Calica" y se deslinda así: "De una piedra clavada en la cima del cerro de Tomín, en el punto que se denominó "La Meseta", lindando con el lote que fue de Erígido Bonilla, en dirección este con el azimut de trescientos veintiún grados quince minutos (321º 15'), línea recta a una piedra clavada en la cima de un cerrito que se denominó "Morro Pelón" distante del anterior mil quinientos sesenta y cinco metros (1.565 mts.) de aquel en dirección este, lindando con el lote mencionado, con el azimut de trescientos dos grados quince minutos (302º 15'), línea recta a una piedra clavada en el punto que se denominó "La Cruz", cercano a la casa que fue de Domingo Bonilla, distante del anterior mil cuarenta y cinco metros (1.045) mts.); de aquí lindando con el lote indicado con el azimut de doscientos ochenta y tres grados (283º) treinta minutos (30') línea recta a una piedra clavada inmediata a la casa de Vicente Guayara, distante del anterior dos mil cuarenta y cinco metros (2.045 mts.); de aquí en dirección este lindando con el lote indicado con el azimut de doscientos sesenta y siete grados treinta minutos (267º 30'), línea recta a encontrar el camino de Guasimito; se sigue por este camino en dirección general sur, hasta encontrar el lindero del lote número cinco (5) adjudicado a Matilde Bonilla en la sucesión de Domingo Bonilla; de aquí en dirección oeste lindando con el lote adjudicado a Matilde Bonilla, con el azimut de noventa y cuatro grados quince minutos (94º 15'), línea recta a una piedra clavada en la cima del cerrito colorado que está a la izquierda de la quebrada Chicuali, de aquí en dirección oeste, lindando con el lote mencionado, con el azimut de ciento ocho grados (108º), línea recta a una piedra clavada en la margen derecha de la quebrada Chipalo, en el punto que se denominó Mata de Guadua, distante del anterior dos mil setecientos cinco metros (2.705 mts.); de aquí lindando con el lote aludido, en dirección oeste con el azimut de ciento veintidós grados treinta minutos (122º 30') línea recta a una piedra clavada en la cima del cerro de Tomín en el punto que se denominó El Montón, distante del anterior dos mil sesenta metros (2.060 mts.) y de aquí por la expresada cima al norte, hasta el primer lindero citado". LOTE NUMERO CINCO (5) Que fue denominado "La Esmeralda" en la sucesión de Domingo Bonilla, lote que para mayor claridad se divide en dos (2) partes, determinadas por los siguientes linderos: PRIMERA PARTE: "De la desembocadura de una zanja en otra también seca llamada Pabá, por las peñas de esta zanja o quebraca y cercos de alambre hasta encontrar el lindero sur del lote número cuatro (4); de aquí, lindando con el lote adjudicado a Domingo Bonilla en la sucesión de Domingo Bonilla (lote número cuatro (4), en línea recta a una piedra clavada en la cima del cerrito colorado que está a la izquierda de la quebrada de Chimalí; de aquí en dirección oeste lindando con el lote número cuatro (4) que fue de Domingo Bonilla y con el azimut de ciento ocho grados (108º), línea recta a encontrar la quebrada de El Verejonal; de aquí, por esta quebrada abajo, hasta encontrar el lindero del lote número seis (6) que fue adjudicado a Isabel Bonilla en la sucesión de Domingo Bonilla; de aquí lindando con el lote que fue de Isabel Bonilla y con rumbo de veintiocho grados treinta minutos (28º 30') al este, línea recta a una piedra clavada en el camino que de San Luis conduce a Ortega en el punto denominado Cartagena; y de aquí en dirección este, con el azimut de doscientos cincuenta y cinco grados (255º), línea recta de mil quinientos sesenta metros (1.560 mts.), al punto de partida". SEGUNDA PARTE. "Desde una piedra clavada en la margen derecha de la quebrada de Chipalo, en el punto denominado Mata de Guadua, punto que forma la colindancia con el lote número cuatro (4) que fue de Domingo Bonilla, se sigue en dirección oeste con el azimut de ciento veintidós grados treinta minutos (122º 30'), línea recta a una piedra clavada en la cima del cerro de Tomín, en el punto que se denominó El Montón, distante del anterior lindero dos mil sesenta metros (2.060 mts.), de aquí, por la expresada cima del cerro de Tomín, al sur hasta una piedra clavada en el punto denominado El Alto de Las Casitas; de aquí en dirección este, lindando con el lote número seis (6) que fue adjudicado a Isabel Bo-

nilla, con el azimut de trescientos doce grados (312º 30') (sic), línea recta a la desembocadura de la quebrada de La Arenosa en la quebrada de Chipalo distante del anterior punto dos mil seiscientos cincuenta metros (2.650 mts.); de aquí quebrada de Chipalo arriba, hasta encontrar la piedra clavada en la margen derecha de dicha quebrada, punto de partida". LOTE NUMERO SEIS (6), denominado La Florida y alinderado así: "De la desembocadura de una zanja seca a otra también seca llamada Pabá en dirección suroeste con el azimut de diecinueve grados (19º), línea recta a un mojón de calicanto que está en un cerrito de la punta norte del cerro de Guasimito, distante del anterior novecientos sesenta y cinco metros (965 mts.); de aquí al oeste lindando con el lote adjudicado a Adolfa Bonilla en la sucesión de Domingo Bonilla, con el azimut de ochenta y cuatro grados, línea recta a una piedra clavada en el punto de La Loma Alta, distante del anterior dos mil novecientos veinticinco metros (2.925 mts.); de aquí en dirección al oeste, lindando con el referido lote, con el azimut de ciento once grados treinta minutos (111º 30'), línea recta a la desembocadura de la zanja de El Lavadero en la quebrada de Chipalo, distante del anterior dos mil doscientos cinco metros (2.205 mts.); de aquí en dirección oeste lindando con el lote predicho con el azimut de ciento seis grados treinta minutos (106º 30') línea recta a una piedra clavada en la cima del cerro de Chicalá, distante del anterior seiscientos setenta y cinco metros (675 mts.); de aquí en dirección noroeste con el azimut de ciento cuarenta y cinco grados (145º), lindando con el lote referido, línea recta a una piedra clavada en la cima de un morrito que se denominó Los Peladeros en la cima del cerro de Tomín, cercano a la casa de Jesús Sandoval, distante del anterior dos mil doscientos ochenta metros (2.280 mts.), y de aquí por la cima del expresado cerro de Tomín al norte hasta una piedra clavada en el punto denominado El Alto de las Casitas; de aquí en dirección este lindando con el lote adjudicado a Matilde Bonilla con el azimut de trescientos doce grados treinta minutos (312º 30') línea recta a la desembocadura de la zanja de la Arenosa en la quebrada de Chipalo distante del anterior dos mil seiscientos cincuenta metros; de aquí en dirección este lindando con el lote aludido con el azimut de doscientos ochenta grados treinta minutos (280º 30') línea recta a una piedra clavada en el camino de San Luis que conduce a Ortega en el punto denominado Cartagena, distante del anterior tres mil cuatrocientos noventa y cinco metros (3.495 mts.); y de aquí siempre lindando con el lote antes dicho en dirección este con el azimut de doscientos cincuenta y cinco grados (255º), línea recta en el primer lindero citado, distante del anterior mil quinientos sesenta metros (1.560 mts.)'. LOTE NUMERO SIETE (7). Denominado Las Tapias y alinderado así: "De un mojón de calicanto que está en un cerrito de la punta norte del cerro de Cussimito en dirección oeste, lindando con el lote que fue de Isabel Bonilla con el azimut de ochenta y cuatro grados (84º), línea recta a una piedra clavada en la punta de La Loma Alta, distante del anterior dos mil novecientos veinticinco metros (2.925 mts.); de aquí en dirección oeste lindando con el referido lote, con el azimut de ciento once grados treinta minutos (111º 30') línea recta a la desembocadura de la zanja en El Lavadero en la quebrada de Chipalo, distante del anterior dos mil doscientos cinco metros (2.205 mts.); de aquí en dirección oeste lindando con el lote predicho con el azimut de ciento seis grados treinta minutos (106º 30'), línea recta a una piedra clavada en la cima del cerro de Chicalá distante del anterior seiscientos setenta y cinco metros (675 mts.) de aquí en dirección noroeste, con el azimut de ciento cuarenta y cinco grados lindando con el referido lote línea recta a una piedra clavada en la cima de un montoncito que se denominó "Los Peladeros" en la cima del cerro de Tomín cercano a la casa de Jesús Sandoval, distante del anterior dos mil doscientos ochenta metros (2.280 mts.); y de aquí por la cima del expresado cerro de Tomín, al sur, hasta una piedra clavada en el alto de Flor Amarillos; de aquí en dirección este, lindando con el lote que fue de Agustín Bonilla con el azimut de trescientos diez y nueve grados (319º), línea recta al Alto del Hediondo, distante del anterior dos mil metros (2.000 mts.); de aquí en dirección este lindando con el lote mencionado con el azimut de trescientos trece grados treinta minutos (313º 30'), línea recta a una piedra clavada en un boquerón del cerro denominado "Las Tapias" límite de Gallego, distante del anterior dos mil ciento setenta metros (2.170 mts.); de aquí, por la cima de dicho cerrito hasta un alto que está sobre un boqueroncito; de aquí con el azimut de doscientos sesenta y seis (266) grados al este del Paso de la Raiz, en la quebrada de Chicualí, distante del anterior ciento setenta y cinco metros (175 mts.); de aquí mirando hacia el oriente con el azimut de trescientos seis grados (306º), línea recta a la cima de un cerrito en el punto denominado Pe-

ñón Blanco, en donde hay un mojón de piedras distante del anterior trescientos ochenta y cuatro metros (384 mts.); de aquí al este, con el azimut de doscientos noventa y tres grados (393º) (sic), línea recta a la quebrada de El Salado, en donde existe una mata de Guadua; en su margen izquierda, distante del anterior seiscientos treinta y ocho metros (638 mts.) de aquí con el azimut de doscientos veintinueve grados treinta minutos (229º 30') dirección nordeste, línea recta al paso de La Angostura de La Loma Alta, por donde hay un camino, distante del anterior mil cincuenta metros (1.050 mts.) (sic) de aquí en dirección este con el azimut de doscientos setenta y tres grados (273º), línea recta a un montón de piedras que se encuentran arriba del cerrito de La Cruz, en otro cerrito que se ve a la orilla del camino público que conduce de San Luis para Ortega y que es lindero de tierras que fueron de los Orejuelas, distante del anterior mil doscientos sesenta y cinco metros (1.265 mts.); del indicado mojón con el azimut de doscientos setenta y tres grados (273º) al este, línea recta a un lindero de piedra que se halla establecido a inmediación del patio de la casa que fue de Antonio Correa, distante del anterior quinientos cuarenta y cinco metros (545 mts.;) de este punto en dirección este con el azimut de doscientos sesenta y ocho grados (268º) a dar a un lindero que está situado en la punta de una loma inmediata a la quebrada de Tomín, distante de la anterior trescientos setenta y cinco metros (375 mts.;) de allí en dirección este, con el azimut de doscientos sesenta y siete grados (267º) línea recta a una piedra clavada en la cima del cerro de Cuasimito, en el punto que se denominó El Hobo del Boquerón y de aquí por las expresada cima al norte hasta el mojón de culicanto, primer lindero citado". De este lote se excluye una porción pequeña de quince hectáreas (15 Hcts.), aproximadamente que fue vendida por la señorita Adolfa Bonilla a Julio Bonilla según escritura número cuarenta y nueve (49) otorgada el diecinueve (19) de enero de mil novecientos veinte (1920) en la Notaría del Guamo, porción comprendida dentro de los siguientes linderos: "De un mojón de piedra en el boquerón de las Tapias, por el filo de este cerro arriba hasta otro mojón de piedra en la punta de este cerro; de aquí línea recta al grupo de peñones grandes en donde se encuentran unas palmas altas; de aquí mirando al oeste al extremo de un cerrito que queda al lado norte de la casa de habitación del comprador; de aquí línea recta a una piedra clavada en las orillas de la quebrada Chipalo; Chipalo abajo, hasta otra piedra clavada al pie de un cerro de alambre; por este cerro arriba hasta encontrar con otra piedra clavada; de esta piedra mirando hacia el sur hasta encontrar otra piedra clavada en el extremo sur de unas matas; de aquí siguiendo por los cercos de alambre y peñas hasta encontrar con una piedra clavada; de esta piedra hasta dar con otra piedra clavada en la esquina de los cercos de alambre; de aquí mirando hacia el sur dar con otro mojón de piedra lindando en esta parte con terrenos del comprador y de los herederos del señor Domingo Bonilla; de aquí colindando con estos mismos terrenos hasta dar con el primer lindero citado en el boquerón de Las Tapias". En este lote se comprende el potrero denominado "Las Cuevas".

En derecho apoyó su petición en la ley 11 de 1921, en la de 30 de enero de 1843, en la 70 de 1866 en el Código Fiscal de 1873 y en los artículos 6º y 31 del Código de Petróleos.

Como fundamentos de hecho se expresaron los siguientes:

1 — Ser la señora Aurora Bonilla de Uribe heredera testamentaria del Dr. Carlos J. Bonilla y representar a la sociedad conyugal formada en segundas nupcias por éste con la señora Susana Sánchez de Bonilla;

2—Haber sido el Dr. Carlos J. Bonilla propietario de los terrenos descritos;

3 — Pertenecer al subsuelo petrolífero de los mismos terrenos a los demandantes "por haber salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de título emanado del Estado, y subsidiariamente a título de justa prescripción con base en la posesión inmemorial de esas tierras, acompañada de su explotación económica".

4 — La admisión por el Ministerio de Minas y Petróleos de la propuesta de contrato Nº 630, formulada por la Compañía Petrolera de San Juan para la exploración y explotación de petróleo en un globo de terreno de 11.752,674 metros, ubicado en los municipios de San Luis y Ortega, en el departamento del Tolima;

5 — El hecho de que la zona objeto de la anterior propuesta se superpone a la finca denominada Tomín, Tomogo y Gallego. En su demanda la actora hizo una larga enumeración de las escrituras públicas por medio de las cuales el Dr. Carlos J. Bonilla adquirió el derecho de dominio sobre los terrenos descritos y enumera igualmente los títulos de los antecesores de éste hasta el año de 1789.

Pero con la demanda solamente presentó las siguientes:

1 — La Nº 99 de 5 de mayo de 1933 por la cual León Bonilla y otros venden al Dr. Carlos J. Bonilla derechos y acciones en un terreno denominado Portachuelo (Notaría del Guamo);

2 — La Nº 307 de 15 de septiembre de 1944 por la cual Matilde Bonilla vende al Dr. Carlos J. Bonilla un lote denominado San José (Notaría del Guamo);

3 — La Nº 349 de 31 de agosto de 1929, Notaría del Guamo, que contiene la protocolización del juicio de sucesión de Tránsito Bonilla;

4 — La Nº 4958 de 9 de noviembre de 1945, Notaría Cuarta de Bogotá, que contiene la venta de unos inmuebles por parte de Carlos Roberto Bonilla a Carlos J. Bonilla;

5 — La Nº 162 de 16 de julio de 1937, Notaría del Guamo, sobre la venta de 3 lotes de terreno que hace Matilde Bonilla a Carlos J. Bonilla;

6 — La Nº 5878 de 18 de noviembre de 1944, Notaría Cuarta de Bogotá, sobre la venta que de unos lotes de terreno hace al Dr. Bonilla la señora Aurora Bonilla; y

7 — La Nº 1744 de 26 de junio de 1954, Notaría Quinta de Bogotá, y que contiene la protocolización de las diligencias de apertura y publicación del testamento otorgado por Carlos J. Bonilla.

Los demás títulos enumerados por la demandante, así como el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que acreditara su vigencia, se prometió traerlos al juicio durante el término probatorio.

Aceptada la demanda y dentro del término legal, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso contra ella la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandante. Tramitado este incidente, se produjeron las pruebas requeridas para acreditar la personería adjetiva con que se presentó la señora Aurora Bonilla de Uribe por lo cual, en auto de 6 de diciembre de 1955 y previa advertencia de que todo lo relativo a su interés en el pleito constituía una cuestión de fondo que sólo podría resolverse en la sentencia definitiva, se declaró no probada la excepción dilatoria propuesta.

Recibida la causa a prueba, los interesados no hicieron uso del derecho de pedir y hacer practicar las requeridas para el éxito de la acción intentada. Igual cosa ocurrió con el traslado para alegar de conclusión.

En estas condiciones, el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta que "prácticamente el juicio ha quedado expósito sin más pruebas que las que se acompañaron a la demanda" y que por lo tanto solicita se denieguen sus peticiones y se absuelva, en consecuencia, a la Nación, con imposición de costas a la actora.

El negocio ha sido tramitado legalmente sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, el término de pruebas transcurrió sin que el demandante hubiera hecho uso de él.

No se trajo el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste los documentos de origen oficial que permitieran acreditar su existencia; no se produjo prueba alguna encaminada a la determinación precisa y objetiva del terreno materia de la demanda; no se comprobó tampoco la propiedad actual de tales terrenos, ni que éstos se hallen dentro de la zona comprendida por la propuesta presentada al Ministerio de Minas. Quiere esto decir que no se satisfizo ninguno de los requisitos que tradicionalmente se han exigido para el éxito de la declaración de que el subsuelo petrolífero de determinados terrenos constituye propiedad particular.

Pero es que en el presente juicio ni siquiera se presentó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la vigencia de los títulos acompañados a la demanda, de suerte que el derecho de dominio sobre las tierras a que tales títulos se refieren no está tampoco acreditado, requisito éste fundamental para que —en el caso— de que se hubiere comprobado que esas tierras son las mismas delimitadas en la demanda, se hubiera dado por establecido el interés jurídico de la demandante en el juicio. Esta falta de titularidad impondría por sí sola, aún en el caso de haberse demostrado los demás requisitos enumerados atrás como indispensables para el éxito en acciones de la naturaleza del presente, la negativa de las peticiones de la demanda.

No se hace, pues, necesaria ninguna otra consideración para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Costas a cargo de la parte demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Bucnahora Camilo Rincón Lara — Roberto Goenaga — Jorge García Merlano Secretario.

CUANDO CON EL TRABAJO PUBLICO SE OCUPA LA MAYOR PARTE DEL INMUEBLE Y EL RESTO DE EL RESULTA INUTILIZABLE, ES EL CASO DE DECRETAR INDEMNIZACION POR EL VALOR TOTAL DE DICHO INMUEBLE

Cuando la ejecución del trabajo público impone la necesidad de ocupar la mayor parte de un inmueble de propiedad privada, y el resto de ella, por cualquier circunstancia resulta inaprovechable natural y económicamente para su dueño, lógicamente debe concluirse que el trabajo público afectó el bien en su totalidad, pues no sería equitativo ni justo establecer una división matemática del terreno para efecto de la indemnización a sabiendas de que la parte no ocupada carece en absoluto de valor, por inútil e inaprovechable. Si la inutilización del resto del inmueble es una consecuencia inmediata y necesaria de la ocupación con motivo del trabajo público, debe indemnizarse en su totalidad aunque no haya sido ocupado íntegramente, porque el daño se produjo en todo el predio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio quince de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado, Zoila Rosa Paz Sarmiento demandó ante el Tribunal Administrativo del Cauca al Municipio de Popayán, a fin de que se condenara a éste:

1º A pagar a la actora la suma de nueve mil ciento ochenta pesos ($ 9.180.00), o lo que se determinara por peritos, sin descuento ninguno por causa de valorización, y en concepto de indemnización por la construcción de un tanque nuevo para el acueducto del referido municipio, sobre parte de un lote de propiedad de la demandante.

2º—A pagar a la misma actora, mediante avalúo pericial, la indemnización a que tiene derecho por los daños causados en la parte del predio no ocupada por el tanque nuevo, pero perjudicada en diversas formas que lo han dejado completamente inútil por causa de la construcción del tanque, por el hacinamiento de tierra movida, ripios, desperdicios y sobrantes de la obra en referencia.

3º—A pagar a la misma, la indemnización por los daños causados por los mismos trabajos en el predio vecino al anterior, que también le pertenece, situado al Sur y Oriente de la carretera que conduce a las "Tres Cruces", el que también fue perjudicado en algunas de sus zonas donde se arrojaron ripios y tierra movida desde el predio superior en que se construyó el tanque.

Se ejercitó la acción consagrada por los artículos 261 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y se fundó en los siguientes hechos:

1. La demandante es dueña de un lote de terreno de 782 metros cuadrados de superficie, situado en el municipio de Popayán, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Norte, con terrenos del Municipio de Popayán, cerca de alambre de por medio; Oriente, con terrenos del Departamento del Cauca; Sur, con la carretera de circunvalación; y Occidente, con terrenos de la zona de circunvalación y terrenos del Municipio de Popayán".

2.—En parte del lote antes descrito, la Junta Administradora de las Empresas Municipales construyó un nuevo tanque para el acueducto de Popayán, propiedad del municipio, obra que fue hecha ocupando de facto el terreno mencionado.

3.—Con los desperdicios y tierras sobrantes de la obra quedó completamente inutilizado el resto del terreno.

4.—La demandante también es dueña de otro predio situado al Sur y Suroeste de la misma carretera de circunvalación, al cual también fueron arrojados tierra sobrante y otros ripios de la misma obra del tanque, por cuya causa se le ocasionaron perjuicios.

Surtidos los traslados y comunicaciones que son de rigor, al juicio se le dio la tramitación legal hasta que el Tribunal Administrativo, con fecha dos de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, lo desató por sentencia cuya parte resolutiva dice:

"**Primero.** — Condénase al Municipio de Popa-

yán, entidad de derecho público, a pagar a **Zoila Rosa Paz Sarmiento,** mujer mayor de edad, vecina de este Distrito de Popayán, por razón de los perjuicios ocasionados por dicho Municipio a la citada demandante con motivo de la ocupación de hecho de un inmueble de su propiedad, el pago de la suma de **tres mil trescientos pesos moneda legal** ($ 3.300.00); previa deducción del veinte por ciento (20%):

"**Segundo.**—En compensación con tal suma, la demandante **Zoila Rosa Paz Sarmiento,** al recibir el pago de la expresada cantidad, deberá otorgar a favor del Municipio de Popayán escritura pública de venta, en una de las Notarías de este Distrito, sobre todo el lote materia de esta litis, lote sito en esta ciudad, determinado con el número 7500 de las listas del Catastro, de inmuebles urbanos, adquiridos por la tradente por medio de la escritura pública número 1524 de 10 de septiembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera de Popayán, registrada el 26 del mismo mes y año, bajo la partida 125, folios 173, del Libro 1º, Tomo 2º Pares, y cuyos linderos son los siguientes: Norte, con terrenos del Municipio de Popayán, cerca de alambre de por medio; Oriente, con terrenos del Departamento del Cauca; Sur, con la zona de la Carretera de Circunvalación; y, por Occidente, con terrenos de la Zona de Circunvalación y con terrenos del Municipio de Popayán", superficie 785 metros cuadrados.

"**Tercero.**—No es el caso de hacer declaración alguna en relación con el segundo lote determinado en el hecho primero de la demanda, párrafo segundo".

El demandante apeló del fallo anterior, pero en virtud de las negociaciones que posteriormente se adelantaron entre las partes, desistió de dicha apelación (fs. 58 y 58 v. cuad. número 1). Al admitir el desistimiento, el Tribunal de instancia ordenó que la sentencia se consultara al Consejo de Estado, y éste adelantó el trámite pertinente a la consulta hasta ponerlo en estado de recibir sentencia definitiva. Mas, como consecuencia del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 30 de junio de 1955, que declaró inexequibles los artículos 261 a 269 del Código Contencioso Administrativo, "en cuanto (tales disposiciones) reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, **con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada** por la administración pública", el Consejo de Estado remitió el negocio a esta Sala de la Corte.

Las actuaciones y trámites surtidos durante la vigencia del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 tienen plena validez y efecto. Por tanto corresponde a esta Sala decidir sobre la consulta del fallo del Tribunal Administrativo, en lo que es de su competencia, o sea, en lo relativo a la indemnización demandada por concepto de perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo del trabajo público.

I.—Acredita la demandante su calidad de propietaria del predio determinado en el hecho primero de la demanda, con la presentación de la escritura pública número 1524 de 10 de septiembre de 1950, extendida ante el Notario Primero de Popayán, debidamente registrada, y los certificados de tradición y registro correspondientes, documentos éstos acompañados al libelo de demanda (fs. 6 a 17).

II.—La ejecución del trabajo público relacionado en el mismo libelo, ha sido demostrada con los siguientes documentos: a) copia auténtica del Acuerdo número 44 de 1944, del Concejo Municipal de Popayán, por el cual se autorizó al Personero Municipal para contratar un empréstito con el Banco Central Hipotecario, se expresó la destinación de los dineros obtenidos mediante tal negociación, y se creó y reglamentó el funcionamiento de la Junta Administradora del Empréstito Municipal" (fs. 30 a 38 cuaderno de pruebas del demandante); b) Escritura pública número 1197, de 13 de noviembre de 1944, de la Notaría 1ª de Popayán, que recoge el contrato a que se refiere el Acuerdo Municipal citado, y en el que se hace constar la aprobación del contrato por parte del Departamento del Cauca y la respectiva autorización del Gobierno Nacional (fs. 18 a 26 del mismo cuaderno de pruebas); c) Copia auténtica de la Proposición número 1 de la Junta Administradora del Empréstito Municipal, por la cual se autoriza al Administrador para contratar la elaboración "de planos, proyectos, presupuestos y construcción de un nuevo tanque de almacenamiento de agua filtrada, en la planta del acueducto", y se le faculta "para hacer los traslados que considere necesarios a fin de atender a la construcción de esta obra" (fs. 52 v. y 53, cuaderno de pruebas); d) Diligencia de inspección ocular a la Gerencia de las Empresas Municipales en donde se vio el cuadro de contabilidad

sobre el costo del tanque construido, sus adiciones y mejoras (fs. 36 v. y 39 ibidem); c) Inspección ocular en el terreno (fs. 44 a 46) y dictamen pericial (fs. 61 y 55.).

III.—La identificación del predio de propiedad de la demandante y su ocupación por la obra pública de que trata el pleito quedaron establecidas con el medio probatorio de la inspección ocular y dictamen pericial anexo. Los peritos, ingenieros Pedro Emilio Tomtas y Paulo Emilio Bravo, expresan sobre el particular lo que sigue:

"1º—Sobre la identidad de los terrenos de propiedad de la demandante, recorridos minuciosamente en la inspección ocular efectuada en los días ocho y trece de los corrientes, se constataron los linderos de las propiedades a que aluden las escrituras números 1062 de 21 de agosto de 1945, 521 de 1949, 862 de 28 de julio de 1950 y 1080 de 1º de septiembre de 1950 de la Notaría 2ª de este Circuito y 1524 de 19 de septiembre de 1950 de la Notaría 1ª, quedando confusa la demarcación del lindero del predio en litigio, en el sector ocupado por el nuevo tanque, debido a que los constructores no referenciaron la ubicación de la cerca existente originalmente.

"2º—La superficie del lote perteneciente a la demandante, cuyo área ha sido suministrado por la Oficina Seccional de Catastro del Cauca, que no consta numéricamente en ninguna escritura pública y asciende a 765 metros cuadrados, la hemos comprobado suficientemente sobre los planos del área urbana de la ciudad que conserva dicha Oficina, calculándola por el sistema de triangulación y midiéndola con el planímetro. Estos planos, en lo referente al lote en litigio, los encontramos idénticos a los que reposan en el protocolo de la escritura número 862 de 28 de julio de 1950, que consultamos personalmente en la Notaría 2ª y que fueron levantados por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Cauca, utilizando un eje trazado con tránsito de ingeniero a lo largo de la carretera de circunvalación que delimita, precisamente, en toda su longitud, el lote a que venimos refiriéndonos. De acuerdo con estos planos, los peritos efectuamos una tercera visita al terreno y comprobamos que la cerca de alambre de púas destruída, corría sensiblemente paralela al eje de la vía en una longitud aproximada de treinta (30) metros, de lo cual deducimos que, en este punto, el tanque nuevo entra sobre el terreno de la demandante en un cuarenta por ciento, más o menos. En consecuencia los linderos del lote así identificado corresponden a los señalados en la escritura número 1524 de 1950, antes consignados:

"3º— ... ...

"4º—Sobre la superficie ocupada por el tanque nuevo y las obras necesarias ejecutadas para consolidación del mismo o para otras finalidades técnicas', conceptuamos que tanto el tanque nuevo en sí, como los dos muros de contención levantados en el talud de la carretera, las superficies de cementación de estas obras, el bote de las tierras sobrantes y la instalación de un tubo de hierro de 6 pulgadas de diámetro con llave de paso y de una longitud de 23 metros lineales contados desde la esquina suroeste del tanque, necesario para un desagüe de emergencia del mismo, han ocupado la mejor parte de. lote, en proporción de un sesenta y cinco por ciento (65%) de la superficie de éste, dejando el resto sin utilidad ninguna para su propietaria".

Estima la Sala que el trabajo pericial producido en este juicio tiene el valor de plena prueba, por la debida fundamentación de los conceptos y deducciones, por los elementos técnicos y de convicción que utilizaron los expertos, y por la uniformidad en las conclusiones. La duda que hubiera podido surgir respecto a la determinación del predio de la demandante por lo anotado en el numeral 1º antes transcrito, o sea que el lindero, en el sector ocupado por el tanque, resultaba confuso "debido a que los contratistas no referenciaron la ubicación de la cerca existente originalmente", quedó despejada por los mismos en el punto 2º, al consultar no sólo los planos del área urbana de la ciudad suministrados por el Catastro, sino los levantados por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento que fueron protocolizados en la Notaría 2ª como parte de la escritura pública número 862 de 28 de julio de 1950, que trata de la venta de un terreno, del cual es parte hoy el de la demandante, al mismo Departamento del Cauca con destino a la carretera de circunvalación (fs. 9 y 10, cuad. número 2), y con una tercera inspección sobre el propio terreno que les permitió concluir: "En consecuencia, los linderos del lote así identificado corresponden a los señalados en la escritura número 1524 de 1950".

IV.—Las pruebas que se dejan relacionadas, en su conjunto, constituyen los elementos estructurales o presupuestos de la acción indemnizatoria que se ventila en el presente juicio, exigidos por

el artículo 264 del Código Contencioso Administrativo, aplicable por la justicia ordinaria en cuanto contempla el caso de la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo del trabajo público. Sólo que, en el caso de autos, podría surgir una duda proveniente de la deducción del dictamen de los peritos de que la construcción del tanque ocupó el sesenta y cinco por ciento (65%) de la propiedad de la demandante, lo que al parecer determinaría que la Corte tomara decisión únicamente sobre esta zona ocupada. Sin embargo, en el capítulo de las Conclusiones del trabajo pericial se expresa: "1º—Que el lote de la señorita Zoila Rosa Paz S., señalado en el Catastro con el número 7500, está totalmente inutilizado para su propietaria y por tanto la indemnización debe corresponder a toda su extensión superficiaria". Este aserto se halla fundamentado reiteradamente en el dictamen y en la adición explicativa propuesta por el Tribunal. En esta última (fs. 61 y 61 vuelto) se expresa: "De conformidad con los datos numéricos señalados en el punto anterior, la obra del tanque en sí y las de reparación y defensa del mismo, como las tierras movidas y ripios, han ocupado en total, dentro de la propiedad de la señorita Paz S., un área de 497 metros cuadrados, equivalente, al 65% de la superficie de dicha propiedad, computada en 765 metros cuadrados. En esta forma, el área restante, no ocupada físicamente por las obras mencionadas, ni por tierras movidas y ripios, se calcula por deducción en 268 metros cuadrados, **superficie ésta que consideramos totalmente inutilizada para su propietaria**, pues como lo afirmamos categóricamente en el ordinal 5º de nuestro dictamen pericial, el único sector en posición en donde puede edificarse una residencia es el ocupado por el tanque nuevo del acueducto y sus obras adicionales y de reparación y defensa. El sector restante no tiene utilización diferente a la de una zona verde, simplemente complementaria de la residencia que en aquel otro se levantara, pues se trata de una faja de terreno larga y angosta, comprendida entre el cierre o lindero de la propiedad y la cuneta del carreteable de circunvalación y bordeada por un talud de altura creciente hasta el muro de contención que actualmente resguarda el nuevo tanque. En este último sector del lote no es factible construcción ninguna para vivienda y, como queda dicho, su única utilidad radica en el servicio complementario de las obras realizadas por el Municipio en cualquiera de los trabajos accesorios que fuesen indispensables en el futuro. **Aisladamente considerado carecería de valor comercial**" (subraya la Sala).

Esta apreciación de los peritos, acogida en el fallo consultado al decretar el pago total del inmueble y su correlativa transferencia al Municipio, concuerda también con el criterio de la Sala. Cuando la ejecución del trabajo público impone la necesidad de ocupar la mayor parte de un inmueble de propiedad privada, y el resto de ella, por cualquier circunstancia resulta inaprovechable natural y económicamente para su dueño, lógicamente debe concluirse que el trabajo público afectó el bien en su totalidad, pues no sería equitativo ni justo establecer una división matemática del terreno para efecto de la indemnización a sabiendas de que la parte no ocupada carece en absoluto de valor, por inútil e inaprovechable. Si la inutilización del resto del inmueble es una consecuencia inmediata y necesaria de la ocupación con motivo del trabajo público, debe indemnizarse en su totalidad aunque no haya sido ocupado íntegramente, porque el daño se produjo en todo el predio. En el presente caso, con tanta mayor razón, cuanto que el resto del lote sólo podría utilizarse "en el servicio complementario de las obras realizadas por el Municipio en cualquiera de los trabajos accesorios que fuesen indispensables en el futuro", según el concepto pericial.

V. - El monto de la indemnización, señalado acordemente por los peritos con base en lo antes expuesto, es de $ 3.300.00 moneda legal, avalúo que hacen teniendo en cuenta "la situación del lote, su topografía, su distancia media de la zona residencial edificada, las transacciones que se han venido realizando en sectores vecinos durante los últimos tres años". Tal avalúo de la totalidad del terreno —parte ocupada por la obra y parte no ocupada— está satisfactoriamente explicado en la adición o aclaración del dictamen de los peritos pedida por el Tribunal (f. 61 vuelto, numeral 3º). Y por las razones que la Sala deja expuestas en el párrafo pertinente a la inutilización de la parte no ocupada, lo tiene como valor de la indemnización que legalmente debe pagarse a la demandante, acogiendo así por acertadas las conclusiones del fallo de primera instancia sobre el particular.

Motivo de salvamento de voto en el fallo consultado fue el punto relativo a la deducción del 20% del valor de la indemnización decretada en favor de la demandante en el numeral primero de la parte resolutiva. Pero la Sala considera que no es necesario estudiar tal cuestión, en vista de

que el señor apoderado de la parte actora desistió de la apelación interpuesta por él con el fundamento de que "el día de hoy se ha otorgado en la Notaría 1ª de esta ciudad la escritura pública que perfeccionaba esos arreglos (los adelantados por las partes sobre el pleito), **acatando la sentencia** a que me refiero" (memorial del folio 58). Así lo conceptúa también el señor Fiscal del Consejo de Estado.

Resta añadir, en lo que respecta a la tercera o última petición del libelo de demanda, relativa a los daños causados en un predio vecino al ocupado, que, según expresión literal del pedimento "también fue perjudicado en algunas de sus zonas donde se arrojaron ripias y tierra removida desde el predio superior en que se construyó el tanque", que este punto no corresponde decidirlo a la justicia ordinaria, porque los efectos del fallo de inexequibilidad del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 no afectan las normas que lo integran en cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las acciones indemnizatorias por simples daños a la propiedad. Para estos casos ha dispuesto la Sala en reciente providencia, que una vez en firme el fallo de la justicia ordinaria, el negocio vuelva al Consejo de Estado para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca con fecha 2 de octubre de 1953, en lo relacionado con la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo del trabajo público.

2º—En firme esta providencia, pasen los autos al H. Consejo de Estado para que resuelva sobre la consulta de la sentencia, en lo que atañe a la acción por daños a la propiedad.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—El Secretario, Jorge García Merlano.

CUANDO LA CONDICION RESOLUTORIA SE ESTIPULA SIN UN TERMINO EXPRESO DURANTE EL CUAL PUEDA EJERCITARSE, SE HA DE ENTENDER QUE ESTE NO PUEDE EXCEDERSE DEL TIEMPO SEÑALADO PARA LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio quince de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Las señoras Isabel Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard, por medio de apoderado demandan a la Nación, en juicio ordinario de única instancia, para que la Corte en sentencia declare:

"Que la Nación está obligada, prévio pago a ella de dos mil setecientos nueve pesos 25|100 m|l. por parte de mis poderdantes, a devolver a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio del señor Arturo Malo O'Leary y de la señora Elvira Tanco de Malo la zona de terreno destinada al servicio del Ferrocarril de Zipaquirá, especificada en el artículo primero de la promesa de contrato celebrada por el Ministro de Fomento señor José Manuel Goenaga G. en nombre del Gobierno Nacional y el señor Arturo Malo O'Leary el 30 de septiembre de 1892, por haberse cambiado la línea del Ferrocarril mencionado tal como se previó en el artículo cuarto del mencionado contrato. Esta zona de terreno mide seis mil setecientos setenta y tres metros catorce centímetros cuadrados, o sea, seiscientos quince metros setenta y cuatro centímetros de largo por once metros de ancho comprendido el grueso de las paredes divisorias y linda así: Por el Oriente y el Occidente con propiedades que fueron de Arturo Malo O'Leary denominadas Quinta de Merced y Rosales; por el Norte, con propiedades que fueron de Luisa Carbonell y después de F. Montaña y Pedro Jaramillo y por el Sur, con la quinta de la Magdalena que fue de propiedad de Paulina Carrasquilla y Ana Rita Espinosa, aguas del río del Arzobispo de por medio".

Subsidiariamente, "que se condene a la Nación a pagar a mis mandantes en dinero el valor de la zona de terreno a que se refiere el capítulo anterior".

Los hechos en que se apoya la demanda se expresan así:

"1º — El señor Arturo Malo O'Leary celebró con el Gobierno Nacional el 30 de septiembre de 1892 un contrato de promesa de compraventa que reza:

'Contrato número 60 de 1892. Celebrado con el señor Arturo Malo O'Leary sobre compraventa de un terreno para el Ferrocarril de Zipaquirá.

'José Manuel Goenaga G. Ministro de Fomento, en nombre del Gobierno, debidamente autorizado al efecto por el Excelentísimo señor Vicepresidente de la República encargado del Poder Ejecutivo, por una parte, y Arturo Malo O'Leary, en su propio nombre, por la otra, han celebrado el siguiente contrato:

'Artículo 1º — Malo O'Leary vende y el Gobierno compra una extensión de terreno ocupada por el Ferrocarril de Zipaquirá que mide seis mil setecientos setenta y tres metros catorce centímetros cuadrados, así: seiscientos quince metros setenta y cuatro centímetros de largo por once metros de ancho, comprendido el grueso de las paredes divisorias... La superficie del terreno motivo de este contrato está incluída dentro de la propiedad de la familia Malo O'Leary, denominada "Quinta de la Merced y Rosales", ubicada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad y encerrada dentro de los siguientes linderos: por el Norte y Occidente con el lote número cinco (5) de la misma finca; por el Sur con terrenos de... señor Honorato Espinosa y por el Oriente con la carretera del Norte.

'Artículo 2º — El Gobierno pagará a Malo O'Leary por la faja de terreno motivo del presente contrato, la suma de seis mil cuatrocientos tres pesos sesenta y cinco centavos ($ 6.403.65) m|c., así: dos mil setecientos nueve pesos veinticinco centavos valor del terreno necesario para el Ferrocarril en dicha propiedad según informe del señor D. Antonio Clonatofsky V. a quien se comisionó para examinar y medir el terreno; precio que le han fijado los peritos avaluadores señores Francisco Montaña y Federico Montoya, nombra-

dos el primero por parte del Gobierno y el segundo por parte del señor Malo O'Leary, según consta en la exposición presentada al Ministerio de Fomento en treinta de agosto próximo pasado por dichos avaluadores y aprobada por el Gobierno: y tres mil seiscientos noventa y cuatro pesos cuarenta centavos, valor de dos mil doscientos treinta y un metros cuarenta y ocho centímetros de paredes divisorias hechas con cargue de piedra y barda de teja, a razón de tres pesos cada metro que Malo O'Leary se compromete a construir para aislar su predio de la carrilera.

'Art. 3º — Malo O'Leary queda obligado a otorgar la escritura pública que dá lugar el presente contrato tan pronto como reciba la cantidad de seis mil cuatrocientos tres pesos sesenta y cinco centavos ($ 6,403.65 m/c.) que el Gobierno se obliga a pagarle como queda estipulado en el artículo segundo de este contrato.

'Artículo 4º — Queda claramente estipulado que si por cualquier causa fracasare la empresa del Ferrocarril de Zipaquirá, o si se hiciere un cambio en la línea del Ferrocarril en virtud del cual la carrilera deje de pasar por el predio de Malo O'Leary, éste tiene derecho a que se le devuelve el terreno materia de este documento, reintegrado previamente al Gobierno el precio recibido.

'Artículo 5º — Para que este contrato sea válido requiere la aprobación del Excelentísimo señor Vicepresidente de la República encargado del Poder Ejecutivo.

'En fé de lo expuesto firman dos ejemplares de un tenor en Bogotá a treinta de septiembre de mil ochocientos noventa y dos. José Manuel Goenaga G. - Arturo Malo O'Leary.

'Gobierno Nacional. - Bogotá, septiembre 30 de 1892. aprobado. - M. A. Caro, El Ministro de Fomento, José Manuel Goenaga G.'

"2º — El señor Arturo Malo O'Leary había hecho entrega real y material del lote cuya venta prometió a la Nación con anterioridad a la fecha del contrato mencionado en el punto anterior.

"3º — El señor Arturo Malo O'Leary construyó a sus expensas las paredes divisorias de las cuales trata la parte final del artículo segundo del contrato mencionado en el hecho primero.

"4º — El señor Arturo Malo O'Leary firmó el 9 de febrero de 1893 en la Notaría Segunda de Bogotá la escritura de compra-venta del inmueble cuya venta había prometido, pero tal escritura no fue firmada por el comprador por razones que se ignoran.

"5º — Según lo expuesto, el señor Arturo Malo O'Leary cumplió todas las obligaciones a cargo de él que provenían del contrato de promesa de compraventa mencionado en el hecho primero.

"... ... ...

"11º — El segundo de los eventos previstos en la cláusula cuarta del documento que he transcrito se realizó, puesto que el Ferrocarril del Norte abandonó la zona cedida por el señor Malo O'Leary, o lo que es lo mismo, la carrilera dejó de pasar por el predio del señor Malo, y sin embargo, la Nación no ha devuelto la zona cuya devolución se reclama en esta demanda.

"12º — Por lo tanto, la Nación está obligada a devolver a los causahabientes del señor Arturo Malo O'Leary el terreno materia de este juicio, reintegrándole previamente el precio recibido, de acuerdo con lo estipulado en el artículo cuarto del contrato referido.

"13º — Como el inmueble a que se refiere esta demanda es hoy de uso público, podría pensarse que la obligación contenida en la promesa de contrato que hago valer en este juicio se ha transformado en la de pagar el valor de la zona a cuya devolución se obligó la Nación; de ahí la petición subsidiaria ya que mis mandantes aceptarían esa solución".

Los numerales 6º a 10º inclusive, que se han dejado de transcribir, tratan de hechos referentes a la calidad de causahabiente del señor Malo O'Leary que ostentan las demandantes.

Se invocan en la demanda como fundamentos de derecho los artículos 1494 - 1495 - 1530 - 1540 1541 1602 1603 - 1604 del Código Civil, y 89 de la ley 152 de 1887.

Notificada al señor Procurador Delegado en lo Civil la anterior demanda, éste opuso las excepciones dilatorias de ineptitud de la acción interpuesta y la de cosa juzgada, que no prosperaron, conforme se declaró en providencia de fecha 4 de mayo de 1955. En consecuencia la Procuraduría contestó la demanda negando el hecho 5º manifestando no constarle los contenidos en los numerales 2º - 3º - 4º - 8º - 10, 11 y 13, ateniéndose al mérito de los documentos que respaldan los hechos 1º - 6º - 7º y 9º. Niega en general el derecho invocado.

Trabada la litis se abrió la causa a prueba y se decretaron y practicaron todas las pedidas por las partes; luégo se les entregó el expediente para alegar de conclusión, lo que hicieron ambas oportunamente. Por último, se dictó el auto de citación para sentencia, el cual se halla ejecutoriado. No se observa ninguna causal de nulidad que in-

valide lo actuado y por tanto se procede a fallar.

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil ha formulado las excepciones perentorias de nulidad del juicio por incompetencia de jurisdicción, la de prescripción adquisitiva en favor de la Nación, o extintiva en contra de los demandantes, y la de improcedencia de las acciones principal y subsidiaria propuestas, tales cuestiones han de examinarse en su orden para resolver el litigio.

Nulidad

Dice el señor Procurador:

"1 — Si conforme a los términos literales usados por el artículo 40 del C. J., la H. Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer privativamente y en una sola instancia de las controversias que provengan únicamente de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, parece obvio que no pueda considerarse atribuído a dicha corporación el conocimiento de aquellos asuntos o controversias que tienen su origen en un precontrato o simple promesa de celebrar un contrato. De modo pues, que si en el negocio que se estudia la acción promovida alude a un asunto o controversia proveniente de la promesa de contrato de 30 de septiembre de 1892, y no del contrato solemne de compraventa o que ésta se refería, pues tal contrato nunca se celebró, se ha incurrido en una nulidad por incompetencia de jurisdicción..."

No está de acuerdo al Corte con las apreciaciones de la Procuraduría, que acaban de transcribirse. El contrato se define como el concurso de voluntades sobre una o más prestaciones. En el documento de 1892 se pactaron concretamente varias, a saber: 1ª La venta del terreno, determinándolo por su ubicación y linderos, es decir, precisando el objeto a que el convenio se refiere. 2ª El precio de la venta. 3ª La obligación del vendedor de levantar a su costa unas paredes para aislar su predio de la carrilera, cuyo valor se señala igualmente. 4ª Se conviene en que el vendedor recuperará el terreno, devolviendo al comprador el dinero recibido, si la empresa del Ferrocarril llegare a fracasar, o si se hiciere un cambio en la línea en virtud del cual la carrilera deje de pasar por el predio de Malo O'Leary. El acuerdo de voluntades entre el Gobierno y el señor Malo O'Leary es perfectamente claro en los puntos a que se refieren las citadas estipulaciones. No es pues dudoso que en 1892 se celebró un contrato con las características propias de la naturaleza de éstos. No se elevó a escritura pública porque se reservó tal solemnidad para el momento en que el comprador hubiese pagado al vendedor el precio de la venta. Fue ese hecho que quedó pendiente lo único que demoró la elevación del contrato a instrumento público. La entrega misma del terreno se declara ya cumplida en el artículo primero: "Malo O'Leary vende y el Gobierno compra **una extensión de terreno ocupada por el ferrocarril**".

Estas observaciones demuestran que carece de fundamento la excepción de nulidad por falta de jurisdicción propuesta por la Procuraduría.

Prescripción adquisitiva

Sostiene el señor Procurador que en este negocio opera en favor de la Nación la prescripción adquisitiva, pues desde la promesa de contrato celebrada el 30 de septiembre de 1892 al primer reclamo que se formuló ante el Ministerio de Obras Públicas el 15 de septiembre de 1949, transcurrieron más de cincuenta y siete años; al cambio de la línea férrea ocurrido en 1933, va un lapso de cuarenta y un años; al 22 de febrero de 1955, fecha en que se presentó la demanda que dio origen a este juicio, han transcurrido más de sesenta y tres años; al 17 de diciembre de 1949, fecha en la cual se presentó una primera demanda ante la H. Corte, transcurrieron cincuenta y siete años.

Se gana por prescripción ordinaria el dominio de un bien raíz que se ha poseído regular e ininterrumpidamente durante el tiempo que señala la ley, según el mandato del artículo 2528 del Código Civil; y por prescripción extraordinaria, mediante la posesión por tiempo igualmente determinado y en las condiciones de modo indicadas en el artículo 2531 ibídem.

El cómputo del tiempo de la prescripción alegada por el Procurador ha de partir sin lugar a dudas desde la celebración del contrato materia de este juicio, toda vez que en el artículo primero se expresa claramente que el Gobierno compra una extensión de un terreno **ocupada** por el Ferrocarril, y cualquiera de las fechas mencionadas como término en que ha podido variarse la situación legal del ocupante —comprobadas en el juicio— señala el transcurso de un tiempo mayor al necesario para la prescripción adquisitiva. La venta no llegó a perfeccionarse por la omisión del comprador de firmar la escritura pública respectiva, a pesar de haber pagado el precio convenido. Aunque el 9 de febrero de 1893 se extendió una escritura en la Notaría Segunda del Circuito de

Bogotá, que debía llevar el número 180, y que firmó el vendedor, Arturo Malo O'Leary, tal escritura "se anuló por no haber comparecido a firmar el comprador", como así aparece de la atestación puesta en seguida de ella por el Notario, según copia tomada del original que puede verse a folios 3 a 5 del cuaderno número 1. Tal contrato de venta no llegó pues a perfeccionarse, ya que la venta de un bien inmueble requiere escritura pública y registro (art. 1857, inciso 2º C. C.).

La condición resolutoria prevista en el artículo 4º del convenio de 1892 se acordó para que produjese efecto como parte del contrato de compraventa. Este, como ya se ha visto, no culminó, no llegó a tener vigencia. La estipulación referente a la resolución del contrato tampoco operó en ningún momento, ni puede ahora producir efectos. No podía ni puede resolverse una venta que no se realizó.

Pero independientemente de ésta y del pacto sobre condición resolutoria, se cumplieron unos hechos que según la ley producen consecuencias respecto de la propiedad de la zona de terreno a que la demanda se refiere. La Nación estuvo en posesión tranquila e ininterrumpida del inmueble, desde 1892 hasta cuando lo cedió al Municipio de Bogotá, es decir, por un tiempo más largo del exigido por la ley para la prescripción extraordinaria. Circunstancia ésta que conlleva la extinción de los derechos del vendedor sobre la cosa. A su vez, conforme al principio establecido por el artículo 2518 del Código Civil, la Nación ganó el dominio del bien por la misma causa.

No está por demás considerar, en vía de hipótesis, lo que habría ocurrido si la condición resolutoria prevista en el artículo 4º de la promesa de venta hubiese tenido aplicación, como así lo sugiere y propone el apoderado de las demandantes. Si la condición resolutoria pactada se entendiera operante, también cesarían sus efectos al transcurrir el tiempo legal para la prescripción extraordinaria, porque el hecho de haberse pactado sin un término expreso para su extinción, en manera alguna podía significar que el presunto comprador ocupante quedaba ligado a perpetuidad a esa condición, ya que de acuerdo con el precepto consagrado en el artículo 37 de la Constitución Nacional, no hay en Colombia obligaciones irredimibles. Por consiguiente, aun en el hipotético caso aquí planteado, la Nación habría ganado igualmente por prescripción el dominio del bien que poseyó desde la época del convenio de 1892.

Las razones anteriores llevan a concluir que la excepción propuesta de prescripción adquisitiva en favor de la Nación, se halla plenamente demostrada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva en favor de la Nación, respecto del terreno materia del pleito.

Niéganse, por tanto, las declaraciones impetradas en el libelo de demanda.

Las costas a cargo de las demandantes.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Ruenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano Secretario.

EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

Las controversias a que se refiere el art. 40 del C. J., son aquellas —exclusivamente— que provienen o emanan de un contrato celebrado con la Nación, definición ésta que conlleva el supuesto de existir ese contrato con todas las solemnidades que le sean propias. De consiguiente, si como aquí ocurre, falta la prueba de la celebración del contrato, y en tal defecto se recurre a la declaración sobre preconstitución de esa misma prueba, es claro que no se trata ya de una acción proveniente u originada en un contrato, sino de otra muy diferente que debe ser materia de un juicio sujeto a dos instancias.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, quince de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

El 9 de marzo último presentó ante esta Sala el apoderado de los señores José Miguel Laserna y Lucio Duzán demanda ordinaria contra la Nación, para que en sentencia de única instancia se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª — Que entre los señores José Miguel Laserna y Lucio Dusán, de una parte, y el estado colombiano de otra, representado por los doctores Fernando Gómez Agudelo como Director de la Televisora Nacional y por el doctor Jorge Luis Arango como Director de Información y Propaganda del Estado, se celebró un contrato mediante el cual los primeros se obligaban a financiar una presentación de programas de dos horas diarias en la Televisora Nacional comprometiéndose de su parte la Radiodifusora Nacional de Colombia (Televisora) a ceder gratuitamente estas dos horas diarias y poner a disposición de los contratantes los elementos técnicos de que disponía y que fuesen indispensables para el perfecto desarrollo de los programas entendiéndose por elementos técnicos el personal puramente técnico con exclusión de libretistas, directores y productores, todo dentro de los términos que aparecen en las cartas cruzadas con fecha 26 de julio de 1954 y 27 de agosto del 54 entre los contratantes y el Director de la Radiodifusora Nacional de Colombia con anuencia del Director de Información y Propaganda del Estado;"

"2ª — Que en virtud de incumplimiento unilateral de dicho contrato lo cual ocurrió mediante nota de 28 de octubre de 1954 dirigida al señor Lucio Duzán por los señores José (sic) Luis Arango como Director de Información y Propaganda del Estado y por el señor Fernando Gómez Agudelo como Director de la Televisora Nacional, el estado colombiano tiene la obligación de pagar a los actores los perjuicios de todo orden tanto materiales como morales que les fueron ocasionados con tal decisión;

"3ª — Que el estado colombiano, con aprobación presupuestaria al Ministerio de Educación o a cualquier otro Ministerio está en la obligación de pagar a los señores Laserna y Duzán la suma de trescientos setenta y dos mil pesos ($ 372.000.-00) como indemnización por los perjuicios materiales que les fueron ocasionados con motivo del rompimiento unilateral e intempestivo del contrato a que se ha hecho referencia o la suma que se fije por peritos en el curso del juicio y de conformidad con el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil,

"4ª — Que el Estado Colombiano debe pagar con apropiación presupuestaria del Ministerio de Educación Nacional o a cualquier otro Ministerio la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) como indemnización por los perjuicios morales subjetivos que les fueron ocasionados a los señores Laserna y Duzán con motivo del rompimiento unilateral del contrato aludido por parte del Estado o a cada uno la cantidad de pesos equivalentes en su capacidad adquisitiva a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) colombianos en la época en que se expidió el actual Código Penal.

"5ª — Que el Estado Colombiano debe pagar con apropiación presupuestaria al Ministerio de Educación Nacional o a cualquier otro Ministerio la suma de cincuenta mil pesos m|l. ($ 50.000.00) como indemnización por los perjuicios morales objetivados que les ocasionó a los señores Laserna y Duzán por el rompimiento unilateral del contrato a que se ha hecho referencia".

De la relación de los hechos fundamentales de la demanda, se puede hacer la siguiente síntesis de ellos:

Los demandantes Laserna y Duzán "celebraron con la Radiodifusora Nacional (Televisión) y con el Director de Información y Propaganda del Estado, un contrato", conforme al cual los primeros podrían transmitir por la Televisora Nacional un programa de carácter cultural financiado por aquéllos, durante dos horas diarias, de 7 a 9 de la noche. Los segundos se comprometían a ceder gratuitamente los equipos y el personal técnico, a excepción de libretistas, directores y productores, durante las horas ya indicadas. La duración del contrato era de un año a partir del 1º de septiembre de 1954.

Las estipulaciones de que se trata, fueron ajustadas entre las partes contratantes, mediante un cruce de cartas; la primera de ellas, fechada el 26 de julio del año citado, dirigida por los señores Laserna y Duzán al Director de la Radiodifusora Nacional -Televisión-, en la cual se puntualizan las bases del respectivo acuerdo, dice en lo pertinente así:

"1 — Los suscritos (Duzán y Laserna) nos comprometemos a financiar una presentación de programas de dos horas diarias, entre las 7 y las 9 de la noche, a partir del próximo 7 de agosto, por el término de un año.

"2 — La Radiodifusora Nacional de Colombia -Televisión- se compromete a ceder gratuitamente estas dos horas diarias y poner a nuestra disposición los elementos técnicos de que disponga y que sean indispensables para el perfecto desarrollo de estos programas.

"3 — Como quiera que el interés fundamental de este convenio es incrementar el desarrollo de la Televisión y buscar su más amplia divulgación en el país, nos comprometemos a presentar programas y atracciones culturales de primera clase en las horas cedidas, programas que serán previamente aprobados y supervisados por Ud.

"4 — Como quiera que nosotros asumimos la costosa financiación de estos programas, es entendido que quedamos autorizados para vincular otras empresas que deseen colaborar en la difusión y progreso de la Televisión Nacional.

"5 — Las campañas publicitarias se realizarán en la forma más discreta y artística posible, y serán sometidas a la aprobación de Ud.

"6 — La publicidad de prensa tanto de nuestros programas como de los que Uds. directamente programen, correrá así mismo por nuestra cuenta".

Estas bases fueron acogidas por el Director de la Televisora Nacional, con el visto bueno del Jefe de Información y Propaganda del Estado, como consta en la nota de 17 de agosto de 1954, con algunas leves modificaciones, y ampliando el radio de acción de los empresarios Duzán y Laserna en el sentido de autorizarlos para transmitir eventos deportivos "y otros programas de tipo de control remoto los domingos y días feriados, en las horas diurnas".

Los señores Duzán y Laserna, relatan en los hechos, se dedicaron a la organización de los programas de televisión, y al efecto contrataron los mejores artistas nacionales y extranjeros, cuyas presentaciones tuvieron muy buena acogida. Esto ocurrió en los meses de septiembre y octubre de 1954. Desde luego, los contratistas Laserna y Duzán tuvieron que hacer grandes erogaciones y dedicar toda su atención en la preparación de los programas.

Pasados dos meses de labor, dicen los expresados contratistas, fue con gran sorpresa suya como recibieron una carta fechada el 28 de octubre de 1954, suscrita por los Directores de la Televisora Nacional y de la Oficina de Información y Propaganda del Estado, en la cual estos funcionarios les notificaban que el contrato en referencia quedaba definitivamente terminado.

La Televisora Nacional, continúan, se ha aprovechado de las inversiones hechas por los señores Duzán y Laserna, como quiera que ha entregado a otros contratistas los programas y experiencias aportados por los primeros, y ha causado a los demandantes enormes perjuicios de orden material y moral.

A la demanda fueron acompañadas las cartas y notas de que atrás se ha hecho referencia.

Por auto de fecha 9 de abril último se admitió la demanda, y se ordenó dar traslado de ella al señor Procurador Delegado en lo Civil, con la observación de que no se había acompañado a la demanda la prueba legal de la celebración del contrato, requisito indispensable para deducir la competencia de la Sala.

Dentro del término de dicho traslado, el Sr. Procurador Delegado presentó el escrito de fecha 28 de abril, en el cual propone las excepciones dilatorias de inepta demanda y de declinatoria de jurisdicción.

Abierta la correspondiente articulación y tramitada en debida forma, corresponde a este Despacho entrar a decidir de las expresadas excepciones, y para ello se considera:

Funda la primera excepción el señor Procura-

dor Delegado, en el hecho de que la demanda se encuentra mal formulada, por cuanto en la primera súplica se pide que se declare que se celebró el contrato de que se ha venido haciendo referencia, a la vez que se invoca como hecho fundamental de la acción la celebración del mismo pacto o contrato, lo cual, en sentir de la Procuraduría, contraría las disposiciones de los Arts. 737 y 738 del C. Judicial, que guardan armonía con lo preceptuado en el Art. 205 de la misma obra.

Encuentra, además, el señor Procurador esta otra circunstancia que en su concepto origina la misma excepción de inepta demanda:

"Al examinar cuidadosamente el libelo se observa que, mientras que las súplicas segunda, tercera, cuarta y quinta se refieren al incumplimiento unilateral del contrato por parte de la Nación y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales subjetivos y objetivados provenientes de dicho incumplimiento, en la súplica primera se pide que se declare que 'se celebró un contrato' entre los demandantes y la Nación. O lo que es lo mismo, en esta demanda se han ejercitado dos acciones que, según lo preceptúa el artículo 209 del C. J., numeral 2º, no pueden acumularse, porque no pueden sustanciarse bajo una misma cuerda por no seguir el mismo procedimiento judicial, ya que aquella a que se refiere la primera súplica debe ventilarse en juicio ordinario de dos instancias, mientras que la acción a que se refieren las cuatro súplicas restantes debe tramitarse en juicio ordinario de una sola instancia"

Hasta aquí el planteamiento de la primera excepción.

La segunda, o sea la de declinatorio de jurisdicción, está apoyada en las siguientes razones:

"a) La competencia especial y privativa que el artículo 40 del C. J. señala a la Sala Civil de Unica Instancia —hoy Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia— para conocer por la vía ordinaria de una sola instancia se refiere exclusivamente a 'las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona'. (Subrayo)".

"... ... ...

"Y si, en la demanda que se promueva en virtud del citado artículo 40 del C. J., al mismo tiempo que se pide que se condene a la Nación a pagar determinada suma por perjuicios materiales y morales (por haber incumplido un contrato celebrado por ella, en otra súplica se pide que se declare que dicho contrato se celebró, se están acumulando en la misma demanda dos acciones que, según lo establecido en el artículo 209 del C. J., no pueden acumularse, no solamente porque no son susceptibles de sustanciarse bajo una misma cuerda por no seguir el mismo procedimiento, como lo vimos atrás, sino porque la H. Corte no es competente para conocer de ambas en única instancia; y este motivo, en consecuencia, da base a la excepción de declinatoria de jurisdicción.

"La demanda de la referencia encaja perfectamente en el caso que se acaba de explicar. En las súplicas segunda, tercera, cuarta y quinta, en efecto, se pide que se declare que la Nación ha incumplido un contrato y que se le condene a indemnizar los perjuicios causados por tal incumplimiento; en la primera súplica, en cambio, se pide que se declare que dicho contrato se celebró, cuestión esta última acerca de la cual la H. Corte no puede entrar a conocer en una sola instancia, según los términos del citado artículo 40 del C. J."

En segundo término, punto b) de los fundamentos de la excepción a que ahora se alude, alega el señor Procurador el hecho de que los demandantes estiman haberse celebrado un contrato con la Nación, por intermedio del Director de Información y Propaganda del Estado y del Director de la Televisora Nacional, a través de las cartas cruzadas entre éstos y aquéllos en el mes de agosto de 1954.

"Como es natural, dice en esta parte el excepcionante, nadie osaría sostener con fundamento que estas dos simples cartas puedan constituir un verdadero contrato celebrado por la Nación, puesto que no se cumplieron los requisitos y formalidades legales indispensables para la celebración de negociaciones de esta clase en que interviene como parte contratante el Estado. Tales cartas podrían constituír quizá un precontrato o proyecto de contrato, pero de ninguna manera un contrato celebrado, es decir, perfeccionado; y en tal caso la H. Corte no sería competente para conocer del negocio, de acuerdo con el tantas veces citado artículo 40 del C. J."

Por razón de método, conviene considerar en primer término la excepción sobre declinatoria de jurisdicción, que encabeza la enumeración que hace el Art. 330 del C. Judicial.

No puede remitirse a duda el hecho de que en la demanda propuesta por los señores Laserna y Duzán se incoan dos acciones que, por su misma índole, no pueden ejercitarse simultánea y conjuntamente, la que versa sobre la declaración de

la existencia de un contrato, y la indemnizatoria de perjuicios provenientes de su incumplimiento.

La primera de dichas acciones se dirige a constituir la prueba esencialísima y primera de la existencia de un acto jurídico que a juicio del actor debe ser creada mediante declaración judicial, por faltar, en orden a su perfeccionamiento, ciertos requisitos de forma.

Estas acciones no pueden considerarse como incluídas dentro de la disposición exceptiva del Art. 40 del C. Judicial, puesto que las controversias a que esta norma se refiere, son aquellas —exclusivamente— que provienen o emanan de un contrato celebrado con la Nación, definición ésta que conlleva el supuesto de existir ese contrato con todas las solemnidades que le sean propias. De consiguiente, si como aquí ocurre, falta la prueba de la celebración del contrato, y en tal defecto se recurre a la declaración sobre preconstitución de esa misma prueba, es claro que no se trata ya de una acción proveniente u originada en un contrato, sino de otra muy diferente que, como acertadamente lo observa el excepcionante, debe ser materia de un juicio sujeto a dos instancias.

Si la Sala está inhibida para conocer de la súplica primera de la demanda de que se trata, por cuanto se está frente a una acción enderezada a preconstituir la prueba de la existencia de un contrato, como ya se dijo, surge como consecuencia su inhibición para conocer en esta oportunidad de la acción indemnizatoria de que se ha dado cuenta, puesto que para que la Corte pudiera avocar el conocimiento de esta acción, sería indispensable que se tratase de un contrato debidamente celebrado por la Nación, y aquí no aparece la prueba adecuada de la celebración de ese contrato, pues como tal no pueden considerarse las cartas acompañadas al libelo, y que explican de suyo el que los actores inicien la acción pidiendo que se declare que entre ellos y la Nación se celebró un contrato, con base en los documentos ya expresados, los que no revisten las formas o solemnidades que caracterizan todos los contratos celebrados con la Administración Pública.

Prospera, pues, la excepción estudiada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho resuelve:

Declárase probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta en este negocio por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el escrito de que se ha hecho referencia.

Con costas a cargo de la parte demandante.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga — Jorge García Merlano Secretario.

SE CONFIRMA EL AUTO POR EL CUAL SE NEGO EL EMBARGO Y SECUESTRO PEDIDOS EN ESTAS DILIGENCIAS PREVENTIVAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

En su propio nombre solicitó el doctor Próspero Ferrer Ibáñez al Tribunal Superior de Quibdó, el 25 de enero último, "el embargo y secuestro preventivos de los depósitos que tiene el Departamento del Chocó en la Sucursal del Banco de Comercio en esta ciudad, en cantidad suficiente para asegurar el pago de una obligación que tiene la entidad mencionada conmigo —dice—, la cual asciende a la suma de $ 2.500.00 moneda corriente y los intereses de dicha suma desde que se hizo exigible hasta que se verifique el pago".

Para dar fundamento a su solicitud, el doctor Ferrer manifestó que el 26 de agosto de 1954 había celebrado él con el Departamento del Chocó un contrato por el cual se comprometía a prestar a dicha entidad sus servicios profesionales de abogado en un juicio ejecutivo seguido por la misma entidad contra el señor Pedro Fidel Agudelo P., y el Departamento se obligaba a pagarle, en total, por sus gestiones, la suma de $ 4.500.00; que recibió $ 2.000.00 como cuota correspondiente al primer contado; que, terminadas sus gestiones, presentó al Departamento la cuenta por el resto de sus honorarios, pero como no le fue pagada, inició contra su deudor juicio ejecutivo ante la justicia del trabajo, mas como ese juicio no prosperó, pretendía iniciarlo de nuevo ante la justicia ordinaria, previas las diligencias preventivas que solicitaba. Afirmó, además, que el Departamento del Chocó no solamente se hallaba en mala situación económica sino que trataba de eludir el pago de la obligación en referencia.

Por auto fechado el 2 de febrero siguiente negó el Tribunal el embargo y el secuestro pedidos, entre otras razones, porque el contrato aducido como fuente de la obligación no se había presentado original sino en copia, y porque como pacto bilateral y conmutativo ese contrato no daba lugar a la exigibilidad de las obligaciones que contiene si la parte que reclamaba el cumplimiento de ellas no había cumplido, a su vez, las suyas, y de autos no aparecía acreditado, por parte del doctor Ferrer, el cumplimiento de la cláusula 8ª relativa a la prestación de fianza. De esa providencia apeló el peticionario y el recurso le fue concedido; mas dentro de la ejecutoria del auto que concedió la apelación presentó el doctor Ferrer los documentos que, según el Tribunal, hacían falta para completar la prueba sumaria, y en consecuencia manifestó que desistía del recurso y pidió que se atendiera su solicitud de embargo y secuestro.

En proveído del 24 de febrero en cita aceptó el Tribunal el desistimiento del recurso aludido y dispuso que una vez ejecutoriada esa providencia volvieran los autos al despacho para resolver la nueva petición formulada por el doctor Ferrer. Efectivamente, el 13 de marzo siguiente el Tribunal decidió no acceder a ese nuevo pedimento por ser improcedente. Contra ese auto interpuso el actor el recurso de reposición, como principal, y el de apelación en subsidio, y como el primero le fue negado, se le concedió el segundo en el efecto suspensivo, por lo cual fue remitido el expediente a esta superioridad. Y surtidos como están los trámites legales se pasa a resolver.

Sostiene el Tribunal que no es posible, jurídicamente, volver a considerar y resolver en estas diligencias la demanda sobre embargo y secuestro preventivos, porque habiendo desistido el doctor Ferrer de la apelación por él interpuesta contra el auto que los negó, la cuestión quedó así definitivamente fallada en este expediente, sin que ello signifique que la denegación del embargo y del secuestro haga tránsito a cosa juzgada puesto que podrán pedirse de nuevo, pero en tal caso "se ha de proceder —dice—, haciendo cuenta de que nada tiene que ver lo ya resuelto con lo que nuevamente se pida, ya que la circunstancia de haber quedado ejecutoriada la providencia con que se dio remate a la actuación, corta todo vínculo de relación entre lo actuado ya y cualquiera (sic) otras diligencias de carácter preventivo que puedan promoverse contra el nombrado

Departamento por el mismo demandante, así sea para pedir exactamente lo mismo que ya negó esta corporación en su auto de dos de febrero mencionado".

Por su parte, el apoderado constituído por el actor para alegar en esta instancia, sostiene que estando subsanada la irregularidad que hacía improcedente la acción preventiva, el Tribunal debe hacer un nuevo juzgamiento de la cuestión, tanto porque su auto del dos de febrero no lo inhibe para ello, como porque debe tenerse en cuenta el principio de la economía procesal, pues, en su concepto, sería absurdo que un litigante fuera obligado a reunir un cúmulo de pruebas para repetir una acción cuando sólo por olvido, por ejemplo, dejó de presentar el poder que tenía para actuar. Considera que en ese u otro caso análogo se dispone que previamente se satisfaga el requisito y que así ha debido disponerlo en este negocio el Tribunal. Por todo lo cual pide la revocatoria del auto apelado a fin de que el **a quo** "haga un nuevo pronunciamiento sobre la viabilidad de la acción preventiva".

No encuentra la Sala irregularidad alguna por parte del Tribunal al no indicar, antes de su fallo del dos de febrero las deficiencias de la prueba, porque en este caso no debe el fallador determinar con anticipación los documentos que le hagan falta al peticionario para completar la prueba sumaria que su acción requiera, puesto que ese procedimiento no está señalado en la ley y por lo mismo, al adoptarlo, se quebrantarían los ordenamientos procesales. Es al solicitante a quien incumbe aducir la prueba de acuerdo con las disposiciones legales respectivas. Al fallador sólo le corresponde proferir su decisión "dentro de los dos días siguientes a la prestación de la caución", como lo establece el 2º inciso del artículo 276 del C. J.

Como se deja visto, el Tribunal profirió su fallo de dos de febrero último, denegando el embargo y el secuestro preventivos solicitados. De ese fallo apeló el actor, pero luego desistió del recurso y el desistimiento fue aceptado.

Dice el artículo 463 del C. J.: "El desistimiento de un recurso produce el efecto de dejar en firme la providencia materia del mismo, cuando la parte contraria no lo ha interpuesto a su vez". De acuerdo, pues, con esta norma, el precitado auto de dos de febrero quedó en firme: no podía, por lo mismo, ser reformado de ninguna manera y, en consecuencia, dentro de estas diligencias quedó resuelta la acción preventiva en referencia. Por eso no sería jurídico el pronunciamiento, en este mismo expediente, de otro fallo, tal como lo pretende el actor, apoyándose en nuevos elementos de prueba complementarios de la anterior, porque ello equivaldría jurídicamente a borrar los efectos del desistimiento reconsiderando la providencia que, como se ha dicho, quedó en firme.

Ahora: si se considera que la prueba complementaria y los razonamientos consignados en el nuevo escrito implican una modificación de la situación planteada en la demanda de embargo, tampoco podría dictarse otro fallo dentro de este expediente, porque sería tanto como aceptar que dicha demanda admite modificaciones después de haber sido resuelta negativamente por medio de providencia debidamente ejecutoriada. Y si lo que el actor pretende es repetir su solicitud de embargo y secuestro preventivos, lo indicado entonces es formular de manera completa la demanda, iniciando así de nuevo la acción preventiva, mas no pretender revivir unas diligencias que tuvieron ya su tramitación legal y consecuencialmente fueron definidas. Si se aceptara que por tratarse de diligencias preventivas puede el interesado, sucesivamente, dentro de ellas y después de falladas, plantear una nueva situación procesal y aportar nuevos elementos probatorios hasta obtener la decisión que lo sea favorable, quedarían sin efecto las disposiciones que regulan el procedimiento en estos casos. Por lo demás, el principio de la economía procesal que a su favor alega el peticionario no tiene aplicación si para dársela se quebrantan las normas procesales, como ocurriría en el caso que se estudia.

Por todas estas razones la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto proferido en estas diligencias por el Tribunal Superior de Quibdó el 13 de marzo último.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

NECESIDAD DE LA PRUEBA DE LA CALIDAD DE DUEÑO Y SUFICIENCIA DEL TITULO DEL DEMANDANTE EN JUICIO SOBRE OCUPACION DE LA PROPIEDAD POR TRABAJOS PUBLICOS — EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

1 — La deficiencia del libelo de demanda por el aspecto formal, constituye la excepción dilatoria de inepta demanda, que se refiere al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; por lo mismo su alegación sólo es procedente dentro del término que el demandado tiene para contestar la demanda. Si no se propuso en esa oportunidad, no puede surtir efectos posteriormente, en el momento de dictar sentencia.

2 — Pide el señor Fiscal que se confirme el fallo de primera instancia, con la adición de que el demandado no debe pagar la indemnización hasta tanto el actor no le acredite la suficiencia del título de propiedad. Lo primero que cabe observar es que un fallo que dispusiera tal ordenamiento equivaldría a no resolver la cuestión que la justicia debe decidir. Porque uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el art. 635 del C. J. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio dieciocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Por virtud del fallo de inexequibilidad de las disposiciones que forman el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo vino este negocio a la Corte para su conocimiento, procedente del Honorable Consejo de Estado. Tal entidad lo sustanció hasta ponerlo en estado de proferir el fallo correspondiente a la segunda instancia. La actuación cumplida tiene plena validez y efecto de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto legislativo Nº 0293 de 1956. Corresponde a esta Sala de la Corte decidir.

El señor Crisanto Valdivieso O., demandó al Departamento de Santander para que le indemnice de los perjuicios causados al predio de su propiedad denominado "Lisboa", ubicado en jurisdicción del Municipio de Lebrija, e integrado por los lotes "Santa Clara" y "San Diego", con motivo de la construcción de la carretera que partiendo de la que de Lebrija conduce a San Vicente, en el punto de La Azufrada, ha de ir a El Corchal, sobre el Ferrocarril de Puerto Wilches. El demandante estimó los perjuicios en la suma de diez mil pesos moneda corriente.

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia que lleva fecha 15 de febrero de 1954 falló el juicio en primera instancia así:

"Primero. — Condénase al Departamento de Santander, representado por el señor Gobernador, a pagar la suma de SEIS MIL CIENTO DOCE PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($ 6.112.40) a título de indemnización por los daños causados en la construcción de la carretera que partiendo de La Azufrada, jurisdicción del Municipio de Lebrija, va a la línea del ferrocarril de Wilches, suma ésta que deberá ser entregada al señor Crisanto Valdivieso O., o a quien sus derechos represente.

"Segundo. — De la anterior suma general de indemnización de perjuicios, se descontará previamente el veinte por ciento (20%) en que se considera valorizada la propiedad del señor Crisanto Valdivieso, con la obra ejecutada.

"Tercero. — Para tener derecho a recibir la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) en que fue valorada por los peritos la zona ocupada por la carretera, o sea, la extensión de trece mil ciento un metros cuadrados (13.101 m.) deberá, previamente el señor Valdivieso otorgar el respecti-

vo título traslaticio de dominio en favor del Departamento de Santander".

El recurso de apelación se ha realizado por petición del señor Fiscal del Tribunal y del apoderado del Departamento.

Son hechos de la demanda:

"PRIMERO. — El señor Crisanto Valdivieso O. es dueño de un inmueble rústico denominado "Lisboa", ubicado en comprensión municipal de Lebrija y alinderado como lo dice la escritura pública Nº 1.726 de 6 de julio de 1951, otorgada en la Notaría Primera de Bucaramanga, escritura ésta en que consta que al señor Crisanto Valdivieso O. le fueron adjudicados dentro del juicio de sucesión de su difunta esposa Dominga Serrano de Valdivieso, los inmuebles determinados en la hijuela correspondiente a Crisanto Valdivieso O., por el precio de ciento dieciocho mil pesos ($ 118.000.00), título que fue registrado a la partida 205, Folio 209 del Libro 2º de la Registraduría del Circuito de Bucaramanga, el 29 de agosto de 1961 y que está vigente.

"SEGUNDO. — El Departamento de Santander ordenó construir una carretera a través del predio rústico denominado "Lisboa", determinado en el hecho anterior, y que es de propiedad del demandante, carretera ésta que desprendiéndose en el sitio de La Azufrada, sobre la carretera que va a San Vicente, sigue o ha de seguir a la Girona y El Conchal, sobre la línea del ferrocarril de Puerto Wilches.

"TERCERO. — El sector de la carretera que atraviesa el predio de propiedad del demandante, construído por el Departamento de Santander, en una longitud de un (1) kilómetro con doscientos metros (200), por doce metros de anchura, ha ocupado precisamente los lotes denominados "Santa Clara" y "San Diego", compuestos de las mejores vegas del predio referido, despedazando potreros y labranzas, y causando los siguientes daños: La ocupación de una (1½) hectárea y media de terreno sembrado; la urgencia de cercar el predio a lado y lado de la carretera, lo que implica el valor de 1.600 estantillos de madera y 26 quintales de alambre de púas; la destrucción de 603 matas de plátano; 791 matas de café; 100 matas de café en producción; un corte de maíz; 100 árboles maderables. Del mismo modo perjudicó parcialmente varias cercas existentes".

Para acreditar estos hechos el demandante produjo oportunamente las siguientes pruebas:

1 - Copia de la escritura pública número 1.726, de 6 de julio de 1951 de la Notaría Primera de Bucaramanga, por la cual se protocoliza el juicio de sucesión de Dominga Serrano de Valdivieso. Contiene la cartilla de adjudicación al señor Crisanto Valdivieso O., de la finca y lotes materia del pleito, determinados por su ubicación y linderos, y la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación, con el auto que la declara ejecutoriada. El título está registrado en debida forma. (folios 4 a 10 vuelto).

2 - Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Bucaramanga, en los que consta que los registros de la adjudicación de los mencionados lotes de "Santa Clara" y "San Diego" en favor de Crisanto Valdivieso no han sido cancelados, y en consecuencia éste aparece como dueño de dichos predios.

3 — Certificado de la Secretaría de Agricultura, Fomento y Obras Públicas del Departamento de Santander, acerca de la Ordenanza y Acuerdos que dispusieron la ejecución de los trabajos de la carretera La Azufrada-El Conchal iniciados en la primera quincena de diciembre de 1952 bajo la dirección del ingeniero Jorge Ahumada. (folios 28 vuelto y 29).

4 - Declaración del doctor José Neira Chacón, secretario de Fomento y Agricultura en la época de la construcción de la carretera, según la certificación que acaba de mencionarse, en la que declara: a) Que el Departamento de Santander construye la carretera La Azufrada-El Conchal, la cual atraviesa algunos predios del señor Crisanto Valdivieso O., y b) que éste presentó una reclamación a la Secretaría para que se le indemnizara de los perjuicios que estaba recibiendo con motivo de esa construcción, la que en parte se tuvo en cuenta "pues en lugar de echar la carretera por unos cafetales, se hizo pasar por donde él dijo que lo perjudicaba menos" aunque siempre se le hicieron daños en un cacaotal y unos potreros que hubo necesidad de atravesar. (folios 30 y 30 vuelto).

5 — Declaraciones de los señores Heliodoro Colmenares Parra, Antonio Gómez, Antonio García y Miguel Torres (folios 37 a 41), quienes afirman que la carretera en construcción pasa por los predios "Santa Clara" y "San Diego" de propiedad del señor Valdivieso y que por motivo de los trabajos se causaron daños en ellos, los cuales especifican.

6 — Inspección ocular, con asistencia de peritos, a la finca "Lisboa" (folios 43 a 46). El personal de la diligencia recorrió los linderos de las

fincas "Santa Clara" y "San Diego" y comprobó su identidad con los descritos en el despacho comisorio. Igualmente recorrió el trayecto de carretera objeto del pleito. Los peritos en su dictamen uniforme y debidamente fundamentado en cada uno de sus puntos, conceptuaron: 1º Que la carretera atraviesa los predios "Santa Clara" y "San Diego". 2º Que la carretera atraviesa el predio "Santa Clara" en una extensión de 900 metros y una anchura de once (11 mts.), y el predio "San Diego" en una extensión de 291 metros y con una anchura de once metros. 3º Que la vía atraviesa terrenos de primera calidad apropiados para cultivos de clima cálido y ocasionó daños en los cultivos de café, pastos artificiales, plátano y maíz, así como gran cantidad de árboles maderables. 4º Que la carretera ocupó dentro de los lotes mencionados una superficie total de trece mil ciento un metros cuadrados (13.101 m2).

7 — Avalúo de los perjuicios. Fundando también cada una de sus conclusiones, los peritos dictaminan sobre el valor de los daños ocasionados, cuyo total fijan en seis mil ciento doce pesos con cuarenta centavos ($ 6.112.40).

El señor apoderado del Departamento de Santander, al contestar la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, expresando que no le constan los hechos segundo y tercero, o sea los relativos a la construcción de la carretera, la ocupación del inmueble del demandante por tal motivo, y los perjuicios causados. Con relación al hecho segundo dijo tener conocimiento, por referencias de vecinos del municipio de Lebrija, de la existencia de un camino de herradura que partiendo de La Azufrada va a El Conchal, y agregó: "Por tanto, si acaso existe la carretera en construcción, es precisamente siguiendo la misma vía del camino de herradura, con las naturales variaciones que requieren esta clase de caminos". En apoyo de sus afirmaciones pidió que se recibieran las declaraciones de los señores Vicente Ariza y Pedro Mesa y las de las personas que éstos citaran. Sólo el último rindió la declaración pedida y en ella citó como testigos a Miguel Olaya, Luis y José Celis, y Germán Valenzuela, los cuales también declararon oportunamente.

El señor Fiscal del Consejo de Estado, en su vista de fondo para la instancia, conceptúa que la sentencia debe revocarse y negar lo pedido en la demanda, porque "Esta Fiscalía observa que la demanda tiene deficiencias que hubieran justificado su inadmisión, o la negativa de lo en ella suplicado al fallarse la contraversia por inepta". Funda su concepto en que el libelo de demanda omite la enunciación de hechos tales como la fecha o lapso en que tuvo lugar la ocupación, y la cita de las normas violadas. Subsidiariamente, para el caso de que se considere que no hay ineptitud de la demanda por esas omisiones del libelo, pide adicionar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo, en el sentido de que se disponga que el Departamento demandado no debe pagar el monto de la indemnización decretada mientras el actor no acredite la suficiencia del título de dominio que acompañó a la demanda, pues observa que los certificados de registro que obran a folios 2 y 3 del cuaderno principal, demuestran únicamente que al demandante le fueron adjudicados los predios objeto de la demanda en la sucesión de la señora Dominga Serrano de Valdivieso y que el registro de la adjudicación no ha sido cancelado, pero que en ellos no se certifica sobre la suficiencia del título al tenor de lo estatuido por el artículo 635 del Código Judicial.

Se considera:

Lo alegado en primer término, o sea la deficiencia del libelo de demanda por el aspecto formal, constituye la excepción dilatoria llamada de inepta demanda, que se refiere al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; por lo mismo su alegación sólo es procedente dentro del término que el demandado tiene para contestar la demanda. Si no se propuso en esa oportunidad, ya no puede surtir efectos y por tanto resulta innecesario considerarla.

Examen más detenido merece la petición del señor Fiscal de que se confirme el fallo de primera instancia, con la adición de que el demandado no debe pagar la indemnización hasta tanto el actor no le acredite la suficiencia del título de propiedad. Lo primero que cabe observar es que un fallo que dispusiera tal ordenamiento equivaldría a no resolver la cuestión que la justicia debe decidir. Porque uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular de lo expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del Código Judicial. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a

decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble.

El demandante señor Crisanto Valdivieso acompañó a su demanda la escritura Nº 1728, de 6 de julio de 1951, por la cual se protocolizó el sucesorio de la señora Dominga Serrano de Valdivieso, juicio en el cual le fueron adjudicados al actor los predios objeto del pleito. Consta que la partición y adjudicación respectivas fueron registradas en forma legal, y que ese registro no ha sido cancelado. Pero no consta cómo obtuvo la causante la propiedad de tales predios, pues no se trajo a los autos el certificado del registrador sobre las inscripciones y cancelaciones anteriores, que es el medio de acreditar la validez o suficiencia de un título registrado.

Se carece pues de la prueba legalmente admisible que acredite el interés jurídico del demandante en el pleito, es decir, la de ser legítimo dueño del inmueble. Conclusión que obliga a la Sala a fallar en forma adversa sus pretensiones. Pues la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción de parte del actor. No se trata aquí de la falta de un presupuesto procesal, que conduciría a la inhibición del juzgador para fallar sino de un elemento estructural de la acción, de un requisito necesario para obtener sentencia favorable: el de demostrar el demandante ser propietario del inmueble expropiado.

Sobre esta misma cuestión es oportuno recordar la siguiente doctrina de la Corte:

"La LEGITIMIDAD AD CAUSAM es cosa bien distinta de la LEGITIMATIO AD PROCESUM: aquélla es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en juicio por sí mismo o por medio de otros; la primera es requisito necesario para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio en sentido favorable o desfavorable. La LEGITIMIDAD AD CAUSAM es cuestión de fondo (MERITA CAUSAE) mientras que la LEGITIMATIO AD PROCESUM es cuestión de rito. Cuando el juez dicta la sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación del actor o del demandado en la causa niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder de ella". (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, pág. 345).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo apelado y en su lugar absuelve al demandado de los cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y remítase el expediente al tribunal respectivo.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano El Secretario.

JUICIO CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. -Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El abogado Enrique Rochels presentó al Juzgado 2º Superior de Cúcuta un poder conferido a él por José de la Cruz Hernández, para que lo asistiera judicialmente en el sumario que se le seguía por el delito de homicidio. El negocio acababa de salir del despacho del Juez con un auto de sobreseimiento definitivo. El Juez, doctor Pablo Arias Rubio, negó el reconocimiento del poder y por esta actuación fue acusado ante el Tribunal. En tal proceso, adelantado por los trámites previstos por el Decreto 3665 de 1950 sobre sanciones disciplinarias, explicó el funcionario su actuación manifestando que, al presentarse el mencionado poder, fue informado por el doctor Celedón Vanegas, abogado que hasta entonces apoderaba al sindicado, que el doctor Rochels había obtenido el poder de aquél prometiéndole la inmediata libertad, por haber averiguado que el Fiscal había emitido concepto favorable al reo y pedido un sobreseimiento definitivo a su favor. "De esto conclui —dice el Juez— que el sindicado iba ser víctima económicamente". Al decidir el Tribunal ese juicio halló indebida la actuación del Juez y le impuso una multa; pero además, considerando que podía existir una falta contra la moral profesional en el proceder del abogado Enrique Rochels por la forma como pudo obtener el poder aludido, ordenó adelantar el presente juicio contra él.

Durante el término probatorio se adujeron las siguientes pruebas: declaración del Juez Pablo Arias Rubio, del Secretario del Juzgado Efraín Bohórquez, del doctor Celedón Vanegas y del doctor Enrique Rochels. Además se allegó un certificado sobre la matrícula de este último en el Tribunal de Pamplona.

Agotado el trámite pertinente y previo concepto fiscal, el Tribunal dictó la sentencia que lleva fecha 11 de agosto de 1955, en la que declara: "En este proceso no se ha demostrado la existencia de hecho alguno que constituya una falta en el ejercicio de la profesión de abogado, y por consiguiente, no es el caso de imponer al doctor **Luis Enrique Rochels S.** sanción alguna de las previstas en la Ley 69 de 1945, y así lo declara administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Fiscal y en desacuerdo con él".

La consulta pertinente de este fallo ha tenido el trámite legal. Por tanto se pasa a decidir.

Las pruebas a que se ha hecho referencia son:

1) Copia del informe rendido por el Juez Pablo Arias Rubio en la tramitación de la queja seguida contra él por la negativa a reconocer el poder conferido al doctor Rochels, y al cual se aludió antes (fs. 7 y 8).

2) Declaración del secretario del Juzgado, señor Efraín Bohórquez, en la que relata también que el doctor Vanegas, al enterarse del nuevo poder que otorgaba el sindicado, les manifestó a él y al Juez que ese poder había sido obtenido por el doctor Rochels prometiéndole la libertad al sindicado, por haberse enterado de que el Fiscal había emitido concepto favorable a sobreseimiento. Este testigo expresa, sin embargo, que no cree que el doctor Rochels buscara un interés pecuniario en el asunto, porque el preso era muy pobre y él mismo había presenciado cómo el doctor Celedón Vanegas le había obsequiado cinco pesos para que pudiera irse a su casa una vez puesto en libertad (fs. 15 vuelto y 16).

3) Declaración del doctor Celedón Vanegas. Dice el testigo: "Recuerdo que fuí apoderado de José de Jesús Hernández en las diligencias sumarias que contra él se adelantaban y en las cuales aparecía como sindicado del delito de homicidio. El señor Fiscal al emitir el correspondiente concepto de fondo pidió al Juez dictara sobreseimiento, me parece que definitivo, a favor de mi mandante: el señor Juez dictó sobreseimiento a favor del reo, providencia que me fue notificada en presencia del sindicado y ya beneficiado con la gracia y de dos guardianes de la cárcel modelo. Al notificarme el señor secretario del Juzgado la referida providencia, le dicté una extensa constancia sobre lo que yo sabía con respecto al proceder del doctor Rochels, constancia que necesariamente tendrá que obrar en el citado sumario. Según informaciones que tuve en esa época y que he seguido teniendo, el doctor Ro-

chels acostumbra tener en la cárcel a individuos que le sirven de arrastradores, como suele decirse en el argot comercial. En otros términos, son individuos que se encargan de buscarle clientes al comerciante, y aquí en este caso al doctor Rochels; uno de esos individuos, según me informó el sindicado José de la Cruz Hernández, lo insistió mucho para que revocara el poder y se lo diera a su amigo el doctor Rochels; Hernández me contó que él se había negado reiteradas veces a revocarme el poder pero que, prácticamente había sido obligado a ello, por los amigos del doctor Rochels, quienes le habían prometido que el doctor lo sacaría absuelto en el término de horas o de días, y que le hacía la defensa por la rebaja de los honorarios que yo le estaba cobrando; que en atención a la efectividad de las referidas promesas, él -José de la Cruz Hernández- había aceptado y consecuencialmente le había dado poder al doctor Rochels" (fs. 20 y 20 vuelto).

4) Copia de la constancia dejada en el sumario, a que se refiere el declarante doctor Celedón Vanegas, cuyo texto es el siguiente: "El sindicado antes de firmar la anterior notificación manifestó que quería dejar constancia expresa de que le había otorgado poder al señor doctor Luis E. Rochels, porque éste en reiteradas ocasiones le había pedido que le diera el poder; que el sindicado se negaba porque ya tenía su apoderado que lo era el doctor Celedón Vanegas; que no obstante la anterior manifestación, el señor doctor Rochels insistió varias veces para que se le concediera el poder, prometiéndole que no lo dejaría llevar a audiencia y que le cobraría más barato que lo que le pudiera interesar por concepto de honorarios al doctor Vanegas..." (f. 23).

5) Declaración del doctor Enrique Rochels. Esta expresa que aceptó el poder del sindicado Hernández, sin exigir ni recibir dinero de él, y sólo por ayudarlo a resolver su situación legal, dada la extrema pobreza en que se encontraba (fs. 25 y 26).

Examinando las piezas del expediente hasta aquí relacionadas, que son las que atañen directamente al cargo investigado, se tiene lo siguiente:

El Juez 2º Superior y su Secretario tuvieron conocimiento del proceder atribuido al doctor Rochels por las manifestaciones que les hizo el doctor Celedón Vanegas Sánchez cuando se notificaba al sindicado la providencia que le negaba el reconocimiento de apoderado. El doctor Vanegas Sánchez, a su vez, se enteró de los hechos porque el sindicado le contó que uno de esos individuos que el doctor Rochels acostumbra tener en la cárcel para conseguir clientes, le insistió para que le otorgara poder a éste, bajo la promesa de conseguirle pronto la libertad y cobrarle por honorarios menos que lo que otro abogado le exigía. Es de advertir aquí, que el mismo doctor Celedón Vanegas en la constancia que redactó dentro del sumario y que aparece como dejada por el propio sindicado, afirma que fue el doctor Rochels quien personalmente habló con dicho sindicado para obtener de él el otorgamiento del poder, mediante las promesas ya conocidas.

No fue posible lograr la comparecencia de José de la Cruz Hernández al juicio, cuya declaración hubiera quizás servido para conocer o aclarar la verdadera actuación del acusado doctor Rochels en este asunto. Porque las declaraciones del Juez y del Secretario se refieren a lo que oyeron decir al doctor Vanegas y éste a lo que dijo el sindicado Hernández, anotándose además que lo afirmado por el doctor Vanegas en su declaración es distinto de lo que redactó, a manera de constancia, en el sumario.

No aparece por tanto acreditado que el doctor Rochels se hubiera valido del conocimiento de que el proceso por homicidio iba a decidirse con un sobreseimiento definitivo para el sindicado y aprovechara esa circunstancia para arrebatarle el poder al doctor Celedón Vanegas con el propósito de obtener un beneficio económico. Procesalmente han de calificarse, en consecuencia, como simples suposiciones tales hechos, y en cambio debe aceptarse en su integridad, como lo ordena la ley para estos casos, la confesión o explicación que de su proceder da el acusado.

Estas razones fundamentan también el fallo consultado, e igualmente las expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil en su concepto sobre el mérito del negocio. Por tanto ha de confirmarse la decisión del Tribunal que es materia de la consulta.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara—Manuel Antonio Suárez Reyes, Conjuez—**El Secretario, Jorge García Merlano.**

I N D I C E

Pág.

Reducción del término de las prescripciones treintenarias. - Ley 50 de 1936 "sobre prescripción y nulidades civiles" — Estudio del Dr. Luis Felipe Latorre U. Presidente de la Corte Suprema de Justicia 3

SALA PLENA

La Corte resuelve que no es el caso de decidir sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 2996 de 1950 por cuanto las disposiciones acusadas no se encuentran vigentes. — En la forma dicha se resuelve la demanda presentada por el abogado Hermenegildo Bonilla Gómez, para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto 2996 de 26 de septiembre de 1950, por el cual se señala quiénes ejercerán la Presidencia de la República a falta del Presidente Titular. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila... 18

Control jurisdiccional de la Corte sobre la constitucionalidad de los Decretos Legislativos dictados por el Gobierno en estado de sitio. — En virtud de la demanda presentada por el ciudadano Luis Enrique Carvajal, para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 003564 de 12 de diciembre de 1950, por el cual se determinan los días de vacancia judicial, la Corte declara exequible el mencionado Decreto. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 21

Acusación por inconstitucionalidad de los artículos 3º y 5º del Decreto 1403 de 1948. La Corte declara que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda del doctor Alfonso Uribe Noguera contra el mencionado Decreto, en el cual se da de baja a todo el personal uniformado de la Policía Nacional, por sustracción de materia. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 39

Págs.

Acusación de inexequibilidad del Decreto 1974 de 1955 — Sustracción de materia. — Excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda. — Se resuelve que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda formulada contra el Decreto arriba indicado, por el cual se toma una determinación en relación con la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez. 43

SALA DE CASACION CIVIL

Recurso de hecho. — Expiración del poder por suspensión del apoderado en el ejercicio de la profesión de abogado. — Suspensión e interrupción del juicio. — Ordinal 4º del Artículo 370 del Código Judicial. — A virtud del recurso de hecho interpuesto por el Dr. Nicolás González Torres, la Sala decide admitir el recurso de casación interpuesto por las demandadas Dolores Manuela, Concepción y Flora Lauzao Rodríguez, en el juicio que sobre filiación natural le sigue Victoria Bustos, como representante legal de su hijo menor Jaime Bustos — Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 46

Acción de cobro de unos honorarios profesionales. — La sentencia aprobatoria de la partición verificada en juicio de sucesión tiene el efecto de cosa juzgada. — Para invocar la causal 3ª de casación se requiere que quien la alega haya pedido en tiempo aclaración de la sentencia recurrida. — En el juicio ordinario seguido por Gonzalo Toro Patiño contra el menor impúber Gilberto Ceballos Cuéllar, representado por su madre natural Amalia Ceballos P., no se casa la sentencia, recurrida por las dos partes, del Tribunal Superior de Buga, favorable al actor. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 50

Págs.

Accesión de muebles a inmuebles. — En este caso, el suelo siempre es lo principal aunque su valor comercial sea inferior al de la cosa que accede por edificación o plantación. — Prueba del dominio sobre inmuebles. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva para desatar el juicio reivindicatorio iniciado por Guillermina Córdoba de Lamilla contra Sebastián Lamilla y María Luisa Avilés de Rozo, sentencia en la cual se hicieron las declaraciones de la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dáávila. . . 58

La buena en la usucapión agraria del artículo 12, Ley 200 de 1936. — La presunción del artículo 1º — La situación del artículo 4º — La Corte reafirma su jurisprudencia sobre "medios nuevos" en casación: concepto, fundamentos y caracteres. — La Sala no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga dictó para poner fin al juicio ordinario reivindicatorio del Banco Agrícola Hipotecario (sucursal Cali) contra Félix Varela, Braulio Varela, Graciliano Reyes, Pedro Pablo Taborda, Emilio Jaramillo, Eladio Guevara y Carlos Chavarro o Echeverri, sentencia favorable a la entidad demandante y recurrida en casación por algunos de los demandados. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. . . . 69

Se interpreta el artículo 351 del C. J. en relación con los recursos interpuestos sin revalidar el papel común. — Se admite el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario de Juan Nepomuceno Goyeneche contra Bernarda Goyeneche. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez 82

Propiedad de las minas de carbón. — Reivindicación de minas de carbón entre particulares. — Prestaciones mutuas. — En el juicio que sobre propiedad y reivindicación de unas minas de carbón instaurara Ana Mejía v. de Restrepo, comunera con la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía", en liquidación, contra Pedro Luis Restrepo Botero, la Sala Plena de Casación Civil casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, en virtud de recurso sustentado por la actora, y en su lugar, después de declarar que no prosperan las excepciones propuestas, hace las declaraciones impetradas en la demanda principal. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 84

SALA DE CASACION PENAL

Prevaricato y abuso de autoridad. — Los errores que cometen los jueces en la interpretación de la ley no constituyen por sí solos esos delitos. — Se confirma el auto consultado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en el cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Alfredo Dávila Angulo, ex-Juez 2º Civil del Circuito de esta ciudad. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 107

La Parte civil tiene derecho de formular recusación contra el Juez de la causa. — La Sala confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor del Dr. Pedro Pérez Sotomayor, ex-Juez Cuarto Superior de esta ciudad, en el sumario que por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad se le adelantó. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 111

La nulidad del ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. — Diferencias entre época y fecha. — Error relativo a la época en que se cometió la infracción. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por la cual se condonó a Santiago de Jesús Becerra Valderrama a la pena principal de cinco años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 113

Jurisdicción y competencia. — La Sala se abstiene de conocer, por no ser de su competencia, del impedimento manifestado por el doctor Raúl Jurado, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, para cono-

Págs.

cer del negocio que sobre declaración de quiebra se adelanta contra el doctor Emilio Loewy. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 118

Se resuelve que no es el caso de iniciar una investigación puesto que el hecho denunciado no constituye infracción de la ley penal. — Se resuelve que no es el caso de ordenar abrir una investigación de carácter penal en atención a la solicitud formulada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona. — Magistrado Ponente: Dr Ricardo Jordán Jiménez 122

El honor es el bien jurídico protegido por la ley penal al erigir en delitos la calumnia y la injuria. — Estos son siempre dolosos, nunca culposos. — La "exceptio veritatis" (prueba de la verdad del hecho atribuido) equivale a una causal de justificación que excluye la ilicitud del acto. — La Corte dicta sobreseimiento definitivo a favor del doctor Bernardo Mejía Rivera, ex-Gobernador del Departamento de Caldas, por los cargos de calumnia e injuria. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 125

Abandono del cargo. — Caso de un funcionario que se separa del cargo en uso de licencia. — Dolo genérico. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Quibdó, en el cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Hortensio Castro Alumra, quien desempeñó el cargo de Juez Penal del Circuito de Quibdó, sindicado de un delito contra la administración pública. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 131

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La Corte es incompetente para conocer de los juicios sobre indemnización de perjuicios ocasionados con motivo de trabajos públicos cuando no ha habido ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración. — Caso en que el daño se hace consistir en la variación de un lindero. — La Sala declara que no es competente y, en consecuencia, ordena remitir al Consejo de Estado el juicio de Sofía de Uruda de **Umaña contra** la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 133

Caso en que la justicia ordinaria es competente para conocer de acciones indemnizatorias por ocupación permanente de la propiedad privada y por daños causados a la misma. — En virtud del recurso de apelación concedido contra la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta, la Corte reforma dicha sentencia en el sentido de hacer algunas de las peticiones de la demanda instaurada por la señora Leticia Castro de Pupo contra **el Municipio de Valledupar.** — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara . 137

Constituye falta grave contra la ética profesional formular sin fundamento cargos que menoscaben el patrimonio moral de un juez. — Al revocar la Sala el fallo del Tribunal de Pasto, condena al doctor Angel Rojas Córdoba a la sanción de dos meses de suspensión en el ejercicio profesional. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora. 145

Cuando procede la acción dirigida contra la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Influencia del fallo penal en materia civil. El transporte automoviliario constituye una actividad peligrosa. — Prueba de la ausencia de culpa. — Se reforma la sentencia apelada por el Consejo de los Ferrocarriles demandado en el juicio por Gerardo Rojas O., para obtener indemnización de perjuicios, y en su lugar se hace una reducción en la condena proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en contra de la entidad demandada. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 149

Prueba de la calidad de dueño en el demandante que ejercita la acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos y certificado sobre suficiencia de los títulos presentados. — La Sala revoca el fallo pronunciado por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga y, en su lugar, se absuel-

Págs.

ve al Municipio de Málaga de los cargos formulados por Flor de María Guarín Porras por indemnización de perjuicios ocasionados en trabajos públicos.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara. 159

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — Qué debe probar el demandante para la prosperidad de la acción. — La Corte absuelve a la Nación de las peticiones formuladas en demanda por Aurora Bonilla de Uribe, para que se declare que pertenecen a los herederos de Carlos J. Bonilla y a su viuda el petróleo y los derivados que se encuentren en el subsuelo de una finca ubicada en el Departamento del Tolima. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 163

Cuando con el trabajo público se ocupa la mayor parte del inmueble y el resto de él resulta inutilizable, es el caso de decretar indemnización por el valor total de dicho inmueble. — En el juicio promovido por Zoila Rosa Paz Sarmiento contra el Municipio de Popayán, se confirma la sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, favorable a la actora. Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 169

Cuando la condición resolutoria se estipula sin un término expreso durante el cual pueda ejercitarse, se ha de entender que éste no puede excederse del tiempo señalado para la prescripción extraordinaria. En el juicio ordinario que sobre resolución de una promesa de compraventa promovieron Isaías Mulo de Neto y Beatriz Mulo de Brigard contra la Nación, la Sala declara probada la excepción de prescripción adquisitiva y por lo tanto absuelve a la entidad demandada de las peticiones formuladas por las actoras. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 174

Págs.

Excepción de declinatoria de jurisdicción. — Se declara probada esta excepción propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato instaurado por José Miguel Laserna y Lucio Duzán contra la Nación; Magistrado Sustanciador: Dr. Roberto Goenaga 178

Se confirma el auto por el cual se negó el embargo y secuestro pedidos en estas diligencias preventivas. — En la forma indicada se pronuncia la Corte respecto de la apelación formulada por el actor contra el auto del Tribunal Superior de Quibdó por el cual se negó el embargo y secuestro de bienes del Departamento del Chocó en las diligencias **preventivas que contra esa entidad** adelanta el doctor Próspero Ferrer Ibáñez. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 182

Necesidad de la prueba de la calidad de dueño y suficiencia del título del demandante en el juicio sobre ocupación de la propiedad por trabajos públicos. — Excepción de inepta demanda. — La Sala revoca la sentencia apelada del Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar absuelve al Departamento del mismo nombre de los cargos formulados por Crisanto Valdivieso O. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 184

Juicio contra un abogado por faltas en el ejercicio profesional. — Se confirma la sentencia consultada del Tribunal Superior de Cúcuta, en la cual se absuelve al doctor Luis Enrique Rochela S., por los hechos a que dió lugar la investigación en que se averiaron las posibles faltas cometidas por este abogado en el ejercicio profesional. Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 188

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

Impreso en los
TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA
B O G O T A

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIII - BOGOTA, COLOMBIA. JULIO DE 1956 - NUMERO 2170

S A L A P L E N A

EL RECURSO DE QUEJA NO TIENE POR OBJETO OBTENER LA REFORMA O INVALIDACION DE LA PROVIDENCIA PRONUNCIADA POR EL FUNCIONARIO ACUSADO, SINO HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD EN QUE ESTE PUDIERE HABER INCURRIDO AL PRONUCIAR DICHA PROVIDENCIA

Corte Suprema de Justicia — Sala Unitaria.
Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

El Tribunal Superior de Tunja por Resolución Número 13 del 20 de junio próximo pasado, y previo el trámite respectivo, de acuerdo con el ordenamiento contenido en el Decreto Número 3665 de 1959, impuso al Sr. JOSE JOAQUIN MATHEUS la pena de suspensión del cargo de Juez Municipal de Togüi por el término de treinta días, al mismo tiempo ordenó que se compulsaran copias de lo conducente para pasarlas a la Justicia ordinaria, a fin de que se investigaran las posibles infracciones penales que resultaren como consecuencia del trámite disciplinario.

En el acto de la notificación de tal Resolución al señor Matheus éste manifestó que interponía el recurso de queja. Se le expidieron las copias del caso y por este motivo ha llegado a conocimiento de la Corte el negocio.

El señor Matheus presenta un memorial en donde en forma clara se destaca su creencia de que el recurso de queja le sirve para hacer mo-[illegible]icar o revocar la Resolución del Tribunal de [illegible]va aludida. Semejante interpretación del [illegible] es exacta, como claramente lo ha definido la Corte cuando ha dicho: "El recurso de queja apenas se menciona, pero no fue reglamentado en el código de procedimiento penal. De él habla solamente el código de procedimiento civil para decir que existe 'respecto del Juez' que pronuncia las providencias judiciales (art. 485). Pero la comisión revisora de éste último código sí dice en qué consiste, pues afirma que no tiene por objeto como los demás recursos el de obtener que las resoluciones judiciales se revoquen, reformen o invaliden, 'sino que se haga efectiva la responsabilidad personal en que incurren los Jueces cuando fallan contra ley expresa, en los casos definidos en el código penal' (subraya la Sala). Si en el código de procedimiento penal no se reglamentó este recurso especial como era lo propio, y si tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad personal de los Jueces cuando quebrantan la ley al proferir sus decisiones, síguese claramente que no puede establecerse diferencia alguna entre una acción que pueda surgir por denuncia criminal presentada por cualquier ciudadano y una acción penal que pueda emanar del recurso llamado de queja, pues ambas serían acciones públicas penales. Ni siquiera se identifica el recurso de queja con la querella de la parte agraviada, porque los abusos de autoridad y el

prevaricato, que son los delitos que generalmente pueden cometer los Jueces en el ejercicio de sus funciones, son perseguibles de oficio, sin necesidad de la citada querella (Auto de 5 de abril de 1946)".

El mismo criterio se había expuesto en auto de 24 de abril de 1941.

Por lo tanto, si el señor Matheus estima que los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja incurrieron en responsabilidad al proferir la Resolución Nº 13, que les apareje una sanción penal, debe presentar el respectivo denuncio para los fines legales consiguientes.

Así queda resuelto el recurso interpuesto.

Transcríbase lo anterior al Tribunal Superior de Tunja y archívese el expediente.

Notifíquese.

Ignacio Gómez Posse — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

TECNICA DE CASACION.—SON CARGOS DISTINTOS LA INFRACCION DIRECTA, LA APLICACION INDEBIDA Y LA INTERPRETACION ERRONEA. - RESPONSABILIDAD DE QUIEN CONSTRUYE UN EDIFICIO, POR LOS DAÑOS QUE SE CAUSEN A LOS TRANSEUNTES

1. — No procede en casación acusar un fallo empleando esta forma: "por infracción directa, o aplicación indebida e interpretación errónea". Se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber aplicado el texto llamado a resolver la litis; la segunda, por acción, esto es, por haber aplicado un texto no llamado a resolver la litis; y la tercera, por haber errado al señalar el significado, alcance o sentido de una norma legal.

2 — Estas distintas formas influyen poderosamente en la elaboración de la doctrina, siempre en función de renovarse en sí misma, para el progreso de las instituciones jurídicas, la adaptación de la ley a los nuevos emplazamientos de la vida y la creación del Derecho, y de allí la importancia científica de especificar la acusación basada en la causal primera del art. 520 del C. J.: si por quebranto directo, indebida aplicación o interpretación errónea.

3 — El examen de las pruebas llamado "de conjunto", no es recomendable en el juez, porque expone a peligros de no ser valoradas debidamente. Las pruebas deben ser analizadas, por separado, en relación con cada hecho cuya comprobación se pretenda.

4 — El art. 2347 del C. C. estatuye una presunción de culpa, en favor de quien al transitar por una vía pública, sufre un daño, al ser golpeado por un madero desprendido de un edificio en construcción. El propietario de éste responde por sus agentes o empresarios. Aquél está obligado a seleccionar y elegir su personal, de manera eficiente, y en la falta de vigilancia o de mala elección radica la responsabilidad extracontractual de la persona obligada a prever la conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad debe probar que vigiló y puso cuidado en la actuación del empleado que causó el daño, es decir, que no tuvo medios para impedirlo, o que el hecho se debió a causa extraña, o a fuerza mayor o caso fortuito o culpa de la víctima.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil B) — Bogotá, julio cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre la casación propuesta por la parte actora en el juicio de Absalón Gómez R. contra Edmond Zaccour.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

Tanto la sentencia de primera instancia —pronunciada por el Juez 1º Civil del Circuito de Cali— como la del Tribunal Superior del Distrito del mismo nombre, fechada el 11 de julio de 1955, fueron adversas a la demanda incoada por Absalón Gómez R. contra Edmond Zaccour, para que éste fuese condenado a pagar a aquél los perjuicios causados con motivo de haberlo golpeado, de rebote, un trozo de guadua al caer de uno de los pisos del edificio de Zaccour, entonces en construcción, cuando Gómez transitaba por la vía pública, hecho que tuvo lugar el 28 de octubre de 1952.

La sentencia considera que aunque el accidente está probado, el perjuicio no lo está, razón por la cual absolvió al reo.

El demandante acude al recurso extraordinario, y habiendo sido admitido, fundado y replicado, la Corte pasa a fallarlo.

CAPITULO SEGUNDO

La casación, causales y cargos

1 — Se acusa la sentencia de ser VIOLATORIA DE LA LEY SUSTANTIVA, por infracción directa o aplicación indebida e interpretación errónea, y ello a través de la estimación de las pruebas, por error de hecho y de derecho.

2 — Se acusa el fallo de violar la ley, en razón de los errores de hecho y de derecho sufridos por el sentenciador en la estimación de las pruebas aducidas sobre el perjuicio; con respecto a los últimos cita como quebrantados, desde el punto de vista probatorio, los artículos 593, 601, 606 y 697 del C. J., y en relación con unos y otros errores, los artículos 2341, 2347, 2343, 2355 y 2356 del C. C. como disposiciones referentes al fondo del negocio.

Se considera:

3 — En casación no es dable acusar un fallo empleando esta forma: por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea. El cargo no puede formularse indiscriminadamente, esto es, sin especificar si el quebranto legal es directo (es decir, por no haber aplicado el texto que debió aplicarse); si por aplicación indebida (o sea, por haber aplicado el que no debió aplicarse); si por interpretación errónea (esto es, por haberle señalado al precepto un sentido o alcance que no tiene).

4 —En primer lugar, se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber apelado al texto llamado a resolver la litis; la segunda, por todo lo contrario, por acción, es decir, por haber llamado a resolverlo a un texto ajeno al problema; y la tercera, por haberse equivocado en el significado, sentido o alcance de la norma legal.

Cada una de estas formas distintas se proyecta en el campo de la doctrina, también de manera distinta, según que se trate de volver por el imperio de un texto que el sentenciador no aplicó por considerarlo jurídicamente ajeno a la cuestión planteada, o por inadvertencia, en ocasiones; o se trate de excluir de la decisión el texto conforme al cual fue pronunciada y que el fallador estimó jurídicamente aplicable, o se trate de desentrañar la norma contenida en un precepto para aplicarlo o no aplicarlo, tarea en la cual erró el sentenciador.

Estas diversas formas, especialmente la última, influyen poderosa y decisivamente en la elaboración de la doctrina, siempre en función de renovarse a sí misma, para el progreso de las instituciones jurídicas, la adaptación de la ley a los nuevos emplazamientos de la vida y la creación del Derecho, y de aquí la importancia científica de especificar la acusación basada en la causal primera del artículo 520 del C. J. si por quebranto directo, indebida aplicación o interpretación errónea.

En segundo lugar, una disposición no puede ser infringida al tiempo en las tres formas dichas; ni puede formularse el ataque en casación, de esa manera disyuntiva y opcional, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, porque ni el opositor al replicar a la demanda, ni la Corte al fallar, podrían puntualizar el cargo en medio de semejante imprecisión.

5 — La demanda de casación no es un ejemplo de técnica. Sin embargo, no hay motivo suficiente para rechazarla de plano. El cargo por violación de la ley, señala y examina las pruebas en cuya estimación erró de hecho y de derecho el sentenciador, con la cita indispensable de algunos preceptos legales sobre Derecho probatorio —para conformar los errores de derecho— y la de unos textos sobre responsabilidad extracontractual —para fundar la violación sustancial— es cierto, en medio de otros que atañen a situaciones jurídicas distintas.

6 — Enunciado el cargo, el recurrente lo explica así:

"El Tribunal no tuvo en cuenta ninguna de las pruebas a que me he referido, ni se detuvo a analizarlas, aplicándoles para su estudio las reglas contenidas en el Capítulo VII, Libro II del Código Judicial que son obligatorias para el juzgador y que contiene disposiciones sustantivas que determinan cómo debe hacerse el análisis de los testimonios y qué valor probatorio merecen éstos. Porque es de observar que ninguno de los testigos fue tachado por la parte contraria, ni puede calificarse como sospechoso al tenor del artículo 670 del C. Judicial para que el juez tenga que decidir prudencialmente si las circunstancias que determina dicho artículo alcanzan a constituir causal legal para invalidar el testimonio.

"La única alusión que hace el Tribunal a las pruebas que figuran en los autos es la contenida en el siguiente aparte de la sentencia: 'Ahora bien, con la prueba testimonial exhibida tanto en la primera como en la segunda instancia, no puede llegarse a la demostración exacta de ese

perjuicio pues los testimonios sólo serían operantes para acreditar los hechos generadores de la culpa, pero en manera alguna los que constituyen propiamente el perjuicio'. Infundado es el concepto del Tribunal por apreciación errónea de las declaraciones transcritas que me he permitido analizar y por apreciación errónea de las declaraciones del demandado en las posiciones. Cómo puede negar el Tribunal que no es perjuicio caer desplomado y sin conocimiento por razón del golpe; tener que reducirse al lecho durante más de 30 días por la enfermedad ocasionada por ese golpe; tener que gastar drogas, médicos y enfermera durante más de 30 días por ese mismo motivo; verse imposibilitado para trabajar y para ganar la subsistencia por la misma razón; dejar de atender sus negocios por igual causa y tener que sufrir dolores intensos que sin el golpe no se hubieran sufrido?

"En el mismo párrafo el Tribunal agrega que 'la prueba indicada en tales casos (los de los perjuicios) no es otra que el dictamen pericial, por especialistas sobre la materia que determine las consecuencias presentes o futuras que puede haber ocasionado al ofendido el golpe recibido por las circunstancias de imprevisión que se atribuyen al demandado'.

"Infundado y erróneo es el concepto transcrito porque en él se confunde el perjuicio propiamente dicho con la cuantía de él y con las consecuencias presentes o futuras que pueda ocasionar el golpe, hechos éstos que necesariamente por su naturaleza, sí tendrían que ser acreditados con el concepto de expertos. Precisamente por no ser previsibles las consecuencias futuras del golpe en el momento mismo del accidente, o en los días inmediatamente subsiguientes a él y estar ellas sujetas a contingencias de diversa índole que no podían ser apreciadas sino transcurrido un tiempo prudencial, pedí que la condenación por perjuicios se hiciera en abstracto, para fijar luego, en otro juicio, el monto de ellos.

"Hubo pues apreciación errónea por parte del Tribunal de las declaraciones de la primera instancia que me permití transcribir y falta absoluta de apreciación de todos los testimonios que produje como pruebas en la segunda instancia del juicio, que el Tribunal ni siquiera mencionó ni menos analizó".

7 — Dice en sentenciador que las pruebas del proceso cuando más podrían demostrar el accidente, pero no niega que lo acrediten. Lo que sí niega es que esté probado el perjuicio. Esta afirmación peca de error de hecho evidente, porque las declaraciones de testigos acreditan que Gómez sufrió unos perjuicios, con la repercución necesaria y sustancial sobre el artículo 2347 del C. C.

8 — Cita el recurrente las declaraciones de Pedro P. Arias, José Benjamín Cadirasco, Hernando Mosquera Ramírez, Alvaro Zapata Sánchez, Manuel S. Cardona, Elvira Guevara, Miguel Londoño, Aurelio García, Rogelio Suárez y Dr. Gabriel Yusti, en cuyo examen y valoración, según el acusador, incurrió el Tribunal en los errores de hecho, motivo por el cual negó que se hubiese establecido el daño.

9 — De los expresados testimonios sólo los de Manuel S. Cardona, Elvira Guevara, Miguel Londoño, Aurelio García y Dr. Gabriel Yusti atañen al perjuicio.

Aurelio García (f. 9 C. 5º) dice haber presenciado el accidente y visitado al damnificado en su casa de habitación, y agrega: "Yo corrí a prestarle auxilio y cuando llegué, en ese momento otras personas también lo hacían, levantándolo del suelo y trasladándolo a los garages de Uladislao Carvajal que quedan al frente. Mucha gente acudió al lugar en donde se encontraba el señor Gómez y luego fue trasladado, entre esas personas recuerdo al señor Rogelio Suárez y el doctor Bernardo Henao Mejía, quien fue llamado de urgencia a un café donde se encontraba, y quien después de examinarlo ordenó que se le trasladara a una clínica situada en la carrera 8ª entre calles 8ª y 9ª, para que se le tomaran radiografías. Yo personalmente me trasladé en un carro de servicio público en asocio del maestro de obra del edificio Zaccour, a dicha clínica y de allí al edificio Pallares. En dicha clínica permanecí hasta que se le tomaron varias radiografías y de allí a su apartamento o sea en el dicho edificio Pallares. Allí en su residencia continué visitándolo todos los días durante todo el tiempo que permaneció incapacitado para salir... Como lo dejé dicho, el señor Gómez estuvo reducido al lecho por prescripción médica durante más de un mes, y recuerdo muy bien que el doctor Henao Mejía dispuso la instalación en el apartamento del señor Gómez de unas pantallas para aplicaciones eléctricas. Con la intervención del señor Gómez R. he hecho yo varias operaciones o negocios, y sé además de grandes operaciones comerciales celebradas con intervención de dicho señor. Tales como la venta hecha a don Miguel Londoño del edificio donde funciona el Hotel París, la venta del edificio "Degraco" hecha a don Manuel Cardona. Por esto puedo afirmar y afirmo que el señor Gómez R., es un hábil y reputa-

do comisionista, actividad con la cual gana cantidades apreciables de dinero y que por lo mismo tiene conexiones con los hombres de negocios de esta ciudad. Por lo que llevo expuesto igualmente puedo afirmar que el señor Gómez gana dinero para vivir holgadamente con su familia, como así vive y que ha podido educar a su familia y casar muy bien a sus hijas... Como el señor Gómez R. estuvo en lecho de enfermo por razón del accidente mencionado treinta o treinta y cinco días, es claro que se vio imposibilitado para trabajar durante todo ese tiempo".

Elvira Guevara, enfermera, declara al folio 3v cuaderno 5º, así:

"Me consta de manera personal que los doctores Bernardo Henao Mejía y Gabriel Yusti fueron los médicos que atendieron al señor Absalón Gómez R., en la enfermedad de éste causada con motivo del accidente que sufrió al pasar frente al edificio Zaccour de esta ciudad... Como ya dije en el punto anterior, fueron los doctores Henao Mejía y Yusti los médicos que atendieron y trataron al señor Gómez R. durante la enfermedad ocasionada por el mencionado accidente, con la aclaración de que yo fuí llamada a atender al señor Gómez, como enfermera, por ahí a los ocho días más o menos de haber sufrido el golpe; que lo atendí durante un mes, en mi calidad dicha, y que cuando dejé de hacerlo, el señor Gómez se levantaba de la cama por breves momentos para enseguida volver a ella. Agrego que después que dejé de asistirlo permanentemente estuve volviendo a su casa para aplicarle inyecciones, pero no sé por cuanto tiempo más estuvo en la situación que dejo dicha... Repreguntada respecto de los servicios por ella prestados dijo: "Le estuve aplicando baños de lámpara o sean baños eléctricos, e inyecciones de complejo de Vitamina B, extracto de hígado, inyecciones de Cole, Espasmo-sibalgina, Sibalgina, esto último para los dolores. También me dí cuenta de que le tomaron varias radiografías".

Miguel Londoño (f. 6v. C. 5):

"Es verdad que por ser amigo del señor Absalón Gómez R. lo visité en su casa de habitación durante la larga enfermedad que sufrió (por ahí treinta o treinta y cinco días) en octubre de 1952, a consecuencia del golpe recibido en el accidente que sufrió al pasar por la calle 11 frente al Edificio Zaccour de esta ciudad. Por haberlo visitado tuve ocasión de darme cuenta de que el señor Gómez estuvo reducido al lecho por prescripción médica por unos treinta y cinco días, como ya lo dije... Por conocimiento personal sé que el señor Gómez R. es comisionista y muy honrado, por intervención de él he celebrado varios negocios, algunos de ellos de consideración, hasta por seiscientos mil pesos, sé que tiene buena reputación en esta ciudad de Cali, gana cantidades apreciables de dinero como comisionista y tiene muchas conexiones con los hombres de negocios de esta ciudad. Con el dinero que gana el señor Gómez R. en sus intervenciones de comisionista, creo que vive holgadamente con su familia y se ha afanado mucho siempre por la educación de sus hijos... Por razón de la enfermedad ocasionada por el golpe recibido por el señor Gómez R. éste se vio imposibilitado para trabajar durante el tiempo que ya expresé, lo que me consta por haberlo visitado seis u ocho veces".

El médico Dr. Gabriel Yusti (f. 22 ib.):

"Yo ví al señor Absalón Gómez en su apartamento en el edificio Pallares, dos o tres veces, en donde lo encontré en su lecho con un traumatismo, sin que pueda recordar si fue en la región dorsal o en la región dorsolumbar. Le ordené unas radiografías simples de la columna vertebral que dieron por resultado que no había lesión ósea. En vista de esto le aconsejé una radiografía de la columna pero usando medio contraste para averiguar si había luxación de algún menisco, a lo que el señor Gómez se negó, con lo cual se terminó mi intervención... Por no haber atendido al señor Gómez más tiempo, no pude darme cuenta cuánto tiempo duró su enfermedad"

10 — Ahora bien: Según estas declaraciones, el golpe privó del conocimiento al damnificado, a quien examinó inmediatamente después del accidente el médico Bernardo Henao Mejía, quien dispuso trasladarlo a una clínica a fin de que se le radiografiara; en su casa de habitación permaneció luégo por treinta a treinta y cinco días, asistido por los doctores Henao Mejía y Gabriel Yusti, el primero de los cuales hizo instalar unas pantallas para aplicaciones eléctricas, y por la enfermera Elvira Guevara, quien le hacía estas aplicaciones y le inyectaba diferentes drogas.

Declaran los testigos no sólo sobre la permanencia obligada de Gómez en su aposento por el lapso dicho, a causa de hallarse incapacitado para el oficio de comisionista a que se dedicaba, sino también sobre sus aptitudes para ello y algunas operaciones efectuadas con su intervención, a más de que con el fruto de su trabajo atendía a las necesidades de su familia.

11 — El sentenciador no hizo un análisis de estos testimonios. Se limitó a decir que "de los elementos de convicción traídos al proceso no

aparece comprobada la existencia del perjuicio causado al ofendido, una vez que no puede presumirse por el solo hecho del golpe que se dice recibió y que le ocasionó el internamiento en una de las clínicas de la ciudad". Este sistema de apreciar y valorar pruebas, llamado "de conjunto", justamente censurado por la doctrina, expone a conclusiones erróneas, como en el presente caso, en el cual el fallador pasó desapercibidas las declaraciones que antes fueron transcritas y que demuestran, sin lugar a duda, el daño que experimentara el actor, puesto que de aquéllas aparece que fue llevado a una clínica, en donde le fueron hechas unas radiografías: que su estado requirió asistencia de médicos y enfermera, así como drogas, todo lo cual significa erogaciones pecuniarias, y además, que durante un tiempo de treinta a treinta y cinco días, permaneció en su morada, inhabilitado para trabajar, lo cual quiere decir que no hubo ingresos correspondientes a sus actividades de comisionista durante ese lapso. Los testigos declaran con toda precisión, con todo género de detalles, y dan la razón de su dicho, de manera que es cosa evidente, incontrovertible, que la víctima sufrió un daño, cierto y actual. Ante tales probanzas sólo una cosa no podía afirmar el sentenciador: que no hubo perjuicio. Las pruebas dichas lo contradicen en forma tajante, porque de ellas no puede surgir sino la certidumbre incontrastable de que sí lo hubo.

Por tanto, la sentencia incurre en error de hecho manifiesto, y el error es de tal entidad que resulta infringido el artículo 2347 del C. C. que consagra la responsabilidad en la elección de empresarios o de personal para el desempeño o ejecución de diversas labores.

12 — Mas, como el artículo 2347 estatuye una presunción de culpa y el demandado alegó las circunstancias que la desvirtúan, es el caso de saber de una vez si la presunción está en firme o desvirtuada, ya que en este último caso a nada conduciría la infirmación del fallo.

Testigos de los llamados a solicitud del reo, hablan del afán del propietario y sus arquitectos para preservar tanto a los obreros como a particulares de los peligros inherentes a la construcción; pero, la práctica de destacar obreros o agentes de policía con el objeto de desviar el paso de los transeúntes o hacer retirar los vehículos que se detuviesen sobre los costados de la obra, así como los avisos de prevención fijados en algunos sitios, están indicando que eran muy deficientes las medidas tomadas en la obra misma, no para que las personas abandonasen las vías circundantes, que eran de uso público, sino para que los materiales que se desprendiesen de los pisos altos no fueran a caer sobre ellos, ya que era imposible evitar completamente el paso de los transeúntes. No consta, por lo demás, que los vigilantes apostados en el sitio o cerca al sitio del accidente hubiesen pedido u ordenado a Gómez que abandonara la dirección que llevaba.

Algunos declarantes, conocedores de la construcción por haber trabajado en ella, aseveran que no fue empleado —por lo menos a la época del accidente— el sistema de mallas o tablados longitudinales con inclinación protectora que colocados a la altura del segundo piso, rodearan la construcción por todos sus costados y recibiesen lo que de arriba pudiera caer, sistema éste muy generalizado, particularmente en obras grandes y que parece ser el único eficaz. Pedro P. Arias (f. 7v. C. 3º), testigo de la parte demandada, dice que fuera de las cercas levantadas sobre el suelo, no había otra forma de protección del transeúnte. Otro declarante del actor José Benjamín Cadirasco (f. 6v. ib.), afirma al ser repreguntado: "Unicamente se hicieron los andamios y cercas rodeando el edificio que muestran las fotografías". De igual manera Hernando Mosquera Ramírez (f. 9v. ib.): "Mallas no habían (sic) en los pisos altos, en el primero sí había un cerco de protección, lo que había en los pisos altos eran andamios voladizos que tenían de capacidad de cuatro tablones, que dan un ancho aproximado de un metro fuera del edificio es decir volado del edificio. Tampoco habían (sic) techos de madera que protegiera a los transeúntes, lo que había era avisos de peligro y había también un obrero o vigilante que hiciera quitar los vehículos y haciendo abrir a la otra acera a los transeúntes y los andamios sí estaban tal como lo muestran las fotografías que se me han puesto de presente y que se encuentran a los folios 2 y 5 del cuaderno principal".

Las fotografías a que aluden los testigos y que figuran a los primeros folios del cuaderno 1º, especialmente la primera y la tercera (fs. 9 y 11), coadyuvan esta prueba, ya que fuera de las cercas de tablas sobre la superficie, no se observa accesorio adicional puesto con el propósito de recibir lo que por cualquier motivo cayera de los pisos altos.

La parte demandada adujo en la segunda instancia un número de declaraciones de testigos, acerca de las medidas tomadas para evitar accidentes y la diligencia puesta en ello tanto por el propietario como por sus arquitectos, medidas

que consistieron en "el cercamiento de las zonas de paramento del edificio, colocación de tableros que anunciaban ser zona de peligro, servicios de vigilancia policiva", y además, "impidiendo el estacionamiento de vehículos y el tránsito de personas por los sitios aledaños a la edificación en construcción". (Ignacio Gutiérrez M. f. 9v. C. 6º y en el mismo sentido Félix Orejuela Rivera f. 4v. ib., Juan Barón Caicedo, f. 7v. ib., Luis Ayala f. 8v. ib. y José María Guerrero f. 17 ib.)

Sin negar que tales medidas se enderezaban a evitar accidentes, es claro, por una parte, que un madero desprendido de una de las plantas más elevadas no pudiera caer dentro de la zona cercada en el suelo, porque con esta zona, o coincidían, por lo menos, en algunos trechos, según algunos declarantes, los andamios armados de la segunda planta hacia arriba, para adelantar la obra, o dos tablados para proteger a los obreros; y por otra, el hecho de tener vigilantes y avisos para prevenir al público, se repite, está indicando que no fueron hechas obras complementarias eficaces.

En consecuencia, no puede afirmarse que no se hubiera podido evitar el hecho, pues el cuidado que la ley demanda a quien construye un edificio —y un edificio de la altura y la capacidad del de que se trata le exigía un sistema que garantizara mejor la seguridad de las gentes que caminasen por las vías públicas que rodean el edificio.

Por lo expuesto, no aparece desvirtuada la presunción de culpa establecida en el artículo 2347, de modo que la casación de la sentencia, por haber desestimado el Tribunal la prueba del perjuicio, no sería simplemente teórica, puesto que en fallo de instancia habría de llegar la Sala a la misma conclusión de hallarse en firme la presunción de culpa.

CAPITULO TERCERO

Sentencia de instancia

13 — El demandado confesó, al absolver posiciones, el hecho del accidente, y también el de estar construyendo un edificio en la ciudad de Cali, carrera tercera, con frente a esta carrera y a las calles once y doce. (Acta de absolución de posiciones, respuestas a las preguntas 1ª y 4ª, folios 13v. y 14 C. 2º). Por tanto, de acuerdo con la norma del artículo 2347 del C.C. debe responder por los daños que sus agentes o empresarios hubiesen causado a terceros. "Supone esta norma (el artículo 2347) —dice el fallo de la Corte (Sala de Negocios Generales), fechado el 24 de mayo de 1954— que la persona o entidad que obra por medio de agentes o dependientes está obligada a seleccionar y elegir ese personal para evitar las consecuencias dañosas de sus actos. En la falta de vigilancia o de mala elección en los agentes es donde radica la responsabilidad extracontractual de la persona obligada a prever la conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad le incumbe probar que vigiló y puso cuidado en la actuación del empleado que causó el daño, es decir, que no tuvo medios para impedirlo, o que el hecho se debió a una causa extraña, o por fuerza mayor o caso fortuito, o culpa de la víctima" (LXXVII. 682). Igual doctrina consagran, como otros más, el fallo de la misma Sala, de 23 de marzo de 1934 (XL. 391) y la casación de 3 de marzo de 1953 (LXXIV. 296).

De consiguiente, sobre la base de ser aplicable al caso la norma contenida en el citado texto y probado el perjuicio cierto y actual, la culpabilidad del reo es evidente, puesto que la presunción allí erigida no fue desvirtuada, según quedó expuesto antes, de suerte que casada la sentencia habrá de condenarse al demandado, en abstracto, al resarcimiento del daño.

14 — En el escrito por medio del cual se dio contestación a la demanda fueron propuestas estas excepciones: "la de estar propuesta de modo indebido; la de estar dirigida contra diversa persona de la que pueda estar obligada a responder del hecho que se demanda; la de carencia de derecho para demandar la indemnización; la de inexistencia de la obligación demandada; la de cobro de lo no debido, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación".

No aparece el por qué de haber sido incoada la acción de modo indebido, ni tampoco que se hubiese enderezado contra quien no está obligado a responder; la "carencia de derecho para demandar", "la inexistencia de la obligación demandada" y "el cobro de lo no debido", no son excepciones, sino, simplemente, negación de que la acción haya existido, y la llamada genérica no aparece demostrada en forma alguna.

15 — La condena ha de ser en abstracto, para que según el artículo 553 del C. J. se concrete y regule el perjuicio, aplicando estas reglas:

1ª Se incluirán los gastos que Gómez compruebe haber hecho, por servicio de clínica, radiografías y drogas, y de honorarios o emolumentos de médicos y enfermera;

2ª El damnificado liquidará el perjuicio mate-

rial sufrido, por no haber podido trabajar a causa del accidente, en relación con el lapso de un mes, o sea, una suma equivalente a la sexta parte de los ingresos que hubiere tenido en sus actividades de comisionista durante los seis meses anteriores al 28 de octubre de 1952, fecha en que ocurrió el accidente. Si el demandado no aceptare la liquidación motivada y especificada que deberá formular Gómez R., de acuerdo con lo prescrito en el artículo 553, del C. J. citado, la regulación será hecha por el Juez oyendo peritos.

Resta agregar que habiéndose demandado por los perjuicios en general, sin discriminar los morales y los materiales, la condena debe comprender ambas especies, con señalamiento de los primeros.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil B), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en el juicio de Absalón Gómez R. contra Edmond Zaccour, y como Tribunal de instancia, dicta la de segundo grado, en la forma siguiente:

Primero. — Revócase la sentencia proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Cali con fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), en el juicio ordinario promovido por Absalón Gómez R. contra Edmond Zaccour.

Segundo — Condénase a Edmond Zaccour a pagar a Absalón Gómez R. los perjuicios causados al último por haber sido golpeado el veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), por un trozo de guadua caído de una de las plantas del edificio que entonces construía Zaccour en la carrera tercera, entre calles once y doce, en la ciudad de Cali.

Tercero — Los perjuicios materiales se liquidarán mediante el procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J. y de conformidad con las reglas dadas en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto — El daño moral se estima en la suma de mil pesos ($ 1.000.00).

Quinto — Condénase al demandado a pagar al actor las costas causadas en las instancias del juicio y en el recurso de casación.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Ávila — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. — LA CORTE SOLO PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE CUESTIONES Y CARGOS CONCRETA Y ESPECIFICAMENTE PLANTEADOS EN LA DEMANDA DE CASACION

A la Corte, dentro del rigorismo que gobierna el recurso de casación, sólo le es dado pronunciarse sobre las cuestiones y cargos concreta y específicamente expuestos en la demanda. No puede proceder oficiosamente el análisis y definición de cuestiones que no le fueron propuestas en la debida oportunidad y bajo las normas que regulan la casación. Ello implicaría, además, una violación del derecho de defensa que exige que la parte opositora tenga adecuado conocimiento de los ataques que se formulan contra la sentencia para que en la debida oportunidad, con el espacio que le otorga la ley, pueda realizar el estudio tranquilo de los puntos objeto del ataque.

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

(Magistrado Ponente doctor Ignacio Gómez Posse)

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el tres (3) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en el ordinario instaurado por el doctor José Luis Aramburo y los señores Hernando y Benicio Escobar Uribe contra Pedro Arroyave R.

Antecedentes:

En el sucesorio de Ricardo Arroyave Restrepo fueron tenidos como sus herederos a sus hermanos Pedro Antonio, Zoila Rosa Arroyave R. y otros más.

En ese juicio se le adjudicaron al demandado los inmuebles a que alude la demanda, y por compra hecha a la heredera Zoila Rosa Arroyave, adquirió, además, otro lote de terreno denominado "LA ROCHELA", ubicado y alinderado como se expresa en el respectivo título, inmueble adjudicado a Zoila Rosa Arroyave en el sucesorio de su hermano Ricardo.

Aníbal Arroyave Alvarez (o simplemente Aníbal Alvarez) con citación de los herederos de Ricardo Arroyave Restrepo, obtuvo que mediante sentencias de que conoció la Corte en casación, fuera declarado hijo natural de Ricardo Arroyave Restrepo con derecho a sucederle en el grado y medida que le otorga la ley.

Mediante escritura Nº 28 de siete (7) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) —Notaría del Circuito de Andes— Aníbal Arroyave Alvarez le cedió a Hernando Escobar Uribe a título de venta, un sesenta por ciento (60%) en el derecho hereditario que le corresponde en la sucesión del finado Ricardo Arroyave.

Por escritura Nº 689 de la misma Notaría fechada el diez y seis (16) de agosto de dicho año, el mismo Aníbal Arroyave a título de venta, cedió a Benicio Escobar Uribe el cuarenta por ciento (40%) del derecho hereditario que pudiera corresponderle en la sucesión de su padre Ricardo Arroyave.

Por escritura Nº 478 de 22 de abril de 1953, y ante el mismo Notario, Hernando Escobar Uribe, a título de dación en pago, cedió a José Luis Aramburo el treinta por ciento (30%) de los derechos que había adquirido de acuerdo con la escritura Nº 28 citada.

Sobre estos presupuestos el apoderado de los compradores solicitó lo siguiente: Que los demandantes señores Escobar U. y el doctor Aramburo, como causahabientes de Aníbal Arroyave Alvarez, tienen derecho exclusivo a la herencia de Ricardo Arroyave Restrepo, y por lo tanto excluyen de ella al demandado. Que este debe restituir a los actores en la proporción aludida en los títulos, los bienes determinados en la demanda. Se solicita además, se haga la correspondiente condenación de restitución de frutos. El Juzgado a-quo, despachó favorablemente las súplicas del libelo; pero el Tribunal Superior, en la sentencia objeto del recurso de casación, "sustituyó" el fallo del inferior y en su lugar declaró probada la

excepción perentoria temporal de petición de un modo indebido.

Dos fundamentos tiene la providencia recurrida:

a) — Que las escrituras números veintiocho (28) y seiscientos ochenta y nueve (689) ya anotadas, han debido ser inscritas en la misma oficina de Registro del lugar en que fueron otorgadas y no en la del Circuito de Bolívar en donde aparece hecho el registro.. Y que por lo tanto no se efectuó legalmente la tradición de los derechos a que se refieren esos títulos.

b) — Que la acción se encaminó no en favor de la sucesión del causante Ricardo Arroyave Restrepo, sino para los demandantes mismos que, en el supuesto de que los títulos estuvieran debidamente registrados. apenas serían titulares de un derecho herencial, pero no de un derecho de dominio sobre los inmuebles materia de la controversia.

La Casación

Tres ataques se formulan contra la sentencia apoyados en lo dispuesto por el artículo 520 de C. C. en su numeral 1º En el primer cargo se acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 1.321 y 1.325 del C. J. en cuanto el Tribunal estimó que ha debido pedirse para la sucesión y no para el heredero personalmente considerado. Dice el recurrente que los textos citados fueron interpretados erróneamente porque la acción de petición de herencia claramente la confiere la ley al heredero verdadero en su propio y personal beneficio; porque el heredero verdadero puede reivindicar para sí las cosas hereditarias que el heredero putativo ha enajenado, si los terceros no las han prescrito, ya que así textualmente lo expresa el artículo 1.325 del C. C. Que de acuerdo con el artículo 1.321, ibidem, el demandante ha probado que tiene el derecho a la herencia; que en tratándose de un solo heredero que excluye a los putativos y habiéndose concluído el juicio de sucesión del causante, sería absurdo entrar en un nuevo juicio de sucesión que carecería de objeto; si el demandante, dice el recurrente, es heredero verdadero y tiene mejor derecho a la herencia, el putativo debe restituirle directamente esos bienes que se le adjudicaron en la sucesión del de cujus.

En el segundo ataque, se acusa la sentencia por infringir los artículos 1.321 y 1.325 del C. C. a consecuencia de errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos por no haber apreciado debidamente el fallador las pruebas consistentes en los certificados del registrador de Instrumentos Públicos relativos a los lotes de terreno cuya restitución se demanda, y al lote adquirido por el demandado Pedro Antonio Arroyave de la herencia de Zoila Rosa Arroyave, de acuerdo con la escritura Nº 439 de 26 de abril de 1950; las sentencias del Tribunal de Medellín y de la Corte, por las cuales se declara la filiación y derechos herenciales del mismo Arroyave, frente al demandado y a la heredera Zoila Rosa Arroyave, y la copia auténtica del auto de reconocimiento de herederos, en el juicio mortuorio de Ricardo Arroyave Restrepo.

Agrega el recurrente, que al no tomar en consideración esas pruebas, el Tribunal cometió evidentes errores de hecho al dar como debidamente establecido que el juicio de sucesión de Arroyave Restrepo terminó habiéndose liquidado definitivamente la masa herencial; que los bienes que constituyeron el patrimonio del difunto pasaron a los herederos mediante la inscripción de las correspondientes hijuelas de adjudicación; que la sucesión de Ricardo Arroyave Restrepo no existe, al menos en relación con los bienes que se reclaman; no haber encontrado probado que Pedro Antonio Arroyave es apenas un heredero putativo frente a Aníbal Arroyave Alvarez y que por lo tanto, la parte de herencia de Ricardo Arroyave Restrepo que fue adjudicada a Pedro Antonio, y el bien adjudicado a Zoila Rosa, y que ésta vendió a aquél, deben ser restituídos al verdadero heredero.

En el tercero se ataca la sentencia "por violar directamente, bajo el concepto de no haberlos aplicado al caso del pleito, debiendo aplicarlos, los artículos 664, 665, 670 y 673 del C. C. a consecuencia de lo cual infringió también los artículos 1.321, y 1.325 del C. C."

El recurrente considera, luego de hacer el estudio de los citados preceptos, que la sentencia es violatoria de ellos "en cuanto exige que la petición de herencia se demande para la herencia misma o para la sucesión, cuando en verdad debe demandarse para el verdadero y único titular del derecho de herencia, que es el heredero".

La demanda de casación, concluye con el siguiente aparte: "No comparto las consideraciones hechas por la sentencia en relación con el registro de las cesiones que de su derecho hereditario hizo el heredero verdadero a los señores Hernando y Benicio Escobar Uribe, actores con el doctor Aramburo en el juicio. Más por no ser objeto de acusaciones cuanto no influyeron en la decisión

final, procuraré expresar mis puntos de vista sobre ellos en ocasión propia. Con fundamento en los cargos anteriormente formulados, pido que se case la sentencia..."

La Corte considera:

En sentencia fechada el catorce (14) de marzo próximo pasado ésta Sala de Casación Civil, definió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Medellín, en el ordinario de José Luis Aramburo, Hernando Escobar, y Benicio Escobar, contra Eleázar Arroyave Restrepo, como adjudicatario en su carácter de hermano en el sucesorio de Ricardo Arroyave Restrepo, de un inmueble denominado "EL ENCANTO", es decir, se trata de una situación que guarda perfecta analogía con la que hoy resuelve la Corte, no presentándose otra diferencia que el ser distintos la persona del demandado y el objeto del juicio. Por tanto la doctrina allí expuesta se aplica para resolver el presente recurso.

Dijo la Corte:

"1º — La Acción de petición de herencia, según el artículo 1.321 del C. C. es la que la ley le confiere a un heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra u otras personas en la misma condición de herederos. Es una acción real y con ella se persigue una universalidad, esto es, lo que por el carácter hereditario haya de corresponderle al actor, ya conste dicha universalidad de uno o varios bienes, de suerte que puede seguirse contra quien posee solamente una cosa de la herencia. Pero no ha de intentarse para la sucesión del causante, porque como lo dicen Planiol y Ripert, "en estos casos el heredero no puede entablar las acciones del difunto, sino basarse en su derecho personal a la partición o a la atribución de su cuota legítima". El heredero 'obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás y sin que a los unos, favorezca ni perjudique la actitud de los otros en el juicio'.

"2º — En casación de febrero 27 de 1946, la Corte expresó que el heredero verdadero debe dar la prueba de su título en esta acción de petición de herencia, que esta calidad es personal y que, por tanto las acciones del difunto no le serán de utilidad; 'es necesaria una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria', que es la acción de petición de herencia. Sólo cuando obra con acciones reales o personales que correspondería al causante si estuviera vivo, siendo el representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia proseguía la Corte— 'debe demandar para esta, para la universalidad herencial'. Pero por ejemplo si los bienes están en poder de un tercero, y si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces BASTARIA ENTABLAR LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICAR PARA SI, DE MANOS DEL TERCERO LOS BIENES POSEIDOS POR ESTE, luego, claro está, de discutir con el putativo el título de heredero".

"3º — Para saber si la sentencia puede casarse, apareciendo fundado un cargo, es necesario averiguar si tiene otro fundamento esencial, pues si una providencia se apoya en varias razones, cada una de las cuales sería suficiente para proferir la parte resolutiva, es necesario atacarlas todas, pues de lo contrario es forzoso concluir que la demanda de casación es trunca y la Corte no puede suplantar al recurrente".

El recurrente, pidió se celebrara la audiencia de que trata el artículo 534 del C. J. y en ese acto reconoció "que fue objeto de minucioso análisis por parte del fallador aunque no influyó en la decisión final, la cuestión relativa a la manera como se efectuó el registro de las escrituras de venta de derechos herenciales de Aníbal Arroyave Alvarez en favor de sus causahabientes". El recurrente allí hizo un estudio detenido para llegar a la conclusión de que la inscripción de los mentados títulos en la oficina de registro del Circuito de Bolívar, lugar de ubicación de los inmuebles, a que el recurrente dice estaban vinculadas las ventas de derechos hereditarios, fue bien hecha, e invita a la Corte para hacer un nuevo estudio de las doctrinas referentes al modo de verificar el registro. Infortunadamente la Corte no puede verificar ese estudio porque dentro del rigorismo que gobierna el recurso, sólo le es dado pronunciarse sobre las cuestiones y cargos concreta y específicamente expuestos en la demanda. No puede proceder oficiosamente al análisis y definición de cuestiones que no le fueron propuestas en la debida oportunidad y bajo las normas que regulan la casación. Ello implicaría, además, una violación del derecho de defensa que exige que la parte opositora tenga adecuado conocimiento de los ataques que se formulan contra la sentencia para que en la debida oportunidad, con el espacio que le otorga la ley, pueda

realizar el estudio tranquilo de los puntos objetos del ataque. Y se ha visto cómo el fallo del Tribunal le dedicó especial interés al estudio del registro para llegar al resultado de que las escrituras públicas números 28 y 699 no fueron registradas debidamente, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 2.673 del C. C.

Por lo tanto, quedando en pie uno de los fundamentos de la sentencia, es por sí solo suficiente para que se sostenga en toda su fuerza.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

No se causaron costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL ABOGADO QUE RECURRE DE HECHO ANTE LA CORTE, DEBE ESTAR INSCRITO EN LA SECRETARIA DE LA CORPORACION

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra).

El doctor Rafael Orozco Martínez, como apoderado del actor, acude ante la Corte en recurso de hecho contra el auto de fecha 3 de abril de 1956, proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario de Rafael Lomónaco contra Juan Cuesta Bernett, para que se le conceda el de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el mismo Tribunal el 21 de febrero anterior.

El doctor Orozco Martínez no figura como abogado inscrito en la Secretaría de esta corporación.

Ha dicho esta Sala:

"Para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 10 de la misma Ley. Para formalizar una demanda de casación o para interponer un recurso de hecho ante la Corte se requiere que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la corporación". (Casación Civil, septiembre 30 de 1955, Tomo LXXXI, números 2157-58, pág. 188).

Por lo expuesto la Corte está inhibida para pronunciarse sobre el recurso interpuesto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, resuelve abstenerse de decidir sobre el memorial suscrito por el doctor Rafael Orozco Martínez para fundar el recurso de hecho ya mencionado.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Tribunal Superior de Cartagena, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese lo actuado.

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO POR DISCREPANCIA ENTRE LA FECHA DE LA CUBIERTA Y LA DE LA ESCRITURA EN QUE CONSTA SU ENTREGA A LA NOTARIA

1.—La equivocación consistente en que el amanuense de la Notaría estampó en la cubierta que contiene el testamento cerrado una fecha distinta de la de la escritura, en forma alguna está erigida en causal de nulidad del testamento cerrado; es un accidente que no alcanza a constituir un defecto capaz de invalidar el acto testamentario cuando no se presenta ninguna duda sobre la autenticidad y sobre el lleno de las exigencias legales en el otorgamiento de la escritura, porque entonces dicha escritura cumple el fin que se propuso el legislador, o sea, el de tutelar la autenticidad del testamento cerrado y que en su otorgamiento se han cumplido las solemnidades que garantiecn la fiel expresión de la voluntad del exponente.

2.—Si es verdad que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, no puede dudarse que si ha habido error en la data, ese error puede demostrarse, desde luego en la misma forma plena a que alude la ley.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

La señora María Pérez v. de Camacho, en su carácter de cónyuge supérstite del testador **Jorge E. Camacho**, y como representante legal de su menor hija **María Rebeca Camacho Pérez**, demandó a los señores **Víctor J. Camacho** y **Alvaro Camacho M.** y a las señoras **Paulina Camacho de Márquez** y **Gloria Camacho M.**, para que se declarara la "nulidad absoluta del testamento del señor Jorge E. Camacho", de que da cuenta la escritura pública número 2526 de dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, lo mismo que las diligencias de apertura y publicación del testamento protocolizado en la escritura número 934 de tres (3) de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (1952) (Notaría 4ª), con base en la discrepancia de fechas, entre el dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), que aparece en la cubierta de tal acto, y la del dos (2) de junio del propio año, en que consta su entrega a la Notaría citada, con violación directa del artículo 1º de la ley 36 de 1931".

En las demás súplicas se impetran las declaraciones consecuenciales.

La demanda se dirige contra los nombrados Camacho en su carácter de albaceas testamentarios; ellos, lo mismo que las demás personas contra quienes se dirige la acción, son legatarios, en la cuarta de libre disposición.

Hechos

Jorge E. Camacho contrajo matrimonio católico con la señora María Pérez el día primero (1º) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947); de ese matrimonio nació una hija legítima y única llamada María Rebeca Camacho Pérez el día catorce (14) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949); Camacho falleció en Bogotá, el diez y siete (17) de octubre de mil novecientos cincuenta y uno (1951); "el mismo señor Camacho creyó haber hecho testamento cerrado el día dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), según aparece en el sobre de la cubierta contentiva de tal instrumento; en la escritura pública número 2526 de dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y uno (1951) consta que en esa fecha se presentó el citado señor Jorge E. Camacho, y le entregó al Notario 4º de este Circuito, un pliego cerrado y lacrado, que según él contenía su testamento o última voluntad, de fecha dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951). Con base en dicho testamento y con diferencia de un mes, entre la fecha de la cubierta y la escritura que según la ley debía otorgarse para legalizarlo, se abrió aquel instrumento ante el Juzgado 7º Civil del Circuito de

Bogotá" y se practicaron las diligencias consiguientes".

La acción se dirigió también contra el Hospital de Caridad de San Antonio de Soatá y la Iglesia Parroquial del mismo Municipio, en su carácter de legatarios, pero dice el actor en la demanda "con la declaración explícita y terminante de que su comparecencia en el juicio solamente se hace para legitimar los presupuestos procesales del mismo, pero en manera alguna para dejar de reconocer y pagar inmediatamente el valor de las asignaciones discriminadas en la cláusula 7ª del testamento, y de consiguiente los demandantes consignan desde ahora, la voluntad irrevocable de atender a la cancelación de ambos créditos, tan pronto reciban los bienes que de acuerdo con la ley les corresponden".

Fallos de instancia

El Juzgador a quo negó las súplicas de la demanda y consecuencialmente absolvió a los demandados de los cargos que les fueron formulados. El Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia que hoy es materia de recurso de casación que entra a decidirse.

La demanda

Entre los antecedentes del negocio el recurrente afirma que el día dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), compareció Jorge E. Camacho ante el Notario 4º de este Circuito, con el fin de otorgar testamento cerrado; y que, "un mes más tarde", el dos (2) de junio del mismo año, compareció de nuevo ante el mismo funcionario y mediante escritura número 2526 "declaró que presentaba un pliego cerrado el cual contenía su testamento o última voluntad".

Contra la sentencia se hacen los siguientes cargos, por la causal 1ª del artículo 520 del C. J.:

Primer cargo. El fallador "desconoció absolutamente y por lo tanto lo infringió de modo directo, el contenido del artículo 7º de la ley 36 de 1931, y como consecuencia de tales desconocimiento e infracción, violó los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de dicha ley, por haber negado a sus previsiones el carácter de formas substanciales de la ordenación del testamento cerrado, y en tal concepto, haberlas dejado de aplicar cuando era el caso de hacerlo; el artículo 11 de la ley 95 de 1890 por cuanto a través de una equivocada inteligencia, aplicó indebidamente el inciso 2º dejando en cambio de aplicar el 1º que era el que correspondía al caso de la controversia".

El recurrente fundamenta el ataque manifestando que de acuerdo con lo establecido por la ley 36 citada, "inmediatamente después del acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos la escritura en que declara que se contiene su testamento, según el artículo 1080 del C. C., se deberá extender una escritura pública, con las especificaciones y requisitos que allí se determinan, y para ser acompañada después a la solicitud de apertura y publicación del testamento"; que el artículo 7º declara: "Queda adicionado el artículo 1080 del C. C."; que las fórmulas establecidas por la ley 36 para la ordenación del testamento cerrado tienen la condición de "sustanciales" que corresponden a las del artículo 1080 del C. C., y que por lo tanto "la sentencia no podía estimarlas y dejarlas de aplicar al testamento de Camacho, cuya escritura no resulta otorgada inmediatamente después del acto" de la presentación del testamento, ni conforme su fecha con la de dicha presentación como claramente lo establece el artículo 1º". Se agrega en esta sustentación, que el fallador "no podía desestimar el vicio determinado por la solución de continuidad entre el acto de la presentación y el del otorgamiento de la escritura... y que menos aún, le estaba permitido abstenerse de aplicar al caso la sanción de nulidad que como norma general establece el inciso 1º del artículo 11 —ley 95 de 1890" aplicando indebidamente el 2º inciso del citado artículo que excepcional y taxativamente se refiere al carácter de formas accidentales, cuya omisión no conduce a la nulidad del acto.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia por ser violatoria de los artículos 1º a 4º de la ley 36 de 1931, por errónea interpretación de su contenido, en cuanto les desconoce a dichas normas el carácter obligatorio de sus previsiones que el fallador considera simples medios adicionales para probar el otorgamiento del acto testamentario, en vez de reconocerles la calidad de solemnidades o formas substanciales que determina su propio texto.

El recurrente, hace un estudio a fin de precisar "cuándo una determinada forma tiene carácter de solemnidad y no simplemente probatorio" para concluir que los preceptos citados de la ley 36, son de carácter imperativo, y que el otorgamiento de la escritura que ha de extenderse des-

pués del acto de presentación del testamento, no puede ser sino una forma **ad-solemnitatem**. En este aspecto se refiere a una sentencia de la Corte Suprema citada por el fallador de instancia, no aceptando la tesis allí expuesta.

Tercer cargo

"La sentencia es violatoria de los artículos 1080 inciso 4º y 7º, 1º, 2º 3º y 4º de la ley 36 de 1931, por cuanto a través de una errónea interpretación de la naturaleza de las previsiones contenidas en estos últimos, hace una aplicación analógica indebida del estado de excepción que consagra el inciso 2º del artículo 11, Ley 95 de 1890 como si el acto solemne de la presentación del testamento y el del otorgamiento de la escritura pudieran identificarse".

El recurrente, al fundamentar este ataque, insiste en que "las formas establecidas por la ley 36 sobre otorgamiento de la escritura que debe acompañar al de la presentación del testamento son sustanciales, y no simples medios adicionales de prueba como estimó el fallador a través de una equivocada identificación entre las formas de la escritura y las del acto de la presentación, aplicando a las primeras el tratamiento de excepción que consagra el inciso 2º, ley 95 de 1890 para las que previene este precepto en relación con las segundas; que las excepciones no pueden ser aplicadas por analogía a casos que no están expresamente comprendidos en ellas, puesto que su interpretación es restricta, resultando manifiesta la violación en que por errónea interpretación incurrió el Tribunal, dándole a las normas sustantivas citadas, una significación contraria a la que resulta de estos principios".

Cuarto cargo

El recurrente lo expone así: "Dentro de las hipótesis contrarias que el Tribunal supone de **identidad y diversidad** en la fecha o fechas del acta de presentación del testamento, y de la de escritura, la sentencia violó por haberlos dejado de aplicar los artículos 1080, inciso último del C. C., 1º y 7º, de la ley 36 de 1931, 1759 del C. C., inciso 1º del artículo 11 de la ley 95 de 1890 e inciso 7º del artículo 91, Ley 153 de 1887, así: En la primera hipótesis, identidad de fecha, en la presentación del otorgamiento de la escritura, por estimar contradictoria la diferencia de fechas que patentizan los dos instrumentos, y optar luego por resolver aquella supuesta contradicción dándole valor a la prueba testifical contra la escrita, no obstante la prohibición que resulta de los artículos 1759 del C. C., e inciso 2º del artículo 91 de la Ley 153 de 1887; es decir, por evidentes errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Y en la segunda hipótesis, diversidad de fechas en los dos actos, por no haber aplicado a la irregularidad de esta situación, el resultado de invalidación del testamento que previene el inciso 1º del artículo 11, Ley 95 de 1890, conforme a lo prevenido por los artículos 1080, inciso último del C. C., y 1º y 7º de la Ley 36 de 1931. Advierte el recurrente, que el fallador quebrantó la prohibición contenida en el inciso 2º del citado artículo 91 según el cual no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato... "que es precisamente, lo que ha hecho el Tribunal excusándose para ello con la advertencia, de que no se trata de darle prevalencia a los testigos sobre la escritura, sino de 'esclarecer la contradicción de ambos mediante la prueba testimonial'. Como si para este gratuitísimo supuesto, carente de toda base en la realidad del caso, hubiera la ley limitado los efectos de la prohibición".

Consideraciones de la Corte

En los fallos de instancia, se reconoce la diferencia de fechas entre el dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951) que aparece en la atestación notarial de la cubierta que dijo contener el testamento cerrado de Jorge E. Camacho, y la del dos (2) de junio del mismo año, en que se otorgó la escritura número 3526 en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 36 de 1931. El Tribunal recoge en su fallo, y lo amplía, el siguiente concepto del Juez a quo en relación con la diferencia de las fechas: "Empero tal diferencia no acarrea la nulidad, pues al estatuir el mencionado artículo 11 de la ley 95 de 1890, que no es nulo el testamento en el que se omite expresar en la cubierta, el día, mes, y año de su otorgamiento (formalidad contemplada en el inciso 4º del artículo 1080 del C. C.), es porque tal requisito no es considerado por la ley como esencial para la validez del acto. De suerte que si la fecha en la cubierta no es esencial para la validez del testamento, un simple error sobre la fecha, tampoco implica la invalidez del acto, ya que no existe duda ni disputa acerca de la identidad del

testamento, ni de la identidad personal del testador, ni del Notario, ni de los testigos. Más aún, la demandante ha respetado anticipadamente la voluntad del testador en lo concerniente a los legados. No pudiendo considerarse las fechas de la cubierta como esencial para la validez del testamento, no cabe la aplicación de los artículos 1740, y 1741 del C. C., que sancionan con nulidad la omisión de formalidades que la ley prescribe como necesarias para el valor de un acto o declaración de voluntad". El Tribunal estima que la omisión de las anotaciones a que se refiere el inciso 4º del artículo 1080, no acarrean la nulidad del testamento en virtud de lo dispuesto por el citado inciso 2º del artículo 11 de la ley 95 de 1890, porque la autenticidad del acto está garantizada por el cumplimiento de otras formalidades substanciales realizadas a cabalidad en el otorgamiento del acto testamentario sobre que versa la litis, concluyendo, como se ha observado, que si la falta de fecha en la cubierta no genera la nulidad, tampoco puede conducir a ella el error cometido. Y que, **"los supuestos de hecho** del proceso llevan **a la convicción de que lo sucedido realmente** en el caso de autos, fue **una equivocación** del amanuense **quien incurrió** en el lapsus de estampar **la fecha** dos de mayo en vez de la de dos de junio de ese año" (subraya la Corte).

El sentenciador aceptando como hipótesis que la escritura fuera otorgada un mes después de la presentación del testamento, conceptúa que ello no sería motivación suficiente para hacer la declaración de nulidad que se ha pedido.

En el caso de autos, nadie ha discutido la autenticidad del testamento, ni la identidad del testador; por el contrario, la parte actora paladinamente manifestó su voluntad de cumplir los legados hechos en el testamento a favor del Hospital de Caridad y de la Iglesia Parroquial de Soatá; el problema planteado se formula exclusivamente en la diferencia de fechas a que se ha hecho alusión y que es el fundamento de la demanda, diferencia que el recurrente estima como suficiente motivo para invalidar el acto testamentario, en cuanto declara específicamente que no habiéndose otorgado la escritura número 2526 inmediatamente después de la presentación ante el Notario del sobre que contenía el testamento del señor Camacho, se incurrió en la inobservancia de una formalidad substancial para la validez del acto.

En sentir de la Corte, el problema se ha desplazado sobre consideraciones que están en desacuerdo con la realidad probada plenamente en el proceso: Que el testamento cerrado fue presentado en el momento en que se otorgó la respectiva escritura y no el dos (2) de mayo como se anotó en la cubierta.

Los falladores de instancia hicieron referencia a la prueba que obra en el expediente para demostrar el anterior aserto, pero además analizaron las disposiciones legales de que se ha hecho mérito para llegar a la conclusión de que el error en el sobre y la discontinuidad entre la presentación del testamento cerrado en la cubierta, y la escritura, no conllevan la nulidad impetrada. Empero, demostrada la equivocación explicable en que incurrió el amanuense de la Notaría al estampar en la cubierta la fecha dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951) en lugar del dos (2) de junio que lleva la escritura, no es el caso, ni de pertinente obligatoriedad entrar a definir como lo pide el recurrente, si la escritura es o no formalidad substancial para la validez del testamento; si la discontinuidad anotada es causal de nulidad, si el error en la fecha de la cubierta la genera imperativamente.

Esa equivocación en forma alguna está erigida en causal de nulidad del testamento cerrado; es un accidente, que como pasa a verificarse, no alcanza a constituir un defecto capaz de invalidar el acto testamentario cuando no se presenta ninguna duda sobre su autenticidad y sobre el lleno de las exigencias legales a que hace referencia la escritura número 2526.

Para demostrar con plenitud que el acto testamentario fue presentado inmediatamente antes del otorgamiento de la dicha escritura, se destacan los siguientes elementos de convicción, no solamente de carácter testimonial sino otros de distinta índole.

Primera.—En el testamento contenido en la cubierta, el testador señor Camacho luego de hacer la disposición de sus bienes, concluye con esta frase: "Para constancia firmo en Bogotá hoy primero de junio de 1951.—Jorge E. Camacho. C. de C. número 1643276 de Bogotá". Sería faltar a toda lógica aceptar que el testamento fue escrito el 1º de junio y presentado a la Notaría el dos (2) de mayo del mismo año.

Segunda.—El sello de papel que contiene dicho testamento, tiene un sello fechado por el expendio de papel, con fecha primero (1º) de junio de 1951. (Inspección ocular, folio 16, cuaderno 3º).

Este indicio está acreditando en forma manifiesta que el testamento no pudo ser presentado el dos de mayo.

Tercera.— La declaración del Notario reviste especial importancia por su carácter de guardián de la fe pública; su dicho no puede equipararse al de un simple testigo. Dice este funcionario: "El pequeño y para mí intrascendente lapsus, puesto que lo realmente importante es la fecha que consta en la escritura de otorgamiento, consistente dicho lapsus en que en el acta de la cubierta o sobre, reza mayo en vez de junio, pasó inadvertido en primerísimo y principal lugar al propio testador, y en segundo lugar, a todos los cinco testigos que oyeron leer de mí en voz alta dicha acta, desde su primera hasta su última palabra". Al punto el contestó: "Es absolutamente cierto y verdadero que tanto la escritura pública en que consta que el señor Jorge E. Camacho otorgó testamento cerrado, como el acta que aparece en la cubierta o sobre cerrado que el señor Camacho entregó al Notario manifestando que contenía su testamento, fueron leídos y firmados en el mismo día y en un solo acto, sin ninguna interrupción. Esto lo puedo aseverar con absoluta seguridad puesto que soy especialmente exigente en el lleno de las formalidades legales de los testamentos cerrados. Por lo tanto, puedo afirmar enfáticamente, que en forma personal dí lectura en voz alta en presencia del testador y de los cinco testigos, a la escritura de otorgamiento y al acta de la cubierta (una vez llenados los claros respectivos); que después de preguntado el testador si estaba conforme, se procedió a la firma de la escritura y del acta por el testador, por los cinco testigos y por el Notario que habla y que todo ello se hizo en un solo acto y sin interrupción alguna. Además, puedo afirmar también que la fecha de todo ello fue el dos (2) de junio de 1951". El Notario para confirmar lo expuesto hace referencia a varios medios de prueba que fueron objeto de la inspección ocular.

Cuarta.—Don Joaquín Gómez Porras, amanuense de la Notaría (folio 12, cuaderno 3º), manifiesta que a solicitud verbal del señor Jorge Camacho y en su condición de empleado de la Notaría, escribió en el sobre la diligencia de presentación del testamento cerrado y expresa: ".... pero al escribir yo el mes que anoté según ese escrito de que aparece copia en los autos, y que se me ha puesto de presente, lo equivoqué poniendo mayo, cuando se trataba del mes de junio, siendo el día de tal otorgamiento el dos de este último mes de 1951.... atribuyo este error a la circunstancia de que acababa de transcurrir el mes de mayo y todavía persistía el automatismo del empleo de dicho mes, durante treinta días y también a la urgencia que manifestó el señor Camacho para que se le despachara cuanto antes..."

Esta explicación que da Gómez Porras concuerda cabalmente con la misma inspección ocular en la cual se acreditó que en la escritura número 2526 y otras, "está enmendado el mes de junio y tal enmendatura está salvada al final". La equivocación, pues, se debe al automatismo a que alude el amanuense, y que se observa en muchos actos de la vida diaria.

Quinta.—Todos los testigos instrumentales están de acuerdo en declarar que "en ese mismo día (dos de junio) y a continuación de haberse firmado el acta extendida en el sobre, se suscribió también en la misma Notaría 4ª la escritura número 2526 sin haber ocurrido interrupción alguna entre los dos actos".

Sexta.—Pero es la propia escritura número 2526 la que da plena fe sobre el hecho de que el testamento cerrado fue presentado el dos (2) de junio y no el dos (2) de mayo como lo dice la anotación del sobre. Es bajo la fe del Notario Público donde se consignó el dos (2) de junio entre otras cosas lo que sigue: "Que me presenta (el Sr. Camacho) un pliego cerrado, sellado y lacrado con cuatro lacraduras rojas en sus cuatro ángulos, el cual contiene su testamento o última voluntad, declaración que hizo en voz alta, en presencia de los testigos dichos y del suscrito Notario, en forma clara, y precisa, de manera que todos los presentes pudieron verlo, oírlo y entenderlo, sin lugar a duda alguna. El testador puso de su propio puño y letra en el encabezamiento de la respectiva diligencia de presentación que se sentó en dicho pliego, la palabra 'testamento' ". No se ha tachado de falsa esta cláusula de la escritura en donde expresamente se dice que el testador presentó en el acto del otorgamiento el pliego cerrado que contenía el testamento del señor Camacho y que éste puso de su puño y letra el encabezamiento de la diligencia, todo en presencia de los testigos instrumentales. Cumple así la escritura el fin que se propuso el legislador o sea el de tutelar la autenticidad del testamento cerrado y que en su otorgamiento se han cumplido

las solemnidades que garantiecn la fiel expresión de la voluntad del exponente.

Se ve, con claridad que no es simplemente la prueba testimonial la que le sirvió al fallador para llegar "a la convicción de que lo sucedido realmente en el caso de autos, fue una equivocación del amanuense" sino que otros distintos elementos probatorios fuerzan la conclusión del fallador al explicar la "irregularidad" con que el mismo recurrente califica esta situación de la diversidad de fechas en los dos actos.

No violó el Tribunal la fe debida al instrumento público según lo prevenido por el artículo 1759 del C. C., ni quebrantó la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Ley 153 de 1887; porque si es verdad que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, no puede dudarse que si ha habido error en la data, ese error puede demostrarse, desde luego en la misma forma plena a que alude el precepto, tanto mas si, como en el caso objeto del estudio, se pretende perjudicar a terceros, como lo son los legatarios demandados, y cuando la equivocación aparece notoriamente explicable; ni es exacto que para la comprobación del error se haya tenido en cuenta únicamente la prueba testimonial, sino, entre otros elementos el mismo acto testamentario del señor Camacho.

Si como se ha examinado, no cabe duda alguna de que el sobre fue presentado ante el Notario y los testigos instrumentales el dos (2) de junio e inmediatamente se otorgó la escritura número 2526, es incuestionable que los cargos a que alude la demanda carecen del fundamento en que han pretendido apoyarse, y, de consiguiente, no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre O. — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SOBERANIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.— TECNICA DE CASACION

1 — No se trata en el recurso de renovar el debate, cerrado para siempre en la instancia, sino sólo de puntualizar contraevidencia procesal, cuando se invoca error manifiesto de hecho en la apreciación de determinada prueba. No porque al tiempo de su declaración los testigos tengan cierto domicilio, distinto del que correspondiera al causante, va a desprenderse por modo claro e incontrovertible que ignoraran los hechos constitutivos del estado civil que se investiga. Además, la valoración del testimonio incumbe a los poderes discrecionales del sentenciador, quien califica la prueba para formar su íntima convicción, no revisable, a menos que vaya contra la claridad deslumbrante del proceso.

2 — Corresponde al sentenciador, en forma soberana, decidir sobre la intensidad del nexo entre el hecho índice y el indicado, cuando se aprecia la prueba por presunciones simples.

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Eva Flora Pérez Soto, como heredera declarada en la sucesión de Juan Martín Pérez Soto, responde en el presente juicio a la demanda propuesta por María Rosario Avila Núñez para pedir el reconocimiento por la justicia de la filiación natural con respecto al causante, de Martín Alonso, Pedro Juan, Fanny, Myriam Inés, Flor Nelly y Ana Sofía Avila o Pérez, menores hijos bajo patria potestad de la demandante. Hizo además las súplicas consecuenciales de orden hereditario.

Definió el litigio en primera instancia el fallo pronunciado el 16 de mayo de 1955 por el Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué, cuya resolución dice:

"1º — Declárase que Martín Alonso, Pedro Juan, Fanny, Myriam Inés, Flor Nelly y Ana Sofía Avila o Pérez, nacidos el 12 de abril de 1940, el 15 de octubre de 1941, el 15 de septiembre de 1945, el 8 de enero de 1948, el 16 de abril de 1951 y el 23 de septiembre de 1952, respectivamente, son hijos naturales de Juan Martín Pérez Soto.

"2º — En virtud de la declaración anterior los nombrados Martín Alonso, Pedro Juan, Fanny, Myriam Inés, Flor Nelly y Ana Sofía Avila o Pérez tienen interés en la sucesión de su padre natural Juan Martín Pérez Soto, son sus legitimarios, son herederos de mejor derecho que Eva Flora Pérez Soto, reconocida como heredera del causante en su condición de hermana, y tienen derecho, sin perjuicio de herederos de mejor derecho, a que se les adjudique, en la porción que determina la ley, los bienes dejados por el causante.

"3º — No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"4º — Condénase en costas al litigante vencido (a. 2º D. L. 243 de 1951)"

Surtida la segunda instancia, por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial confirmó el antedicho fallo, el 3 de septiembre de 1955.

En cuanto a Pedro Juan, Fanny y Myriam Inés Avila, halló el sentenciador plenamente demostrada la causal 3ª de que trata el artículo 4º, Ley 45 de 1936, sobre existencia de escrito de Juan Martín Pérez Soto con inequívoca confesión de paternidad, cuando en el año de 1950 declaró bajo juramento la renta y patrimonio suyos, a efectos fiscales. Para los mismos, así como también para Flor Nelly y Ana Sofía, encontró establecida en el proceso la causal 4ª acerca de relaciones sexuales estables y notorias, según los testimonios de Tomás Osorio, Paulino Fuentes, Bernabé Durán, Antonio Vargas, Carlos Duque, José Castañeda y Antonio Grajales, de propio modo que, además, la causal 5ª concerniente a la posesión notoria del estado de hijo, con respecto a Martín Alonso.

En el análisis referente al mérito de los aludi-

dos testimonios expresa la sentencia, entre otras cosas:

"Y para desvirtuar el valor probatorio de los citados declarantes no vale arguir que éstos, por ser hoy vecinos del Municipio de Ibagué, no pudieron presenciar la estabilidad de las relaciones sexuales de los concubinos, por la sencilla razón de que el ser los testigos hoy vecinos de Ibagué, no quiere decir que en el tiempo a que aluden no fueron vecinos y residentes en el lugar donde se cumplieron los hechos sobre que deponen. Y tampoco sirven para desvirtuar dicho valor probatorio de los testigos de la parte actora, las referencias desobligantes que los dos únicos testigos traídos por la parte demandada hacen respecto de la vida deshonesta de la madre de los menores, María del Rosario Avila, en primer lugar, porque ellos aluden a la fama pública y para probar ésta únicamente aparecen dichos testimonios, y luego, porque ya se vio cómo uno de tales testigos (Estanislao Alvarez) es contradictorio en sus dichos respecto del reconocimiento o confesión de paternidad que el causante hizo de algunos de sus hijos en declaración de renta y patrimonio hecha ante la Recaudación de Hacienda Nacional de Ibagué, y además, aluden a hechos deshonestos de María del Rosario Avila por lo que oyeron decir al causante. De otro lado, la alusión que estos declarantes y aun la demandada Eva Flora Pérez Soto hacen de que María del Rosario Avila era la guisandera, criada o doméstica del causante Juan Martín Pérez Soto, en casa de éste, en jurisdicción del Municipio de Anzóategui, para el Tribunal es un indicio que complementado con las demás pruebas de la parte actora, enunciadas, dan (sic) la firme convicción de que lo ocurrido al causante con María del Rosario no fue otra cosa que la frecuente situación que se le presenta al campesino solterón rentado, de exigir los favores de su guisandera, criada o doméstica, despreciando la formación de un hogar honorable, procrear hijos en ella, y para terminar con el tiempo y la distancia, o casándose con su concubina para legalizar la situación de sus hijos, o en el peor de los casos, reconociendo a éstos por hechos cumplidos".

Y en otro de sus pasajes se lee:

"En vista de todo lo anterior, para el Tribunal toma mucha fuerza la nota o constancia que el Inspector Departamental de Policía de "El Placer", de la jurisdicción municipal de Anzóategui, y quien obró como comisionado del Juez 2º Civil del Circuito de Ibagué para cumplir con el secuestro de los bienes relictos, dejó a petición de la interesada en la mortuoria del causante Pérez Soto, en el sentido de que se le suministrara por el secuestre de los bienes, a la señora María del Rosario Avila, madre de los menores demandantes, la suma de doscientos pesos mensuales para atender a la educación, alimentación y arriendo de la vivienda donde estaban los hijos del extinto Martín Pérez Soto. Tal nota o constancia, aunque consta en una diligencia que el funcionario comisionado no hizo firmar, por omisión en el cumplimiento de sus funciones, a la heredera interesada en el secuestro, es otro indicio vehemente del reconocimiento y aceptación que la demandada Eva Flora Pérez Soto, única heredera de su hermano Juan Martín, hizo de los menores demandantes como hijos de éste, según así se han dejado ampliamente probado en este juicio".

En el recurso de casación interpuesto por la parte demandada se invoca la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y a pesar de que los cargos no poseen la claridad y precisión que la técnica exige, se estudian en seguida.

I — Se aduce error de hecho en la apreciación de las pruebas presentadas por los actores. En lo que respecta a la "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad", el recurrente admite que la declaración de renta y patrimonio hecha por Pérez Soto en el año de 1950 fue traída como prueba por ambas partes, pero afirma que ese documento "plantea una situación dubitativa" que produce su ineficacia, por cuanto allí figuran como hijos naturales de Martín Pérez Soto, además de Pedro Juan, Fanny e Inés, los menores Rubén, Antonio y Roberto Avila, quienes no aparecen representados en este juicio por Rosario Avila.

"Ese documento —alega— encierra pues una hipótesis, por así decirlo, favorable a la paternidad que se reclama. Pero se observa que esa paternidad no se demandó respecto de los menores Rubén, Antonio y Roberto. Lógicamente, de ser posible ese parentesco, así ha debido hacerse, y no se hizo. Luego esa hipótesis debe descartarse, porque el hecho del parentesco que se busca demostrar, mal puede existir para unos y para otros no. Esta prueba plantea una situación dubitativa que la hace lógicamente ineficaz". Y alude en seguida a que el Tribunal no admitió como prueba de la paternidad, dentro del juicio sucesorio de Juan Martín Pérez Soto, la susodicha declaración de renta y patrimonio. En cuanto hace a las relaciones sexuales estables entre el concubinario y su manceba, afirma el recurrente que

las declaraciones de testigos habidas en cuenta por el Tribunal no relatan hechos precisos y determinados de donde se desprenda la existencia del concubinato; dice que por ser vecinos de Ibagué, menos uno que lo es de Santa Isabel, no estaban en capacidad de declarar sobre hechos que de ocurrir, lo habrían sido en la finca de "El Placer" del Municipio de Anzóategui. Glosa el fallo en el concepto de que el valor probatorio de las declaraciones no se desvirtúa en razón de la aludida vecindad, pues el sentir del Tribunal de que ello no quiere decir que los testigos no presenciaran los hechos sobre que deponen, le parece al recurrente una simple suposición, no esclarecida dentro del juicio. Y concluye en el sentido de que la prueba testimonial no se amolda a las condiciones de la ley y la jurisprudencia, por lo que el sentenciador, al apreciarla, incurrió en error de hecho.

Relativamente a la posesión notoria de estado por el menor Martín Alonso Avila, deducida del mismo conjunto de testimonios, se argumenta que con excepción de los declarantes Tomás Osorio y Paulino Puentes, su relato no abarca diez años contados hacia atrás desde octubre de 1952 en que ocurrió la muerte de Pérez Soto, y se repite lo dicho acerca de la vecindad de los testigos en Ibagué y no en Anzóategui, de donde deduce que no pudieron ser espectadores de los hechos constitutivos del estado civil que se ventila en el presente juicio.

Por último, es criticada la sentencia porque acoge como indicio de la filiación natural el testimonio puesto por el Inspector de Policía de "El Placer" en el acta de la diligencia de secuestro de bienes en el juicio sucesorio de Pérez Soto, referente a que Eva Flora, interesada como hermana del causante, dispuso que el secuestre suministrara doscientos pesos mensuales para varios gastos de los hijos del extinto. Según el recurrente, esa atestación carece de mérito porque no la firma Eva Flora.

Se considera:

Con base en la postura dubitativa que el recurrente adopta en lo tocante al escrito sobre confesión inequívoca de paternidad, no es posible construir argumento alguno que conduzca a demostrar error evidente de hecho en el fallo de instancia. La duda es incompatible con la evidencia, y no proporciona fundamento plausible para descartar la decisión del sentenciador al otorgarle mérito pleno a la confesión explícita de paternidad hecha por Pérez Soto cuando declaró su patrimonio y renta en 1950. La convicción del juzgador a ese respecto, formada en el recinto de su propia conciencia, permanece al abrigo de censura ante la Corte, tanto más cuanto que en el proceso no existe ningún medio que ostensiblemente pruebe lo contrario.

Tampoco incide el cargo por lo que respecta al examen de la prueba testimonial. No se trata en el recurso de renovar el debate, cerrado para siempre en la instancia, sino sólo de puntualizar contraevidencia procesal, cuando se invoca error manifiesto de hecho en la apreciación de determinada prueba. No porque al tiempo de su declaración los testigos tengan cierto domicilio, distinto del que correspondiera al causante, va a desprenderse por modo claro e incontrovertible que ignoraran los hechos constitutivos del estado civil que se investiga.

"El Tribunal encuentra —dice la sentencia— que las declaraciones que la parte demandante adujo para demostrar esas relaciones sexuales estables y notorias entre María Rosario Avila y el causante Juan Martín Pérez Soto, si no precisan la fecha y el mes en que empezaron, sí precisan la época, la cual sí antecede al nacimiento de los menores demandantes, según así se desprende del dicho de tales declarantes y de las fechas de los respectivos nacimientos de aquéllos. Además, para el Tribunal, los declarantes concretan los hechos o indicios según los cuales deducen su conocimiento al respecto y dan la razón de sus dichos, según se vio". "Y para desvirtuar el valor probatorio de los citados declarantes —agrega— no vale arguir que éstos, por ser hoy vecinos del Municipio de Ibagué, no pudieron presenciar la estabilidad de las relaciones sexuales de los concubinos, por la sencilla razón de que en el tiempo a que aluden no fueran vecinos y residentes en el lugar donde se cumplieron los hechos sobre que deponen".

Esta consideración, ubicada como está en el campo discrecional que por ley compete al sentenciador para calificar el mérito del testimonio, se confina también en la intimidad de la conciencia del juez, y prevalece en casación, desde luego que dista mucho de ser notoriamente equivocada.

Por lo que hace a la posesión notoria del estado civil, se lee en el fallo:

"Esta otra causal para la declaración judicial de la paternidad natural, también se halla acreditada para el Tribunal.

"Al tenor del artículo 8º de la Ley 45 de 1936,

'la posesión notoria del estado civil 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, a virtud de aquel tratamiento'. Pero según el artículo 7º de la misma ley, las reglas de los artículos 398 y 399, entre otras, se aplican también al caso de filiación natural, es decir, que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez (10) años continuos por lo menos, y que ella deberá probarse por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable, el Tribunal en vista de las partidas de nacimiento de los menores, de la prueba testimonial aducida por éstos y de la defunción del causante Pérez Soto, concluye que la prueba de tal posesión notoria del estado civil de hijo natural respecto del causante, solamente se encuentra acreditada respecto del menor Martín Alonso Avila, en cuyo favor también se halla acreditada la causal del numeral 4º de la citada Ley 45 de 1936".

Ocurre aquí del mismo modo que la valoración del testimonio incumbe a los poderes discrecionales del sentenciador, quien califica la prueba para formar su íntima convicción, no revisable, a menos que vaya contra la claridad deslumbrante del proceso.

Ha dicho la Corte:

"No es la casación ulterior grado en el juicio, sino recurso extraordinario y estricto, donde se presume que está conforme a derecho la valoración probatoria efectuada por el Tribunal. Y si se agrega que no solo son de restricta interpretación las causales para declarar la paternidad natural, sembrada siempre en campos de incertidumbre, sino además que las establecidas por los ordinales 3º y 4º artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador en el recinto de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de que se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian en su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada". (Casación 26 de abril de 1955. G. J LXXX, Nº 2153, pág. 60, 1ª).

Tocante a que el Tribunal acogiese como indicio complementario de la paternidad demandada, el testimonio del Inspector de Policía comisionado para la diligencia de secuestro de bienes en la sucesión de Pérez Soto, es lo cierto que el reparo no trasciende, por cuanto apenas se trata de un elemento superabundante de juicio y, además, porque en último término corresponde al sentenciador, en forma soberana, decidir sobre la intensidad del nexo entre el hecho índice y el indicado, cuando aprecia la prueba por presunciones simples.

II — Bajo el rubro "error de derecho" la demanda reproduce las críticas ensayadas en el campo del error de hecho. Estima que hubo violación del artículo 697 del Código Judicial "en cuanto esta disposición exige que los testimonios estén acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos atestiguados", pero no se detiene a demostrar su aserto, sino que se limita a decir: "Este es el caso particular de las declaraciones de Tomás Osorio y Paulino Puentes, las cuales estimó el fallador como prueba de la posesión notoria respecto del menor Martín Alonso Avila. Y en cuanto a los demás casos (los previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936) se ha visto la situación ciertamente imprecisa y dudosa en que se ha dilucidado la prueba, la misma que admitió el fallador. Y siendo evidente ese error de hecho en la apreciación de ésta, como acabo de demostrarlo a través de un examen racional y lógico, demostración que aparece de las propias constancias de los autos, el Tribunal en su instancia olvidó la solución de la duda que obliga una resolución favorable a la parte demandada, que es lo que dispone el artículo 23ª del Código Judicial, cuya violación por este concepto, es obvia también".

El cargo, así entreverado de manera inadmisible con errores de hecho y de derecho, carece de consistencia, fuera de que la duda de que habla no ha existido en la mente del sentenciador al apreciar los hechos, a fin de que fuese resuelta a favor del demandado, sino que el recurrente la toma como base para alegar error evidente de hecho en el ámbito probatorio, lo cual, como que-

da visto, no sirve en modo alguno para justificar la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 3 de septiembre de 1955 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez . — Julio Pardo Dávila Ernesto Melendro Lugo Secretario.

HONORARIOS DEL MANDATARIO JUDICIAL

Según el artículo 2142 del C. C. "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". El artículo 2145 ibidem enseña que "el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez". Y conforme al ord. 3º del artículo 2184 del mismo Código, es obligación principal del mandante pagar al mandatario "la remuneración estipulada o usual". El mandato judicial es el contrato celebrado por una persona con un abogado para que éste la asesore y represente dentro de un juicio a fin de asumir la defensa de sus intereses y ejecutar los actos adecuados a tal objeto. Ya por la índole del encargo que recibe el abogado, como por la misma naturaleza de los servicios que presta al comitente, es indudable que se trata de un verdadero mandato y no de una mera locación de servicios. Según el artículo 2144 del C. C., "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato". Dentro de las obligaciones del mandatario judicial se comprenden los servicios de procuración dentro del juicio, y los de asesoría intelectual a su cliente y asistencia continua en la preparación y conducción del negocio para la cabal defensa de los intereses. Para la representación judicial del mandante dentro del respectivo negocio, el mandatario recibe un PODER, un título de procuración, sometido a ciertas formalidades, poder que no puede confundirse con el contrato de mandato que comprende los derechos y obligaciones de las partes contratantes. El poder es generalmente consecuencia del contrato de mandato previamente celebrado. El mandato judicial es remunerado por naturaleza. Los servicios prestados por el abogado deben serle pagados por su cliente, a menos que aparezca estipulación en contrario. La remuneración debe ser la pactada entre mandante y mandatario, o la que señale el juez teniendo en cuenta los usos, la naturaleza de los servicios prestados y la importancia del negocio. Los servicios del abogado en el estudio jurídico del negocio, en la conducción intelectual de éste y en la obtención de las pruebas adecuadas a su buen suceso, deben considerarse como gestiones comprendidas dentro del cumplimiento del contrato de mandato judicial. El hecho de que el apoderado no haya intervenido judicialmente dentro de la actuación para la cual había recibido poder, no transmuta el contrato de mandato en otro distinto. Tales gestiones deben serle remuneradas al abogado conforme a los artículos 2143 y 2184 del C. C.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Se resuelve la demanda de casación formulada por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 28 de julio de 1955, en el juicio ordinario de Víctor G. Valle O. en solicitud de condena al pago de unos honorarios profesionales prestados a la demandada María Ramos vda. de Güete.

I.—Antecedentes

El doctor Víctor G. Valle O. adelantó ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla juicio ordinario contra María Ramos v. de Güete para que se la condenara a pagarle la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) más las costas judiciales.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

María Ramos, hoy viuda de Güete, contrajo

matrimonio eclesiástico en Sincé (Bolívar) con Francisco Posada o Villa, quien estaba casado anteriormente con Gerarina Pérez por nupcias celebradas en Miranda (Antioquia). Aquélla propuso ante el Tribunal Eclesiástico de Cartagena juicio de nulidad de su matrimonio, el cual permaneció estancado por unos quince años, y mientras tanto, ella hacía vida marital con el doctor Joaquín L. Güete. Encontrándose éste gravemente enfermo y deseando legalizar sus relaciones con la señora Ramos, una y otra resolvieron encomendar a un abogado la gestión del antiguo juicio de nulidad del matrimonio y para tal efecto autorizaron al doctor Próspero de Villanueva a fin de que éste contratara los servicios de un profesional. El doctor Villanueva contrató los servicios del abogado doctor Víctor G. Valle O., quien elaboró el respectivo poder que fue enviado a la interesada a Sucre (Bolívar) para su firma y presentación personal y devuelto por conducto del doctor Villanueva al abogado, éste lo llevó a la Curia para adelantar las gestiones correspondientes. Previo el estudio de los distintos aspectos del negocio, el doctor Valle "presentó y sostuvo la tesis de que la gestión debía tramitarse y resolverse por la vía administrativa, tesis ésta que, aceptada por el Tribunal, cambió radicalmente el curso del negocio". Dentro de este procedimiento, el doctor Valle "consiguió las pruebas necesarias y conducentes que, aportadas al proceso, sirvieron de base para la sentencia favorable, en un término rápido y oportuno, que rescató a la demandada moral, espiritual y económicamente, ya que a los tres o cuatro días de salido el fallo, efectuó su matrimonio con el doctor Güete", de quien, fallecido poco tiempo después, heredó la apreciable suma de $ 300.000.00. Finalizado el negocio en forma favorable y satisfactoria para la demandada, el doctor Valle "habida consideración de que no hubo previa estimación de honorarios y, por otra parte, teniendo en cuenta no solamente el valor moral, espiritual y económico que para la demandada ello significó, sino que, también, la calidad de la gestión y estudios llevados a cabo, fijó el valor de sus honorarios en la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) m. l. c., suma ésta que, como es natural, pidió a la demandada procediera a cancelar". La señora Ramos de Güete, alegando que su esposo era quien manejaba los fondos y que éste se encontraba en el exterior, "pidió, aun cuando consideró extralimitada la suma, plazo para proceder al pago inmediato, señalando un término de 30 o más días, mientras se verificaba el regreso de su esposo". Pero la demandada, después de cumplidos estos hechos, no satisfizo la obligación de pagar los honorarios exigidos.

En la contestación al libelo, la demandada se opuso a las pretensiones del actor y negó los hechos principales en que se funda, haciendo al propio tiempo las siguientes aseveraciones: a) que el juicio de nulidad del matrimonio de Francisco Villa (o Posada) celebrado con la señora Ramos **excepte ligaminis** fue iniciado de oficio administrativamente por el Tribunal Eclesiástico de Cartagena, en virtud de comunicación hecha con fecha 22 de mayo de 1946, por el R. P. Marcelino Larrazábal, dirigida al señor Arzobispo de Cartagena poniendo de presente la bigamia cometida en aquel matrimonio y para comprobar su aseveración acompañó las partidas de matrimonio correspondientes, con lo cual el Provisor puso a funcionar el procedimiento administrativo eclesiástico; b) el juicio se inició el 24 de mayo de 1946 y se dictó sentencia a fines de agosto de 1947 o principios de septiembre del mismo año; c) el doctor Valle no intervino "dentro del juicio en sí", pues "ni siquiera fue aceptado o autorizado por el Tribunal Eclesiástico para ejercer el poder conferido tantas veces aludido por la parte demandante"; d) no hay en todo el expediente de tal juicio constancia alguna de que el doctor Valle hubiera presentado un solo escrito y "por lo consiguiente no es cierto que haya sostenido en dicho juicio tesis alguna".

El Juzgado 3º del Circuito Civil de Barranquilla, en sentencia de 27 de noviembre de 1952, absolvió a la demandada.

Apelado este fallo por la parte actora fue confirmado por el Tribunal Superior de Barranquilla en sentencia del 28 de julio de 1953.

Contra esta decisión interpuso casación el demandante. Tramitado en forma el recurso, el negocio se halla preparado para resolverse por la Corte.

II.—Sentencia acusada

El Tribunal en el fallo impugnado hace varias consideraciones jurídicas previas que sirvieron de fundamento al rechazo de las súplicas de la demanda. Pueden resumirse así:

El mandato judicial es el contrato celebrado con un abogado para que éste represente en un juicio a una de las partes y defienda los intereses de ella. La costumbre ha establecido que este

mandato sea siempre remunerado. Por lo mismo se trata de un contrato sinalagmático perfecto.

En lo que respecta al contrato de mandato, en general, desde el punto de vista de la prueba, hay que distinguir dos hechos: la celebración del contrato y la ejecución del mismo. Cualquier prueba es adecuada para demostrarlos.

La ejecución del contrato supone una conducta de los contratantes que armonice con las previsiones o normas contenidas en el contrato mismo: la conducta real de los contratantes debe identificarse o confundirse con la conducta pactada en el contrato.

El mandato se reputa perfecto por la aceptación expresa o tácita del mandatario. "La aceptación expresa no lleva envuelta la ejecución del contrato en lo que respecta al mandatario; la aceptación tácita, sí. Dado el carácter de ese otro tipo de aceptación es natural que ella se confunda con cualquier acto en ejecución del mandato. La aceptación tácita responde a la posibilidad de que uno de los contratantes cumpla sus obligaciones sin haber manifestado expresamente que acepta el contrato. Por tanto, la aceptación expresa y la tácita tienen distintas incidencias sobre el cumplimiento del contrato. La expresa no supone su ejecución. La aceptación tácita sí va unida a la ejecución del contrato de mandato".

Estas conclusiones "gozan de especial relevancia respecto del mandato remunerado". "El supuesto de la exigencia de que el mandante cumpla sus obligaciones, especialmente la relativa a remuneración, es el hecho de que el mandatario haya cumplido las suyas". "La distinción entre celebración y ejecución del contrato de mandato permite comprender por qué la pura y escueta celebración no puede otorgarle al mandatario judicial la facultad para exigir la remuneración respectiva. La condición única de esa facultad es la ejecución del contrato, en la forma en que ella se ha definido en relación con el artículo 2.150 del Código Civil. Ahora bien, la ejecución del mandato judicial se ubica comprensible y naturalmente dentro del respectivo juicio. El mandatario que exija el pago de la remuneración ha de probar que, ajustándose al contrato, realizó en el juicio correspondiente las gestiones o labores acordadas en el contrato que celebró con el mandante". En el expediente del juicio deben reposar las constancias que muestren que la conducta del mandatario se adecuó al contenido del contrato.

Después de exponer las anteriores consideraciones de carácter jurídico, el Tribunal examina la cuestión de hecho, en el caso sub judice, para llegar a la conclusión de que no hallándose demostrado que el doctor Valle hubiera actuado como apoderado de la señora Ramos de Güete en el juicio eclesiástico de nulidad del matrimonio celebrado con Posada o Villa, no tiene derecho a cobrar remuneración en calidad de mandatario por otro clase de gestiones que sí se hallan acreditadas en el expediente y que aun cuando son muy vinculadas a la ejecución del mandato no se confunden con ésta.

Las observaciones del Tribunal al respecto pueden sintetizarse así:

En las copias suministradas por el Provisor Eclesiástico de Cartagena, tomadas del juicio de nulidad del matrimonio que contrajo Francisco Posada con María Ramos, consta el poder otorgado por esta señora al doctor Víctor G. Valle para que la represnetara en dicho juicio. El poder está dirigido al Presidente del Tribunal Eclesiástico de Cartagena: fue presentado ante el Cura de la Parroquia de la Santa Cruz de Sucre (Bolívar) el 12 de septiembre de 1946. Con anterioridad a la presentación del poder, el Prefecto Apostólico de San Marcos, Monseñor Marcelino Lardizábal, había pedido en nota de 22 de mayo de 1945 al señor Arzobispo de Cartagena, en nombre de María Ramos y del doctor Güete, "feligreses de Sucre", que anulara el matrimonio celebrado en Sincé el mes de enero de 1918 por María Ramos y Francisco Roque Villa Posada. Las mismas copias suministradas por el Provisor y el testimonio del R. P. Francisco Garcerant demuestran que el doctor Valle no intervino en tal juicio, ni actuó en el sentido de solicitar en el mismo que se adoptara la "vía administrativa". El actor no demostró que hubiera ejercido dentro del juicio eclesiástico, el poder que le había conferido la señora Ramos.

De las declaraciones rendidas en el proceso a petición del actor, y de las copias expedidas por el Provisor Eclesiástico se desprende "que el doctor Valle hizo gestiones para obtener que determinados testigos depusieran como tales, incluyéndose entre esas gestiones viajes a algunas poblaciones bolivarenses. Reitera la Sala que las circunstancias que le hayan impedido a un mandatario intervenir como tal en el respectivo juicio, no deben ser tenidas en cuenta por el Juez en orden a decidir que el mandante deba, sin embargo, pagar honorarios, cuando aquellas circunstancias hayan sido ajenas a la voluntad del man-

datario. En el caso sub-lite, el Tribunal Eclesiástico no admite como apoderado de doña María al doctor Valle. El Padre Garcerant así lo confirma. Obra en autos el original de una carta que habría dirigido al doctor Valle el Reverendo Padre Benicio Agudelo y concebido en estos términos: "En mi poder su tarjeta y a ella me refiero. Le manifiesto que me consta que usted trabajó en el juicio Posada-Ramos y que se interesó en el negocio llevando algunas declaraciones y documentos. Ese me consta porque yo era Secretario de la Curia en ese tiempo y claro está que es de justicia que la señora Ramos, que ganó el juicio, le reconozca a usted lo justo por su trabajo". (Cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia, folio 48). Pero el remitente de esa carta, Presbítero Agudelo, no pudo ratificar el contenido de ella ni reconocerla expresamente ya que el Juzgado Unico Civil del Circuito de Magangué, al cual comisionó el Juzgado de Barranquilla, no pudo obtener que declarase el Padre Agudelo porque éste para esa fecha se encontraba en San Bernardo del Viento (Bolívar). Por lo demás, en la reproducida carta no se dice nada nuevo respecto a lo ya conocido, a saber, que llevó algunos testigos o declaraciones y también documentos. Por otra parte, el actor se ha basado en el hecho de la celebración u otorgamiento de un poder para actuar en el juicio, representando a doña María. No pudo intervenir en el juicio por las razones que en varios momentos ha mencionado la Sala. Obviamente, en el presente juicio no cabe imponer como compensación por esas gestiones, el pago de ninguna suma de dinero por parte de doña María al doctor Valle. El actor solicitó que se condenara a doña María a pagarle los honorarios a que tenía derecho por haber cumplido el contrato de mandato judicial y, en consecuencia, haber representado a la poderdante en el juicio de nulidad del matrimonio y obtenido la sentencia favorable a la demandada. Pero esos hechos no fueron demostrados".

El actor no probó que en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con la demandada, la hubiera representado en el juicio de nulidad del matrimonio. "Ha demostrado que procuró que algunos testigos declarasen en el juicio, pero esas gestiones suyas, aun cuando muy vinculadas a la ejecución del mandato, no se confunden con ella pues el mandato se confió al actor para que éste actuara en el juicio como representante de la demandada. En el mismo alegato de conclusión de la primera instancia, el apoderado del demandante advierte que la razón en virtud de la cual no aparece el actor actuando dentro del juicio se ha explicado en el mismo libelo de la demanda. Se refiere el actor al hecho cuarto de la demanda ya que en él se dice que el doctor Valle obtuvo que se adoptara la vía administrativa para la tramitación del juicio de nulidad del matrimonio. Pero no se probó que el doctor Valle hubiera intervenido en ese sentido".

A la demanda se acompañó una carta suscrita por la señora Ramos de Güete, datada el 21 de octubre de 1947 y dirigida al doctor Valle. En ella se contiene una confesión de la demandada en el sentido de que es cierto que el actor le "atendió el negocio", y, por otra parte, la obligación por ella contraída en el sentido de pagar al doctor Valle los respectivos honorarios. En virtud de haberse realizado los supuestos que configuran el reconocimiento tácito, aquella carta tiene la fuerza de confesión judicial hecha por la demandada, en armonía con la definición de la confesión incluída en el artículo 604 del Código Judicial.

¿Qué es lo que ha confesado la señora Ramos de Güete en la carta? "En ella no se dice que los honorarios que debían pagarse al doctor Valle hayan sido causados por haberla representado en el juicio de nulidad del matrimonio, ajustando así, el doctor Valle, su conducta al contenido del contrato de mandato judicial". La señora dice que los honorarios se refieren al "negocio que me atendió ante la Curia". "Ese atender —dice el Tribunal— tiene dos contenidos: o haber actuado realmente como apoderado en el juicio de nulidad del matrimonio y ya sabemos que no pudo intervenir o actuar en ese juicio; o realizar gestiones vinculadas a la tramitación del juicio, que no configuran plenamente la ejecución del mandato judicial, objeto de la demanda". Esas declaraciones de la demandada valen como confesión judicial, pero el contenido de ella es "ajeno o extraño al hecho básico que no demostró el actor en este juicio, a saber que actuó como apoderado de doña Mayita (la señora Ramos de Güete) en el de nulidad del matrimonio. Para otro juicio podría tener el carácter de confesión extrajudicial".

Todos los razonamientos del Tribunal pueden reducirse a la consideración de que no habiendo el doctor Valle ejercido el poder conferido por la señora Ramos de Güete para representarla dentro del juicio eclesiástico de nulidad del matrimo-

nio, no tiene derecho a reclamar en el presente juicio remuneración por gestiones distintas que no constituían la ejecución del mandato.

III.—Demanda de casación

Con invocación de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de Barranquilla por quebrantamiento de los artículos 2143, 2149, 2150 y 2184 del Código Civil, ya en forma indirecta a través de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, ya en forma directa a causa de indebida aplicación de tales normas.

Por este último aspecto, el recurrente formula su acusación en los siguientes términos:

"a) Según el artículo 2143 en los casos de mandato remunerado la remuneración se determina por la convención de las partes, antes o después del contrato o, en su defecto, por la ley o por el Juez. En el caso de autos, abstracción hecha de la cuestión probatoria, el Tribunal de Barranquilla quebrantó directamente ese artículo por falta de aplicación, siendo pertinente;

"b) Conforme al artículo 2149 del mismo Código, el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. En el caso de autos, no obstante haberse probado que la demandada dio su aquiescencia a la forma como el doctor Valle ejecutó el mandato y por eso aceptó ser su deudora, el Tribunal de Barranquilla absolvió cuando debía condenar al menos en abstracto. Con esta conducta violó directamente el artículo en cita, por falta de aplicación.

"c) Al tenor del artículo 2150 del mismo Código, el mandato, contrato eminentemente consensual, se reputa perfecto por la aceptación expresa o tácita del mandatario. En el caso de autos está probado que el mandatario ejerció, por lo menos en parte, actos propios del encargo que se le había confiado, lo que implica el perfeccionamiento y el cumplimiento del contrato. De modo que el Tribunal violó directamente esta disposición al no tenerla en cuenta, siendo aplicable al caso de autos;

"d) Según el artículo 2184 del mismo Código, ordinales 2º y 3º, el mandante tiene la obligación de reembolsar al mandatario los gastos razonables causados con motivo de la ejecución del mandato, lo mismo que la de pagarle la remuneración estipulada o usual. De autos aparece probado que el doctor Valle realizó gestiones en favor de la señora de Güete en cumplimiento del contrato de mandato celebrado entre las partes y que la mandante acepta ser deudora del actor por dicho concepto. Sin embargo, el Tribunal de Barranquilla, violando directamente lo dispuesto en el citado artículo, deja de reconocer la remuneración a que tiene derecho el demandante, incurriendo en flagrante injusticia. De modo que dejaron de aplicarse esos ordinales del artículo 2184, del Código Civil".

IV.—Consideraciones de la Corte

La Sala considera que la acusación formulada debe prosperar por las siguientes razones:

Según el artículo 2142 del Código Civil "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". El artículo 2143 ibidem enseña que "el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez". Y conforme al ordinal 3º del artículo 2184 del mismo Código, es obligación principal del mandante pagar al mandatario "la remuneración estipulada o usual".

El mandato judicial es el contrato celebrado por una persona con un abogado para que éste la asesore y represente dentro de un juicio a fin de asumir la defensa de sus intereses y ejecutar los actos adecuados a tal objeto. Ya por la índole del encargo que recibe el abogado, como por la misma naturaleza de los servicios que presta al comitente, es indudable que se trata de un verdadero mandato y no de una mera locación de servicios. Según el artículo 2144 del Código Civil, "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".

Dentro de las obligaciones del mandatario judicial se comprenden los servicios de procuración dentro del respectivo juicio, y los de asesoría intelectual a su cliente y asistencia continua en la preparación y conducción del negocio para la cabal defensa de los intereses.

Para la representación judicial del mandante dentro del respectivo negocio, el mandatario recibe un poder, un título de procuración, sometido a ciertas formalidades, poder que no puede con-

fundirse con el contrato de mandato que comprende los derechos y obligaciones de las partes contratantes. El poder es generalmente consecuencia del contrato de mandato previamente celebrado.

El mandato judicial es remunerado por naturaleza. Los servicios prestados por el abogado deben serle pagados por su cliente, a menos de que aparezca estipulación en contrario. La remuneración debe ser la pactada entre mandante y mandatario, o la que señale el juez teniendo en cuenta los usos, la naturaleza de los servicios prestados y la importancia del negocio.

En el caso sub judice aparece perfectamente demostrado que entre el doctor Víctor G. Valle y la señora María Ramos de Güete se pactó un contrato de mandato para que el abogado asistiera y defendiera los intereses de ella en el juicio de nulidad del matrimonio con Francisco Posada o Villa. No aparece estipulación de honorarios. Para asumir la representación judicial dentro de dicho juicio, el doctor Valle recibió poder de la mandante. Está demostrado que el apoderado no actuó procesalmente en ejercicio de tal poder. Pero está probado y reconocido por la propia demandada que prestó sus servicios de abogado en el estudio jurídico del negocio, en la conducción intelectual de éste y en la obtención de las pruebas adecuadas a su buen suceso. Y la demandada se confiesa obligada al pago de esos servicios. Tales gestiones deben considerarse comprendidas dentro del cumplimiento del contrato de mandato. El hecho de que el apoderado no hubiera intervenido judicialmente dentro de la actuación eclesiástica no transmuta el contrato de mandato, en otro distinto. Y cabe observar que la misma demandada acepta que el apoderado cumplió en esta forma su obligación de atender el negocio ante la Curia de Cartagena.

De lo anterior se desprende que el doctor Valle prestó servicios de abogado a la señora Ramos vda. de Güete dentro del cumplimiento del contrato de mandato judicial. Tales gestiones deben serle remuneradas, conforme a los artículos 2143 y 2184 del Código Civil, normas que el sentenciador infringió por falta de aplicación.

Prospera la acusación y el fallo recurrido debe ser casado.

V.—Sentencia de instancia

Según el artículo 538 del Código Judicial, infirmado el fallo por hallarse fundada la causal alegada, corresponde a la Corte dictar en su lugar la sentencia de instancia.

Para ello considera la Sala:

1º—Como lo reconoce la sentencia del Tribunal, está suficientemente demostrado que el doctor Víctor G. Valle realizó gestiones para obtener que determinadas personas depusieran como testigos en el juicio de nulidad del matrimonio de Francisco Posada o Villa con María Ramos, y para allegar documentos a tal juicio, incluyéndose en esas gestiones viajes a determinadas poblaciones bolivarenses. La Sala ha aceptado que tales gestiones fueron cumplidas en desarrollo de sus obligaciones de mandatario.

Al respecto dijo el Tribunal:

"En la primera instancia declararon algunos testigos. Fueron ellos Antonio Merlano, Eusebio Mercado S., Joaquín Tobío Merlano y Rosa M. de Espinosa. El primero depuso ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena. Al preguntársele si sabía y por qué lo sabía que el señor Pedro Bustillo había rendido declaración en el juicio sobre nulidad del matrimonio que celebraron María Ramos Guerra, hoy viuda de Güete, y Francisco Posada o Villa, respondió: "Sé que el señor Pedro Bustillo rindió declaración en el juicio sobre nulidad del matrimonio celebrado entre María Ramos Guerra, hoy viuda de Güete, y Francisco Posada o Villa, porque leí la sentencia pronunciada por la Curia y en ella se cita la declaración del señor Pedro Bustillo, como fundamento del fallo". Manifestó también el señor Merlano que encontrándose en la "Heladería Americana", acompañado por Eusebio Mercado y el doctor Víctor G. Valle, el señor Uriel Parias dijo al doctor Valle que la persona que estaba bien enterada de todo lo relativo al matrimonio entre doña María y el señor Francisco Posada o Villa era el señor Pedro Bustillo. Declaró igualmente que le constaba que el doctor Valle hizo diligencias y gestiones para que el señor Bustillo declarara en el juicio y que esas gestiones consistieron en haberle escrito con insistencia a Montería, ofreciéndole pagarle los viáticos para que viniera de Montería a rendir la declaración ante la Curia; y que también le constaba que el doctor Valle había viajado a Sincé a fin de obtener unos documentos que "estaban en favor del señor Manuel Iriarte, persona que había sido durante mucho tiempo empleado de Posada o Villa, tanto en Sincé como en Sucre, y haber sido guardador de muchos documentos del señor Posada o Villa" (cuaderno de pruebas del demandante en

la primera instancia, folio 7 vto.). Advirtió el señor Merlano que ello le constaba por haberse encontrado con el doctor Valle en Sincé y haberlo acompañado en esas gestiones, incluyendo la de conseguir que el señor Iriarte concurriera oportunamente al Juzgado a rendir una declaración de extrajuicio y otra para la Curia, por conducto del Párroco de Sincé. Concluye el declarante: "Por todo esto me consta que procedió con gran actividad e hizo todo lo posible porque se dictara sentencia favorable en el juicio de nulidad del matrimonio de la Ramos con el señor Posada o Villa".

"El señor Eusebio Mercado S. también declaró ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena y ratificó las aseveraciones hechas por don Antonio Merlano. Dijo así el señor Mercado: "Una vez entramos a la Heladería Americana, en esta ciudad, el doctor Víctor G. Valle, el doctor Antonio Merlano Urrós y el que habla y allí encontramos de casualidad al señor Uriel Parias; después de los cumplidos de rigor, el doctor Valle le preguntó al citado señor Parias si él conocía a alguna persona que estuviera enterada del matrimonio del señor Francisco Posada con María Ramos; a lo que le contestó que el señor Pedro Bustillo, residente en Montería, sabía perfectamente del caso" (mismo cuaderno, folio 8). También afirmó don Eusebio que cuando llegó a Cartagena el señor Bustillo "se dio cuenta" de que "andaban en las diligencias relativas al matrimonio del señor Posada con la señora Ramos". Nuevamente el señor Mercado se refirió al viaje que el doctor Valle hizo a Sincé y que ya había mencionado don Antonio Merlano.

"El señor Joaquín Tobío Merlano, otro de los declarantes, manifestó que es cierto que el doctor Valle, "por haberlo yo visto" estuvo en San Benito Abad y luego en Sincé "en asuntos relacionados con la gestión de la señora María Ramos viuda de Güete" (mismo cuaderno, folio 12 vto.). Finalmente, declaró que había expresado al doctor Valle que 'en Sincé podían suministrarle informes fidedignos sobre las gestiones que él llevaba o se proponía hacer, los señores Manuel Iriarte, Julio del Risco, Antonio Romero y Leopoldo Acosta'.

"Rosa Merlano viuda de Espinosa fue otro de los testigos. Aseveró: 'La persona que me solicitó la declaración que rendí ante la Curia en el caso de nulidad del matrimonio de María Ramos Guerra y Francisco Posada o Villa, fue el doctor Víctor G. Valle; ninguna otra persona me había solicitado tal declaración' (mismo cuaderno, folios 14 vto.).

"De todas esas declaraciones se desprendería que el doctor Valle realizó gestiones para obtener que determinadas personas depusieran como testigos en el juicio de nulidad del matrimonio. Ahora bien, en las copias certificadas de algunas de las piezas que integran el expediente del juicio, figura la de la parte pertinente de la sentencia. Entre los hechos que se aceptan como probados figura este: 'Francisco Villa, esposo de Genarina Solís, es el mismo que con el nombre de Francisco Posada se casó con María E. Ramos'. Como testigos que aseveraron el hecho la sentencia enumera a Manuel Iriarte, Cristina Castilla, Pedro Bustillo, doctor José Miguel López y señora Rosa Merlano viuda de Espinosa. Entre ellos quedaron incluídos Pedro Bustillo y Rosa Merlano viuda de Espinosa y Manuel Iriarte. A ellos se refirieron los testigos Antonio Merlano, Eusebio Mercado y la misma testigo Rosa Merlano, quien declaró que había sido el doctor Valle la persona que le solicitó que depusiera en el juicio de nulidad del matrimonio. Por otra parte, en otra de esas copias —la relativa a las declaraciones testimoniales en el mencionado juicio— se dice que 'el doctor Víctor G. Valle O., como apoderado de la señora María E. Ramos, supuesta esposa del señor Francisco R. Villa, presentó al señor Pedro Bustillo V. como testigo en el proceso para esclarecer la identificación del expresado Francisco R. Villa'".

2º—Por otra parte, como también lo reconoce el Tribunal, en la carta original que el actor acompañó a la demanda y a que antes se ha hecho alusión, la demandada confiesa que el doctor Víctor G. Valle atendió el negocio que le confió ante la Curia y reconoce la existencia de la obligación de pagarle los honorarios, aunque objeta la cuantía exigida de $ 15.000.00. El mensaje está redactado en los siguientes términos:

"Me refiero a su telegrama del 17 de los corrientes sobre la cuantía en que estima usted sus honorarios sobre el negocio que me atendió ante la Curia. El doctor Güete que es el que maneja los fondos se encuentra actualmente en Rochester a donde fue en busca de salud, y habrá de esperarlo para ver de entendernos en una forma adecuada, pues estimo que su cuenta está extralimitada y le rogaría el favor de pasar una cuenta equitativa para cuando él regrese atender el pago de ella inmediatamente. Esto será dentro de unos 30 días o más'. (Cuaderno principal del Juzgado, folio 13)".

3º—De las probanzas examinadas aparece que el doctor Valle prestó sus servicios de abogado a la demandada, en cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato de mandato, servicios que deben serle remunerados por la señora Ramos v. de Güete, cuya cuantía debe ser determinada judicialmente, ya que no hay constancia de estipulación previa de los honorarios. Para hacer tal liquidación se seguirá el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial. Los servicios profesionales del abogado son los que se hallan demostrados dentro del presente juicio y a los cuales se ha hecho referencia en varios apartes de esta sentencia.

VI.—Resolución

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 28 de julio de 1955 en el juicio ordinario de Víctor G. Valle O. contra María Ramos vda. de Güete, y en su reemplazo RESUELVE:

1º—Se revoca la sentencia dictada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla el 27 de noviembre de 1952;

2º—Se condena a la señora María Ramos vda. de Güete a pagar al doctor Víctor G. Valle O. el valor de los honorarios profesionales de abogado por los servicios prestados a dicha señora, conforme aparece en la parte motiva de esta sentencia;

3º—El valor de los honorarios profesionales será liquidado conforme al procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial;

4º—Se condena a la demandada a pagar al actor las costas de las instancias y del recurso de casación.

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

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS.— NO SE REQUIERE LA FORMALIDAD DEL REGISTRO PARA QUE UNA SENTENCIA PUEDA HACERSE VALER EN OTRO JUICIO ENTRE LAS MISMAS PARTES

1.—La ley 51 de 1943, en su artículo 1º autoriza al comunero que haya poseído materialmente y en las condiciones legales el predio común proindiviso o una parte de él, a hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, tanto contra los demás comuneros o contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tengan poseído y explotado económicamente.

El fenómeno es muy sencillo: dado el supuesto de que exista una comunidad, y uno o varios de los condueños se hayan establecido en el predio común o en una parte de él, ejerciendo actos de dominio, con ánimo de dueños, o sea poseyendo materialmente y por todo el tiempo que la ley señala para que tenga lugar la prescripción adquisitiva, bien ordinaria o extraordinaria, tienen todo el derecho de considerarse dueños del bien poseído en esas condiciones, o sea de adquirirlo por prescripción, aún contra los demás condueños, siempre que esa posesión esté acorde con todos los requisitos necesarios que la misma ley señala al efecto.

Cuando se CUMPLEN esas condiciones, o sea cuando haya transcurrido el lapso legal necesario para adquirir por prescripción y la posesión ha sido tranquila, pública y pacífica, entonces se consuma, por ministerio de la ley, el fenómeno de la prescripción adquisitiva, que si es la extraordinaria, no requiere ningún título para configurar el derecho de dominio en el prescribiente. El título, en ese caso, proviene de la ley y el modo como ese título se perfecciona, es la posesión en las condiciones anotadas y durante el tiempo necesario, que la misma ley señala.

2.—No vale argumentar que la sentencia dictada en un juicio y presentada como prueba en el presente, no está registrada porque esa formalidad del registro no es necesaria cuando se presenta entre las mismas partes. Al respecto véase la sentencia de casación publicada en el Tomo LXXIX, pág. 860, de la GACETA JUDICIAL.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Juana, Mercedes, Petronila o Petrona, Carmen y Eulogio Minotta Palomino y Ana Joaquina Minotta Vergara, afirman que:

a) María Francisca Palomino compró a Vicente Bustamante, según aparece de la escritura sin número de 25 de noviembre de 1840 de la notaría de Cali, un inmueble ubicado en la ciudad de Cali, determinado por los límites que se relacionan en esa escritura, y que hoy son los siguientes: Norte, carrera 10ª en longitud de treinta y dos metros con noventa centímetros; Sur, con propiedad de Vicente García Bejarano, cerca de por medio, en una longitud de veintidós metros con veinte centímetros: Oriente, con la calle 9ª en una longitud de diez metros con noventa centímetros; luego ángulo al Occidente, en una longitud de diez metros con setenta centímetros y al terminar éste hace ángulo al Sur, en una longitud de veinticuatro metros con noventa centímetros, hasta tocar el lindero con Vicente García Bejarano; y por el Occidente con propiedad de la familia Valencia, antes de César Quijano, pared y cerca de por medio. Tiene esta propiedad una extensión superficiaria de mil ochocientos ochenta y un metros cuadrados con once centímetros cuadrados;

b) Muerta Francisca Palomino, se liquidó la mortuoria y el inmueble citado se adjudicó así:

A Juana Francisca Palomino un derecho por valor de cuatrocientos dos pesos y un real (la demandada dice $ 602.4½);

A Rosalía Palomino, un derecho por trescientos setenta y siete pesos tres reales;

A Encarnación Palomino, un derecho por catorce pesos, un real y tres cuartillos reales;

A María del Rosario Palomino, un derecho por doscientos once pesos y tres cuartillos;

c) Juana Francisca Palomino vendió a María Tomasa Vásquez una tienda (que hace parte de la finca) según escritura otorgada en la notaría de Cali el 18 de agosto de 1865. Esta tienda figura hoy como de propiedad del Presbítero Luis Alfonso Escobar G., quien la adquirió por compra a Pedro Antonio Orejuela, en el año de 1945, siendo de anotar que la posee tranquilamente, sin que la familia Minotta Palomino ni los herederos de Rosalía Palomino, señores Julio César y Helena Girón le hayan disputado el dominio;

d) Los derechos que correspondieron a Rosalía Palomino, se adjudicaron, muerta ésta, por partes iguales, a Julio César y a Helena Girón;

e) Encarnación Palomino no enajenó a persona alguna los derechos que le correspondieron en la sucesión de Francisca Palomino;

f) Encarnación Palomino falleció en 1944 e instituyó como herederos a sus hijos Petronila, Eulogio, Juana, Carmen y María del Rosario Palomino;

g) La mitad del derecho que correspondió a María del Rosario Palomino le fue adjudicado, en la sucesión de Rosalía Palomino, en el año de 1944 a Julio César y a Helena Girón Palomino;

h) No obstante que a Encarnación Palomino se le adjudicó en la sucesión de Francisca Palomino, un derecho de catorce pesos un real y tres cuartillos reales, es lo cierto que la mencionada Encarnación poseyó materialmente desde el año de 1864 hasta cuando falleció, o sea hasta el 27 de septiembre de 1944, el inmueble "consistente en un solar y casa de habitación (situado en Cali) comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: por el norte, con la carrera diez (10), en una longitud de veintitrés metros con cuarenta centímetros (23-40); por el sur, con propiedad de Vicente García Bejarano, pared y cerca de por medio, en una longitud de once metros con cuarenta centímetros (11-40); por el occidente con propiedad de César Quijano, antes, hoy familia Valencia, pared y cerca de por medio, en treinta y cinco metros treinta y cinco centímetros (35.35); y por el oriente con propiedad de Julio César y Helena Girón, en extensión de veintiseis metros con ochenta centímetros (26.80). Esta posesión la ejerció doña Encarnación con ánimo de señora y dueña (sic) absoluta, con absoluto desconocimiento de cualquier derecho de parte de otras personas, y la ejercitó de manera continua, ininterrumpida, pacífica y pública";

i) Después de la muerte de Encarnación Palomino han poseído el inmueble especificado en el punto h), sus hijos Juana, Petronila o Petrona, Eulogio, Carmen y Mercedes Minotta Palomino, y su nieta Ana Joaquina Minotta de Vergara, "cuya posesión se suma a la de doña Encarnación, como la de ésta se sumó a la de doña Juana Francisca Palomino, aun cuando hay que advertir que aún en vida de doña Encarnación poseyeron sus hijos nombrados y su nieta" y esta posesión ha sido con buena fe y justo título, durante más de treinta años;

j) Como consignatarios aparecen en la escritura pública 1693 de 7 de diciembre de 1929, por la cual se protocolizó la sucesión de Francisca Palomino, Julio César y Helena Girón "pero es de advertir que ellos no tienen y no han tenido sino una posesión nominal (la del título mencionado) ya que no han ejercido posesión material de ninguna naturaleza, en ningún tiempo, sobre el predio de que trata el punto octavo de esta demanda";

k) Los citados Julio César y Helena Girón han poseído materialmente y la poseen aún, una porción de la primitiva finca;

l) Los mentados Julio César y Helena Girón iniciaron juicio especial de división del inmueble que perteneció a Francisca Palomino, "con citación y audiencia de los Minottas Palomino";

ll) El Presbítero Luis Alfredo Escobar ha poseído la parte de la finca general que compró a Orejuela; los Girón han poseído la parte que se menciona arriba y los Minotta Palomino la que se determina en el aparte h).

Fundados en los hechos, que en síntesis se dejan enunciados, Juana, Mercedes, Petronila o Petrona, Carmen y Eulogio Minotta Palomino y Ana Joaquina Minotta de Vergara, presentaron demanda ante el Juez del circuito en lo civil de Cali, para que "con citación y audiencia" de Julio César Girón y de Constantino y Concepción o Concha Girón Collazos, "en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada", se declare: que pertenece exclusivamente a los demandantes el inmueble ubicado en la ciudad de Cali, en la carrera diez (10) con calle novena (9ª), distinguido con los números 8-52, 8-58 y 8-62, inmueble consistente en una casa de habitación y solar, comprendido por los siguientes linderos y dimensiones: norte, carrera 10, en longitud de 23 metros con 40 centímetros; sur, propiedad de Vicen-

te García Bejarano, pared y cerca de por medio, en longitud de 11 metros con 40 centímetros; occidente, propiedad de César Quijano antes, hoy familia Valencia, pared y cerca de por medio, en 35 metros con 35 centímetros; y, por el oriente, con propiedad de Julio César y Helena Girón (hoy herederos de ésta) en extensión de 28 metros con 90 centímetros, "por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva del dominio ejercido por las personas nombradas (los demandantes) y sus causahabientes".

Invocan en su favor los demandantes los artículos 2º y 4º de la ley 120 de 1928; 3º y 5º de la ley 51 de 1943 y 734 del Código Judicial.

Los demandados contestaron la demanda. Aceptan algunos de los hechos, niegan otros, se oponen a que se hagan las declaraciones de que trata el libelo, niegan el derecho que invoca la parte demandante "pues las disposiciones legales que cita existen, pero no son pertinentes" y proponen las excepciones siguientes:

a) Cosa juzgada que tiene fundamento "en que en el juicio de división promovido por Julio y Helena Girón Palomino contra las actuales demandantes quedó ya en sentencia definitiva aprobada la división entre los partícipes"; y b) carencia de acción "que fundo en que el inmueble durante todo el tiempo ha sido poseído en común por los demandantes con los demandados, motivo por el cual se pidió la división para que cesara la comunidad"; se exponen además otras razones para sostener la excepción propuesta.

El cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos el juez 3º civil del circuito de Cali, dictó la sentencia de primera instancia, y falló:

"1º—Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el doctor Rubén Orozco Micolta, a nombre de Julio César Girón, Constantino Girón P. y Concepción Girón Palomino (sic) demandados en el presente juicio. En consecuencia, no se accede a la petición formulada por el doctor Luis Castellanos Arboleda a nombre de sus representados Juana, Mercedes, Petronila o Petrona, Carmen y Eulogio Minotta Palomino, para declarar que pertenece exclusivamente a dichos señores el inmueble sito en esta ciudad, ubicado en la calle novena y cuyos linderos aparecen en el cuerpo mismo de esta sentencia".

Ordena la cancelación de la inscripción de la demanda y condena en costas a los actores.

Esta sentencia fue apelada por la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dijo en sentencia de fecha cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, que desató la segunda instancia:

"...Confirma la sentencia de primera instancia proferida en este juicio.....".

Condenó en costas a la parte demandante.

En la parte motiva de la sentencia expone el Tribunal las razones que tiene para confirmar la sentencia del juez a quo, las que pueden resumirse así:

Principia el sentenciador por fijar la naturaleza de la acción que ejercen los demandantes y dice que como éstos "invocan precisamente su calidad de comuneros para deducir su acción sobre declaración judicial de prescripción contra restantes comuneros sobre una parte del predio común proindiviso, resulta su acción respaldada con la disposición del artículo 1º de la ley 51 de 1943, y es por lo tanto pertinente".

"No se trata propiamente en este juicio del desconocimiento que un grupo de comuneros haga de los derechos que corresponden al otro grupo sobre el bien común. La cuestión se plantea sobre bases distintas porque los demandantes reconociendo el origen común de sus derechos con el que atribuyen a los demandados, alegan que han poseído quieta y tranquilamente y por un espacio de tiempo superior a treinta años, una zona determinada del indiviso que corresponde presuntivamente a su derecho en la comunidad, y piden se les declare dueños exclusivos de esa zona por haberse consumado a su favor la prescripción. Es decir, pretenden que mediante declaración de prescripción adquisitiva cobre fuerza y efectividad, una especie de división extrajudicial producida de hecho hace más de treinta años, según las afirmaciones de los demandantes".

Cita la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha 2 de noviembre de 1944 en la que se resolvió sobre la exequibilidad de la ley 51 de 1943, para deducir que el caso sub judice debe considerarse como una comunidad organizada y actuante "en la que los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda". Hace un comentario sobre el contenido jurídico y práctico de la ley 51 de 1943, y dice:

"La prescripción entre comuneros, tímidamente enunciada por la jurisprudencia de años anteriores en casos aislados de aplicación restrictiva, adquirió amparo en esas disposiciones legales que

interpretaron, como lo sostuvo la Corte en su sentencia mencionada, las normas de nuestro Código Civil. Pero de aquí a sostener que en casos en los que el vínculo de comunidad resulta vigoroso por el reconocimiento expreso o tácito de los mismos comuneros, deben aplicarse también sin discriminaciones las reglas de la ley 51, olvidando la existencia del cuasi contrato de comunidad reconocido y reglamentado por los artículos 2322 del Código Civil, va una gran distancia".

Anota que en el presente juicio los comuneros están de acuerdo en el origen de la comunidad, pues ellos señalan la sucesión de Francisca Palomino, protocolizada en el año de 1929, como la fuente de la proindivisión; de esa sucesión es de donde los demandantes arrancan como sucesores de los primitivos adjudicatarios de derechos de dominio, para pedir que se declare a su favor la prescripción sobre una parte del inmueble común "con perjuicio de los otros condueños demandados, cuyo derecho tiene idéntico nacimiento".

A través de varias generaciones se ha conservado el inmueble en situación de comunidad, dice la sentencia, aunque cada grupo de interesados ha tomado parte del inmueble común para ocuparlo y explotarlo en su beneficio. Hace resaltar el hecho de que al iniciarse la sucesión de Encarnación Palomino, en noviembre de 1944, los actuales demandantes, herederos de Encarnación, por medio de su apoderado, indicaron como patrimonio de la citada Encarnación Palomino "las acciones o derechos radicados en un inmueble sito en esta ciudad en la calle 9ª con la carrera 10, inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos..." "Estos linderos, anota el sentenciador, corresponden al globo total adquirido por Francisca Palomino mediante la escritura de 25 de noviembre de 1860, inventariado y repartido entre sus herederos mediante su juicio de sucesión protocolizado en la notaría segunda de Cali bajo la escritura número 1693 de 7 de diciembre de 1929. De manera que contrariamente a lo sostenido por los demandantes, ellos en el año de 1944 aceptaban que su madre no tenía la propiedad de un cuerpo cierto y determinado sino simples derechos de dominio o acciones sobre un inmueble en comunidad con otras personas. Y esta comunidad iniciada con la muerte de Francisca Palomino ha perdurado, según se desprende de las informaciones de los testigos traídos al juicio, de las propias confesiones de los interesados y de los documentos escritos aportados al debate. Y fue constatado por este mismo Tribunal con ocasión de la diligencia de inspección ocular practicada, cuando se encontró que el solar del inmueble es poseído en común por los dos grupos de comuneros enfrentados en este pleito, y quienes en aquella ocasión se trenzaron en acalorada discusión".

Viene, en seguida, la parte esencial de la sentencia, que es aquella en donde el sentenciador se refiere a la excepción de cosa juzgada que alegaron los demandados, que fue aceptada por el juez de primer grado y confirmada por el Tribunal. Dice a este respecto la sentencia:

"Consta en el expediente (folios 16 y siguientes del cuaderno número 2), que Julio César Girón y Helena Girón Palomino, a quienes en la sucesión de Rosalía Palomino, protocolizada por medio de la escritura número 2774 de 18 de octubre de 1944, se les adjudicara por partes iguales los derechos de dominio que Rosalía Palomino recibió en la sucesión de María Francisca Palomino (sucesión protocolizada por escritura número 1693 de 7 de diciembre de 1929, de la notaría segunda de Cali), establecieron juicio especial divisorio contra los restantes comuneros Petronila, Eulogio, Juana, Mercedes y Carlos Minotta Palomino y Ana Joaquina Minotta, herederos de Encarnación Palomino de Minotta. Esta demanda lleva fecha 3 de febrero de 1945 y fue admitida por el juzgado segundo civil del circuito de Cali el 15 de febrero del mismo año.

"Consta también que todos los demandados se opusieron, alegando la propiedad exclusiva de parte del inmueble cuya división o venta subsidiaria se pidió en la demanda. Tramitado el juicio con intervención de esos demandados que son los mismos actuales demandantes en éste, se desató mediante providencia del 14 de marzo de 1946 que declaró infundada la oposición de los demandados y decretó la división pedida. A esa providencia pertenece el párrafo que se copia en seguida:

'Pero la oposición consiste en tener los señores Minottas la posesión del bien, con desconocimiento de los derechos de otras personas, aparece enteramente infundada porque, según su propia confesión, reconoce como copropietarios del inmueble a los demandantes hasta el punto de que, en consecuencia de tal reconocimiento, acordaron el nombramiento de un agrimensor, para que, en forma amigable, llevara a cabo la partición'.

El 13 de diciembre de 1946 el Tribunal Superior confirmó este proveído en Sala de Decisión.

En el juicio divisorio de que se viene hablando

se designó partidor, y el trabajo respectivo se presentó el 2 de julio de 1947 y el entonces apoderado de los demandados, que son los mismos demandantes de hoy, objetó la partición; esas objeciones fueron declaradas infundadas por el juez, quien aprobó la cuenta de partición y ordenó que se expidiera a cada interesado la copia de su hijuela, conforme a la cuenta de partición aprobada. El Tribunal confirmó esa sentencia el 18 de febrero de 1949, según aparece demostrado en el presente juicio (folios 25 a 36, cuaderno número 2).

"En esta forma, dice la sentencia, quedó definitivamente terminado el juicio divisorio en los cuales (sic) intervinieron como partes exactamente las mismas personas que intervinienen en éste, con excepción de Helena Girón Palomino, demandada, en ese, quien aparece ahora representada por sus herederos Constantino y Concepción o Concha Girón Collazos. Y en esas circunstancias ocurre preguntar: ¿el fallo que aprobó la partición del bien común en el juicio sobre división material y adjudicó el inmueble total a los dos grupos de comuneros Minotta Palomino y Ana Joaquina Minotta por una parte y Girón Palomino por la otra, producen el efecto de cosa juzgada en este juicio?"

Responde afirmativamente el Tribunal; comenta los artículos 473 y 474 del Código Civil y dice: que el inmueble que fue materia del juicio divisorio fallado definitivamente y el que es objeto del presente litigio, es uno mismo, advirtiendo que en el divisorio se pidió sobre la totalidad del inmueble y en éste sobre pertenencia, se pide sobre una parte de él; anota cómo los demandados en el divisorio ahora son demandantes en el de pertenencia y, al contrario, quienes fueron demandantes entonces aparecen como demandados en el juicio que se estudia, advirtiendo que Helena Girón está representada aquí por sus herederos Constantino y Concepción Girón Collazos. Advierte la sentencia que en el juicio divisorio los demandados se opusieron alegando su posesión exclusiva y la prescripción consiguiente consumada en su favor, "que es exactamente la misma razón que ahora invocan los demandantes para justificar su acción. Precisamente sobre esa materia recayó el fallo dictado en el divisorio que declaró infundada esa pretensión", y concluye: "pueden pues considerarse cumplidos los requisitos que detallan los artículos 474 (sic) y 474 citados para hacer efectiva en este juicio la cosa juzgada producida en aquel". Dice el sentenciador que podría alegarse que la sentencia dictada en juicio divisorio, que es especial, no constituye materia juzgada en este procedimiento ordinario, y considera que semejante objeción pudo ser procedente cuando regía el Código Judicial anterior al año de 1932, pero que no resulta pertinente en la actualidad, porque el artículo 473 del Código actual "no hizo diferencia ninguna entre el efecto de las sentencias, así sean producidas en juicio especial o en ordinario, para atribuirles a todas las mismas fuerzas de observancia. 'Cumplida esta condición, dice la Comisión redactora, no importa que los trámites mediante los cuales se ha llegado a la solución definitiva del litigio, sean los del juicio ordinario o los de uno especial' ".

En relación con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2º de la ley 51 de 1943 que "autoriza para obtener la declaratoria judicial de dominio aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial", anota que el objeto de la citada ley fue el de obviar las dificultades que los juicios divisorios sobre grandes comunidades presentaban en la época de la expedición de la dicha ley, y que los hacían poco menos que irresolubles. "Pero entre haber demandado antes la división de la comunidad y haberla terminado mediante la correspondiente sentencia aprobatoria de la partición, media inconmensurable distancia. En el primer caso hay un derecho latente a participar en la cosa común, en el segundo, ese derecho quedó definido y demarcado sobre el terreno en fuerza de la adjudicación aprobada judicialmente. El parágrafo citado no quiso —ni podía hacerlo— desconocer el efecto de las sentencias que se dictan en los juicios divisorios, para que una vez en firme, los inconformes con ellas acudan a la vía de prescripción para burlar sus efectos ... La sentencia de segunda instancia por la cual se aprobó la partición efectuada en el divisorio, fue proferida el 18 de febrero de 1949 y cuando, según los cálculos procesales, quedó ejecutoriada, se produjo esta demanda el 15 de marzo de 1949. Es decir, la demanda vino a ser consecuencia inmediata del fallo en el camino de impedir o evitar o demorar la realización de la división material".

Por las razones que en síntesis se transcriben, el Tribunal aceptó la sentencia de primer grado que declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada, propuesta por los demandados en el juicio que se estudia.

La demanda de casación

En un escrito muy extenso, presenta el recurrente lo que denomina la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. En el capítulo segundo de su escrito, dice:

"Parte sustancial: a), causal primera del artículo 520 del Código Judicial: 'Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, debido a apreciación errónea y a falta de apreciación de determinadas pruebas (Vicio de valorización probatoria) y por haber incurrido el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali al dictar la sentencia de fecha 5 de marzo de 1954, en los siguientes errores: de hecho y de derecho", y agrega:

"Los derechos de la parte por mí representada se han visto vulnerados y desconocidos por una sentencia que actualmente se halla sujeta al recurso extraordinario de casación, que es violatorio de la ley sustantiva, por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, y con infracción directa, porque consigna los siguientes errores de hecho: . . .".

Más adelante se expresa así:

"La sentencia materia del recurso de casación, ha vulnerado también los derechos de la parte por mí representada en el juicio, porque ha desconocido, como ya se ha visto, el valor de casi todas las pruebas de los autos, encerrándose siempre en una sola y determinada prueba, en el argumento de la comunidad, que saca de ella, y esa situación lo ha llevado a violar en forma directa y terminante disposiciones de carácter sustantivo, motivo por el cual el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali, incurrió en los siguientes errores de derecho al pronunciarla:

"Primero. Desconocimiento de las normas que establecen y regulan la comunidad.

"Segundo. Desconocimiento de las normas que regulan y reconocen la posesión.

"Tercero. Desconocimiento del valor de las normas que imponen el registro de las sentencias cuando versan sobre los bienes raíces.

"Cuarto. Desconocimiento de las normas que establecen y reconocen la prescripción adquisitiva del dominio; que llevan a reconocer la pertenencia por tal prescripción.

"Quinto. Desconocimiento del derecho adquirido.

"Sexto. Desconocimiento de las normas sustantivas y procedimentales que regulan la eficacia de todos los derechos anteriormente determinados y los concretan definitivamente a favor de un titular que lo tiene y lo demuestra", y en el párrafo que titula 'Fundamento de la causa alegada', presenta esta conclusión:

"Todo lo anteriormente expuesto, demuestra a todas luces, que es perfectamente fundada la causal alegada. Que procede la casación del fallo de segunda instancia, por tal causal, y puesto que él confrontado con la ley, resulta carente de los fundamentos jurídicos, porque se violó en forma directa, con los errores de hecho y derecho alegados, debido a apreciación errónea de algunas pruebas y a la falta de apreciación de otras, y que por todo ello corresponde casarlo, para dictar la que corresponde en derecho estricto y de acuerdo con la verdad establecida en los autos, haciendo las declaraciones pedidas en la demanda".

El aparte c) de la demanda, "Cita de las disposiciones legales infringidas", dice:

"Se han infringido en el presente juicio, y la Corte debe volver por el fuero de ellas, cumpliendo su misión de unificar la jurisprudencia nacional, entre otras muchas, las siguientes especiales normas: Código Judicial, artículos 194, 473, 474, 593, 601, 604, 606, 722 y 730. Código Civil, artículos 1, 17, 669, 762, 764, 765, 768, 769, 780, 1757, 1769, 2322 y ss. (comunidad), 2512, 2518, 2521, 2522, 2527, 2654, 2674. Ley 57 de 1887, artículos 19, 26, 31, 34 y 35. Acto Legislativo número 3 de 1910. Artículo 5º. Ley 120 de 1928, artículos 2, 4, 5 y 6. Ley 51 de 1943, artículos 1, 2, 3, 4 y 8.

"d) Concepto en que han sido infringidas las disposiciones citadas en el numeral c): Las disposiciones legales citadas, como lo hemos visto en el cuerpo de este escrito, han sido infringidas en forma directa casi todas; otras han sido infringidas indirectamente, pero todas han quedado perfectamente desconocidas en el fallo para negar el claro derecho de los demandantes, que radica en la posesión y se concreta en el dominio pleno que da derecho a pedir la declaración judicial de pertenencia, y porque se han hecho unas interpretaciones por vía de disposición general o reglamentaria, se aceptan pruebas con pleno valor que han sido producidas en otros juicios o sin los requisitos legales del registro, para culminar en el desconocimiento del derecho adquirido, alegado y probado por mis clientes".

El contenido de la demanda se orienta en el sentido de que la sentencia acusada vulnera los

derechos de la parte actora y ella constituye un alegato de bien probado, lo cual peca contra la naturaleza del recurso de casación, que no es una tercera instancia, sino un juicio en que se enfrentan la sentencia acusada y la ley que se pretende haber sido violada.

No obstante, surge del escrito de demanda que los reparos que hace el recurrente a la sentencia consisten en lo siguiente:

Los demandantes pidieron la declaratoria de pertenencia del bien raíz determinado en la petición a) de la demanda inicial del juicio, por haberlo adquirido por usucapión en virtud de haber ejercido actos de dominio con ánimo de dueños y sin reconocer dominio ajeno, durante más de treinta años; el Tribunal en su sentencia declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por los demandados, por cuanto que un juicio divisorio iniciado por los actuales demandados contra los que hoy figuran como demandantes, y que tenía por objeto obtener la división del bien común del que hace parte la porción sobre la que alegan derecho de dominio los actuales actores en el presente juicio, fue definido en el sentido de ordenar la división y se llegó hasta aprobar por sentencia definitiva en ese juicio divisorio, las hijuelas de adjudicación que formó el partidor nombrado por el juez que conoció del citado juicio.

Afirma el recurrente que al fallar así, el Tribunal incurrió en errores provenientes de haber aceptado que la sentencia de aprobación de aquella partición material constituye cosa juzgada y que por ende no podía iniciarse con éxito el juicio de pertenencia; de no haber tenido por demostrado, por parte de los demandantes, el hecho de la posesión tranquila, pública y pacífica, durante más de treinta años del bien materia del litigio, y haber desconocido, por lo tanto el derecho adquirido por los actores, que los hizo dueños del mismo bien.

La tacha fundamental que el recurrente opone a la sentencia que aprobó la partición material del inmueble, la hace consistir en que esa pieza probatoria carece del registro en la oficina respectiva y que por faltarle ese requisito no puede tenerse en cuenta como elemento probatorio.

Esto es, en síntesis, lo que se deduce del confuso escrito presentado por el recurrente para atacar la sentencia del Tribunal, la que, en su concepto y por los motivos expuestos, violó las disposiciones legales sustantivas que cita, como ya se dejó dicho.

Para resolver el recurso, se considera:

Los demandantes han ejercitado la acción de pertenencia que consagra la ley 120 de 1928 en su artículo segundo, y pudieron iniciar la acción porque la ley 51 de 1943, en su artículo 1º autoriza al comunero que haya poseído materialmente y en las condiciones legales el predio común proindiviso o una parte de él, a hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, tanto contra los demás comuneros o contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tengan poseído y explotado económicamente.

El fenómeno es muy sencillo: dado el supuesto de que exista una comunidad, y uno o varios de los condueños se haya establecido en el predio común o en una parte de él, ejerciendo actos de dominio, con ánimo de dueños, o sea poseyendo materialmente y por todo el tiempo que la ley señala para que tenga lugar la prescripción adquisitiva, bien ordinaria o extraordinaria, tienen todo el derecho de considerarse dueños del bien poseído en esas condiciones, o sea de adquirir por prescripción, aún contra los demás condueños, siempre que esa posesión esté acorde con todos los requisitos necesarios que la misma ley señala al efecto.

Cuando se cumplen esas condiciones, o sea cuando haya transcurrido el lapso legal necesario para adquirir por prescripción y la posesión ha sido tranquila, pública y pacífica, entonces se consuma, por ministerio de la ley, el fenómeno de la prescripción adquisitiva, que si es la extraordinaria, no requiere ningún título para configurar el derecho de dominio en el prescribiente. El título, en ese caso, proviene de la ley y el modo como ese título se perfecciona, es la posesión en las condiciones anotadas y durante el tiempo necesario, que la misma ley señala.

En el caso que se estudia, el Tribunal principió por examinar si los demandantes demostraron el hecho de la posesión en las condiciones requeridas para adquirir por prescripción y luego de un estudio detenido de las pruebas, llegó a la conclusión de que el hecho no estaba acreditado en los autos. En el examen de los elementos de prueba hizo el sentenciador especial mención a lo que el mismo Tribunal vio en la diligencia de inspección ocular practicada sobre el solar materia del litigio, y de esa percepción directa llegó a la conclusión de que los demandantes no han poseído exclusivamente el terreno, pues éste no se encuentra cercado en toda la extensión en que de-

bía estarlo para probar que los demandados no han ejercido actos de dominio sobre él, es decir, que no se demostró la posesión exclusiva del bien sobre que se discute. Esta apreciación del Tribunal es intocable en casación y ella prima sobre cualquier concepto adverso, caso que existiera, dado por los peritos. Tampoco encontró el Tribunal que la posesión por parte del actor haya sido pacífica y no interrumpida.

Pero como debía estudiar, como cosa fundamental, la excepción de cosa juzgada que propusieron los demandados, para ello estimó la sentencia que obra en el expediente y que fue presentada como prueba, dentro del término legal, por quienes se opusieron a la declaratoria judicial de pertenencia.

En esa sentencia y en los documentos que la acompañan se establece con toda claridad que los actuales demandantes y que fueron los demandados en el juicio divisorio, presentaron como defensa y alegaron para que la división no fuera decretada, que ellos habían adquirido por prescripción una parte del terreno común por haberlo poseído ellos y su antecesor en el dominio, por más de treinta años. En ese juicio divisorio se discutió ampliamente sobre el dominio que pudieran tener los demandados, para saber si su defensa, vale decir, su oposición a que se decretara la partición, estaba debidamente fundamentada.

Consta de la sentencia que las pretensiones de los demandados no fueron demostradas y por consiguiente, en las dos instancias de ese juicio divisorio se declaró que la división material del predio debía verificarse, como en efecto se hizo, pese a la oposición de los demandados. Entonces sí se debatió en el divisorio la cuestión atinente a saber si los demandados allí, demandantes aquí, habían poseído en las condiciones legales requeridas para adquirir por prescripción. Y debatido y fallado ese aspecto de la cuestión en el juicio divisorio, mal podría reabrirse el debate en otro juicio, que versa sobre el mismo terreno, que se agita entre las mismas partes y que tienen la misma finalidad: saber si los demandantes son o no dueños por prescripción de determinada parte del terreno.

Ni vale argumentar que la sentencia dictada en el juicio divisorio y presentada como prueba en el presente, no está registrada porque esa formalidad del registro no es necesaria cuando se presenta entre las mismas partes. A este respecto la Corte, en sentencia de casación publicada en el número 2151 de la GACETA JUDICIAL, página 860, se expresó así:

"El alcance jurídico que entre las partes y sus causahabientes posee la sentencia que puso fin al primer litigio e hizo tránsito a cosa juzgada, las liga definitivamente por mérito propio de la decisión judicial, y no a virtud del registro, que puede ser hecho en cualquier tiempo. Es claro que sin el requisito de la anotación, la sentencia subordinada al registro no hace fe en juicio para las consecuencias que dimanan de la misma formalidad, no prueban nada contra terceros, ni, en su caso, produce efectos erga omnes, por razón de los derechos reales sobre inmuebles, allí declarados. Pero su eficacia propia entre quienes actuaron en el respectivo proceso o quienes ocupan su lugar jurídico y en lo tocante a la cosa juzgada, no depende de la formalidad del registro, ni podría entenderse que la sentencia deja de serlo mientras no haya sido inscrita en los libros del registrador. Ya había dicho la Corte: 'Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior pero sin que ese requisito modifique, aclare, ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determina el fallo. (GACETA JUDICIAL, XLVI, página 253, 1ª)' ".

El recurrente insiste en dar por sentado que los actores han demostrado el hecho de la usucapión a su favor y como este aspecto de la cuestión también fue estudiado por el sentenciador, vale la pena anotar que las pretensiones de los demandantes no aparecen demostradas en este juicio de pertenencia. No se ha demostrado que la parte actora haya poseído el terreno en forma exclusiva, durante treinta años, con posesión tranquila, pública y no interrumpida, pues ni los testigos, ni los documentos presentados acreditan esto en forma satisfactoria. Por el contrario, el mismo Tribunal pudo apreciar que entre demandantes y demandados existe una situación conflictiva que permite concluir que esa posesión no ha reunido los elementos necesarios para configurar el fenómeno de la usucapión por parte de los demandantes.

Es suficiente lo dicho para concluir que el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 5 de marzo de 1954, en el juicio ordinario de Eulogio Minotta Palomino y otros contra Julio César Girón Palomino y otros.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.

El Secretario, Ernesto Melendro L.

SEPARACION DE BIENES DEMANDADA POR LA MUJER ADULTERA

No es aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes como consecuencia de una culpa que haya cometido y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido. Al estatuir el art. 2º de la Ley 8ª de 1922 que son causales de separación las que autoriza el divorcio por hechos imputables al marido, implícitamente establece que la mujer, al aducir para la separación alguna de estas causales, ha de estar en la misma situación en que debería hallarse si fuera a pedir el divorcio en vez de la separación, según el art. 156 del C. C. Hay la misma razón para lo uno como para lo otro. Habiendo sido la cónyuge la única responsable de la turbación de la paz y el sosiego, es imposible ante la ley, la moral y la justicia que su degradación le pueda servir de sustentáculo a una demanda de separación de bienes. Al negarse en estos casos la acción de separación de bienes a la mujer culpable, no se le priva de sus gananciales, los que podrá reclamar al disolverse la sociedad conyugal en los otros casos previstos por la ley. Lo que ni el derecho ni la moral pueden autorizar es el ejercicio por la mujer adúltera de la acción de separación de bienes con fundamento en la flagrante violación de sus primordiales deberes conyugales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, trece (13) de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

Se resuelve la demanda de casación presentada por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el 13 de septiembre de 1955, en el juicio ordinario que Alicia Acosta de Ortiz promovió contra su marido Marco A. Ortiz.

I — Antecedentes

Ante el Juzgado del Circuito Civil de Titiribí Alicia Acosta de Ortiz promovió juicio ordinario contra su marido Marco A. Ortiz para que se dictara sentencia de separación de bienes con las declaraciones consecuenciales.

Demandante y demandado habían contraído matrimonio el 6 de enero de 1940 ante el Párroco de San Rafael de Heliconia.

La actora alegó como causales de separación el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes, y el mal trato de palabra y de obra que hicieron imposible la paz y el sosiego domésticos. Y también dilapidación de los bienes de la sociedad conyugal.

El demandado se opuso a la separación. Reconoce que abandonó a su esposa porque ésta se entregó a una mala vida, manteniendo relaciones ilícitas con varios sujetos hasta el punto de que sus dos últimos hijos no puede reconocerlos, pues es público y notorio que fueron habidos en adulterio. Manifiesta que las enajenaciones de bienes que ha hecho, obedecen tanto a las malas costumbres de su mujer como a la necesidad de obtener dinero para cumplir compromisos con terceros. Agrega que por Ministerio del Juez de Menores logró quitarle a su esposa los hijos que reconoce como suyos e internarlos a fin de evitar el mal ejemplo de las costumbres relajadas de su madre. Y por último advierte que los bienes que posee no pertenecen a la sociedad conyugal constituída con Alicia Ortiz por virtud del matrimonio, sino a la sociedad conyugal que formó con su primera esposa ya finada, en cuyo matrimonio hubo dos hijas que viven y a las cuales hubo de separar de su nueva esposa por trato cruel con ellas, por lo que se vio obligado a castigarla en forma violenta.

El Juez de primera instancia falló el negocio en sentencia de 15 de marzo de 1955, decretando la separación de bienes, declarando disuelta la sociedad conyugal y ordenando su liquidación.

Contra esta providencia se alzó la parte demandada y el Tribunal de Medellín la revocó por sentencia del 13 de septiembre de 1955, contra la cual se ha formulado recurso de casación por la parte demandante que corresponde ahora decidir.

II — **Sentencia Acusada**

Las consideraciones del Tribunal para negar la acción de separación de bienes son las siguientes:

"Tanto en la contestación de la demanda como en posiciones, el demandado confiesa que abandonó a su mujer porque ésta se dio a una vida licenciosa y que por esa circunstancia hizo operaciones de enajenación a largos plazos de algunas propiedades vendiendo otras a menos precio inclusive algunos muebles de la casa con el objeto de hacer desalojar a la mujer de ella. También confiesa que alguna vez la castigó de hecho por el mal trato que le daba a sus hijas del primer matrimonio hijastras de la Acosta. Dice que aun cuando le pasó algunos mercados, da a entender que esto fue como un socorro para los hijos, no en cumplimiento de sus deberes conyugales.

"Aunque existen otros elementos que pueden servir para decretar la separación, aportados por el demandante, considera la Sala que los mencionados son suficiente prueba de que se cumplen las condiciones requeridas por el artículo 154 del C. C. vinculado al abandono y a las circunstancias que hacen en el matrimonio de que se trata 'imposibles la paz y el sosiego domésticos', circunstancias que autorizan el divorcio y que por traslación contenida en el art. 2º de la Ley 8ª de 1922, citada por el actor como uno de los fundamentos de Derecho de la demanda, se aplican a la separación. Sin embargo no se decretará esto por lo que pasa a expresarse.

"El demandado probó plenamente que Alicia Acosta su esposa había tenido después de casada con el demandado, comercio sexual con varias personas, prueba que consiste no solamente en la comprobación de la pública voz y fama de la vida licenciosa de aquella en Armenia y en el paraje de la finca donde vivía con su esposo, sino también en la declaración de personas que cohabitaron con ella después de su matrimonio con el demandado y otras que presenciaron hechos preparatorios al acto carnal con diferentes personas en la misma época.

"Esta circunstancia ha sido presentada para rechazar la acción de separación legal de los cónyuges propuesta por la mujer, lo que en concepto de la Sala es suficiente para impedir la acción sobre separación propuesta por la culpable de hechos suficientes para justificar el abandono por el marido y establecer la culpabilidad conforme al artículo 154 y siguientes del C. C. en las causales de divorcio.

"Como se ve por el contexto de la parte resolutiva del fallo, el Sr. Juez declaró disuelta la Sociedad conyugal como consecuencia del Decreto de separación total de bienes entre los cónyuges soslayando el problema del adulterio de la mujer con la declaración de que 'la mala conducta de la dama, aunque así fuere, no importa ella es la demandante'. Explicación que no es aceptable.

"Probado como está que la señora Alicia Acosta ha llevado vida licenciosa después de su matrimonio con el Sr. Ortiz y teniendo en cuenta que no puede ser oído el que ha incurrido en falta mayor o equivalente a la que alega, no cabe duda que la cónyuge carece de derecho para obtener la separación de bienes que demanda".

III — **Demanda de Casación**

Con fundamento en el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente presenta como cargo único contra la sentencia acusada el de infracción del artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, en relación con las causales 4ª y 5ª del artículo 154 del Código Civil, que autorizan la separación de bienes, en los casos de abandono por el marido de sus deberes de esposo o padre, y de ultrajes y malos tratos que hagan imposible la vida del hogar.

El recurrente ataca las conclusiones jurídicas contenidas en la sentencia impugnada y sostiene la tesis de que aun cuando la mujer haya incurrido en faltas que dén lugar al divorcio, tiene a su favor la acción de separación de bienes por motivos imputables al esposo que tengan su origen en tales faltas.

A este respecto el recurrente presenta los siguientes razonamientos:

"1 — Que la separación de bienes no es, jurídicamente hablando, ni un castigo por faltas del cónyuge demandado, ni un premio por las virtudes o inocencia del demandante.

"Es, tan sólo, el reconocimiento de que, en determinadas circunstancias, específicamente contempladas por el propio legislador, no conviene a los fines de la ley ni a los fines individuales, el sistema de sociedad de bienes establecido para los demás casos entre cónyuges.

"2 — Que, por tal motivo, cuando concurren causales de separación en ambos cónyuges, procede a fortiori la separación.

"El mayor número de circunstancias jurídicamente relevantes hace que, con mayor fuerza, se adapte a los fines de la ley el caso controvertido.

"3 — Es tal el interés del legislador porque sé

respete, en favor de la mujer casada, el derecho a la separación de bienes, en los casos contemplados, que, en forma expresa, el mismo legislador estableció que no podrá la mujer renunciar a tal derecho en las capitulaciones matrimoniales (art. 198 del C. C.).

"4 — Que la separación de bienes, como institución de orden público, no lo está solo en interés del cónyuge reclamante, sino también en interés de la misma Ley; para una mejor discriminación y aplicación o cumplimiento de las obligaciones para con los hijos y para una mejor administración de los bienes familiares, en interqés de los hijos.

"5 — Que, en el fondo, la separación de bienes no es más que una liquidación anticipada de la sociedad conyugal y, consiguientemente, una entrega también anticipada de las ganancias habidas durante ella.

"La ganancia no deja de existir, porque la mujer sea infiel o porque el marido se haya amancebado.

"6 — Que, aun en los casos en que la mujer ha dado causa al divorcio por infidelidad, ella conserva su derecho a los gananciales, por ministerio del artículo 5º de la Ley 8ª de 1922, que derogó o subrogó el artículo 163 del C. C.

"Antes de la Ley 8ª citada, la mujer perdía su derecho a los gananciales, en caso de divorcio por adulterio, siempre que no hubiera habido sucesión en el matrimonio.

"Por consiguiente, paralela y lógicamente, también conserva la mujer, aun siendo adúltera, el derecho a la simple separación de bienes, sin divorcio, y a los gananciales respectivos, si, por su parte, el marido ha incurrido en alguna de las causales contempladas por la Ley como idóneas para constituír la **causa petendi** de dicha separación.

"7 — Que la salvedad del subrogado artículo 163 del C. C. cuando expresó no ser aplicable tal norma "cuando haya habido sucesión en el matrimonio", confirma lo dicho bajo el número 4 precedente.

"8 — Que es falso y sofístico que, en el caso de la actora, ésta haya comparecido ante la justicia, **"propriam turpitudinem allegans"**. Ella ha alegado y comprobado la injuria del marido.

"9 — Que, con el pretexto tácito de salvar la moralidad, el fallo acusado resulta consagrando, en la práctica la inmoral teoría de que se justifica plenamente el marido que, a las injurias y desvíos de la mujer, reales o supuestas, responde, a su vez, con la injuria y el desvío, con desprecio de las leyes que le brindan al marido la manera de defender sus derechos.

"10 — Que, aun para los casos de amancebamiento, los Tribunales y los doctrinantes tienen admitido que procede distribución de bienes, no porque se haya formado sociedad conyugal, sino porque nadie puede enriquecerse con el trabajo ajeno.

"11 — Que es preciso no confundir la sucesión del marido con distribución de las ganancias de la sociedad conyugal.

"Para la sucesión, es causal de indignidad el haber cometido atentado grave contra el honor del causante, como lo sería el adulterio (numeral 2º del artículo 1025 del C. C.).

"Pero, aun en tal caso, es preciso que 'dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada' (Ib.) y que la misma indignidad se declare judicialmente (art. 1031 del C. C.).

"12 — Que, como lo enseñó la H. Corte en fallo de casación del 4 de junio de 1937, 'la culpa de ambos cónyuges no se compensa'. (G. J. Nº 1924, págs. 125 y ss).

"13 — Que, de acuerdo con el mismo fallo de la H. Corte, las causales de separación de bienes deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de un divorcio.

"El fallo acusado, contra la interpretación sistemática que impone el artículo 5º de la Ley 8ª de 1922, hace a la actora de peor condición que, si, habiendo sido condenada a divorcio por infidelidad, reclamara sus gananciales. En este evento, se le reconocerían, por ministerio de dicha norma. En el de simple separación sin divorcio, se le deniegan".

IV — Consideraciones de la Corte

La cuestión jurídica planteada en casación, ha sido objeto de varias decisiones de la Corte que consagran una jurisprudencia adversa a los puntos de vista del recurrente, jurisprudencia que esta Sala mantiene y reafirma.

En efecto, ha dicho la Corte:

"Establecida por el Código Civil la simple separación de bienes en beneficio exclusivo de la mujer, las causas que con arreglo al Capítulo 3º del Título 9º del Libro 1º de dicho Código dan lugar a ella, se refieren a la persona del marido. (No incumbe ahora a la Sala dilucidar la cuestión a la luz de la Ley 28 de mil novecientos treinta y dos, sobre régimen patrimonial en el matrimonio).

"El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 estableció

asimismo como causales de separación las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el artículo 154 del Código.

"Como la institución del divorcio es común a ambos cónyuges, al tratar de aplicarse a la simple separación las causales que permiten a la mujer conseguir ese divorcio, ha surgido la cuestión relativa al derecho que tenga ella para lograr dicha separación si ha incurrido en motivos de divorcio antes de haber incurrido el marido en los que se le achacan.

"En otros términos: como según el artículo 155 del Código Civil, el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él, ha de verse si de igual manera la separación, por motivos de divorcio atribuídos al marido, únicamente puede pedirla la mujer que no haya incurrido en motivos de divorcio.

"Sobre el particular, téngase presente que no aparece aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes como consecuencia de una culpa que haya cometido y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido. Al estatuir el citado artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 que son causales de separación las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, implícitamente establece que la mujer, al aducir para la separación alguna de estas causales, ha de estar en la misma situación en que debería hallarse si fuera a pedir el divorcio en vez de la separación. Hay la misma razón para lo uno como para lo otro.

"En este sentido se ha orientado la más reciente jurisprudencia de casación, como puede verse en la sentencia de cinco de junio de mil novecientos treinta y tres, proferida en el juicio de Mercedes Gómez de Velandia contra Pedro Velandia.

"Así, pues, no es dable sostener en términos absolutos, como lo hace el impugnador, que los artículos 154 del Código Civil y 2º de la mencionada Ley 8ª otorgan a la mujer la acción de separación sin salvedades, porque es preciso, se repite, que cuando la mujer la ejercita con apoyo en motivos de divorcio atribuídos al marido, ella divorcio". (Casación, julio 10 de 1934, T. XLI no haya incurrido a su turno en otros motivos debis, Nº 1895 C. pág. 31).

En el fallo a que alude la anterior sentencia de la Corte, ésta acogió las siguientes consideraciones del Tribunal de instancia:

1ª — "Habiendo sido la cónyuge la única responsable de la turbación de la paz y el sosiego, es imposible ante la ley, la moral y la justicia que su degradación moral le pueda servir de sustentáculo a una demanda de separación de bienes.

2ª — "Así como el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él (artículo 156 del Código Civil), de la misma manera la demanda de separación de bienes no puede prosperar cuando es la mujer a quien se le pueden imputar los hechos que señala el artículo 154 del Código Civil, como causales para el divorcio, y que el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 hizo extensivos a la separación de bienes". (Casación, junio 5 de 1933, T. XLI, Nº 1894, pág. 350).

Advierte la Sala que al negarse en estos casos la acción de separación de bienes a la mujer culpable, no se le priva de sus gananciales, los que podrá reclamar al disolverse la sociedad conyugal en los otros casos previstos por la ley. Lo que ni el derecho ni la moral pueden autorizar es el ejercicio por la mujer adúltera, de la acción de separación de bienes con fundamento en la flagrante violación de sus primordiales deberes conyugales.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

V — Resolución

En vista de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, de fecha 13 de septiembre de 1955. No hay costas.

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

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez — Julio Pardo Dávila

Ernesto Melendro Lugo Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DE CONFESION

1 — Para que prospere la imputación de error de hecho en la apreciación de una prueba, no basta con que se alcance a descubrir mediante muchos y esforzados razonamientos, sino que aparezca de manifiesto o evidente con solo enunciarlo e indicar la pieza probatoria que lo patentice, pues de lo contrario no sería manifiesto.

2 — Estimar como confesión de vínculo de carácter sexual el reconocimiento que el absolvente hace, al contestar una de las preguntas contenidas en el pliego de posiciones, de que la demandante había trabajado como sirvienta en su finca rural, constituye un error evidente de hecho en la interpretación de las citadas posiciones. Esta interpretación de la respuesta y este concepto sobre el significado y alcance de los servicios domésticos, constituirían un precedente gravísimo, porque implicarían la presunción de que el embarazo de toda sirvienta se debía al dueño de la casa y de que éste era el padre natural de todos los hijos que diera a luz aquélla.

3 — Es innegable que, no obstante admitir la jurisprudencia que (LXXVII 602) "para que pueda hacerse la declaración judicial de paternidad natural por haber existido entre el presunto padre y la madre del demandante relaciones sexuales notorias y estables no es necesario que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron; basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo anteceda al nacimiento del que pretenda ser hijo natural, un lapso igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción", hay necesidad de acreditar bien, en todo caso, la época inicial de tales relaciones.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Doctor Luis Felipe Laterre

Por sentencia pronunciada el 8 de febrero de 1955, el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá declaró que Eduardo Caicedo Melo era el padre natural de las menores Berta Cecilia y Alba María Parra, hijas de María Parra García.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó en lo general, aquella decisión, por fallo de 11 de agosto siguiente, que fue recurrido ante la Corte por el apoderado de la parte demandada.

Los hechos que la demandante invoca como fundamento de su acción, aparecen resumidos fielmente por el Tribunal, así:

"Los señores Eduardo Caicedo Melo y Pedro N. Fresneda son propietarios de la hacienda El Michú en la jurisdicción del Municipio de Arbeláez, en donde, por los años de 1947 a 1950, estuvo prestando sus servicios la señorita María Parra García; durante este tiempo el señor Caicedo estableció relaciones íntimas con su ama de llaves y sirvienta María Parra García 'ejecutando numerosos actos sexuales por cuya razón sobrevinieron los embarazos que determinaron el nacimiento de las dos niñas que llevan el nombre de Berta Cecilia y Alba María Parra'; por esa época el señor Caicedo suministró a María Parra García para los gastos de 'enfermedades y partos y luego para vestido y alimentación de las dos niñas, suministros que en todo caso fueron exiguos y perfectamente insuficientes'; que 'aparte de esas ínfimas sumas de dinero que suministró el demandado' éste da en forma regular dos botellas de leche para las referidas niñas. Que después de haber salido María Parra García 'de la casa de El Michú y de otras de los arrendatarios de dicha finca, ésta ha tenido que pagar arrendamientos y suministros para atender la subsistencia de su persona y de sus hijas nombradas, suministros que el demandado solo ha atendido en ínfima proporción y en todo caso han sido absolutamente insuficientes'; que 'en alguna ocasión el demandado entregó a María Parra García una suma de dinero, presentándosele un documento para su firma, documento en el cual se declaraba recibida esa suma por razón de los servicios prestados por María en la casa de El Michú y hacien-

do constar allí de modo inverídico y sorpresivo que entre el demandado y María Parra García no había existido durante ese tiempo intimidad ninguna, ni mucho menos relaciones sexuales'; que el señor Caicedo prometió darle 'una casa o terreno' donde María Parra García trabaje para que atienda a las necesidades y al sostenimiento de las dos niñas, que el señor Caicedo no ha vuelto a atender el sostenimiento de las niñas después de haber ostentado la posesión de hijas naturales suyas con relación a ellas mismas; y que un buen número de ciudadanos del Municipio de Arbeláez, ha tenido conocimiento de todas estas cosas, así como de la posesión notoria de hijas naturales de las dos niñas Berta Cecilia y Alba María Parra de parte del demandado..."

El apoderado de la demandante no singularizó, como respaldo de su acción en derecho, ninguna de las causales señaladas por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sino que, a este respecto se limitó a decir:

"Fundamento esta demanda especialmente en las disposiciones de la Ley 45 de 1936".

Por este motivo el Tribunal expresó:

"El autor de la demanda no consideró conveniente puntualizar cuál o cuáles de los casos, en que según el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 hay lugar a declarar judicialmente la paternidad, tenían operancia en el presente juicio. Sinembargo, los hechos fundamentales invocados permiten descartar del negocio sub-judice los mencionados en los ordinales 1º y 2º de dicha disposición y la corta edad de las niñas (ambas menores de 10 años) la posesión notoria que trae el ordinal 5º De esta suerte, el análisis probatorio que ha de hacerse en este fallo, queda circunscrito a los casos de que tratan los ordinales 3º y 4º o sea, al escrito del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de la paternidad cuya declaratoria se solicita y dadas las pruebas aducidas, concretamente a las relaciones sexuales notorias y estables habidas entre aquél y la madre de Berta Cecilia y Alba María.

"De autos no aparece el escrito del demandado que contenga confesión alguna de paternidad; hay apenas unas pocas misivas intrascendentes".

A continuación, el fallo de segunda instancia entra en el examen de la prueba testimonial referente a las relaciones sexuales entre Caicedo y María Parra, prueba que el Tribunal apreció como suficiente y le sirvió de base para declarar la filiación natural paterna, demandada por la madre de las menores Berta Cecilia y Alba María.

El recurso

Es acusado el fallo en referencia con la imputación de que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas para acreditar las relaciones sexuales entre la demandante y Caicedo, con las características señaladas por el artículo 4º caso 4º de la Ley 45 de 1936, errores que condujeron, en concepto del recurrente, a la violación del precitado artículo y de otras disposiciones sustantivas.

Comienza la acometida contra el fallo con un examen de diversos pasajes de las doce declaraciones de testigos que depusieron sobre aquellas relaciones y de los indicios con que el Tribunal refuerza, como elementos corroborantes, las afirmaciones de los declarantes; pero ocurre que, salvo en un punto o aspecto que en seguida se examinará, por la transcripción fraccionaria de las pruebas, al confrontar esos extractos con los que hace el Tribunal, lo que surge no es un error manifiesto o evidente de hecho, ni un error de derecho, que permitieran desconocer la soberanía del Tribunal en la apreciación de las aludidas pruebas, sino una simple diversidad de criterio entre el juzgador y el recurrente. La Corte podría, en principio compartir la apreciación del segundo si se tratara de una instancia, pero no para infirmar en casación el fallo recurrido, con menoscabo de aquella autonomía, haciendo tabla raza de los principios, normas y doctrinas que presiden este recurso extraordinario.

Con todo, no hay objeto en avanzar más sobre este aspecto, porque, como ya se dijo, hay otro que sí da pie para estimar que a las relaciones sexuales, de que se trata les falta un factor indispensable para que tengan el mérito o efecto que prevé el numeral 4º del artículo 4º precitado.

Se trata de lo siguiente:

Con respecto a la época inicial de las mencionadas relaciones, para ver si la concepción se ajusta a los términos indicados por la ley, el Tribunal dice:

"El señor apoderado del recurrente Caicedo, en su meditado alegato de conclusión de esta instancia, dice que la prueba testimonial aducida por la parte actora para acreditar las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre María Parra y don Eduardo Caicedo, falla por su base, toda vez que ninguno de los declarantes precisa las fechas en que comenzaron y terminaron. El reparo podría ser fundado, de no mediar la confesión del mismo Caicedo que complementa y con-

firma en forma muy amplia el dicho de los testigos.

"En efecto: en las posiciones absueltas por el demandado dentro del plenario (Cfr. preguntas 1ª, 14ª y 19ª) y en las que lo fueron extrajudicio (Cuad. Nº 2 fl. 35 pág. 1ª), éste confiesa que María Parra estuvo trabajando en la casa de la hacienda "El Michú" por los años de 1947 y siguientes, como sirvienta de confianza, y que vivió con ella en la misma casa.

"Habiendo nacido la mayor de las hijas de María Parra en el mes de diciembre de 1948, síguese forzosamente que aunque ésta hubiese entrado al servicio de Caicedo y a vivir con él en la casa de "El Michú" en los últimos días del año de 1947, ya que la fecha precisa no está probada, habría tiempo más que suficiente para los efectos de la presunción que consagra el artículo 92 del Código Civil. Dicha presunción opera también cuando se trata de investigar judicialmente la paternidad natural; pero a falta de un punto de partida exacto para el cómputo del término, que lo es el patrimonio en la filiación civil, debe en todo caso determinarse la época durante la cual existieron las relaciones sexuales. No es, pues, necesario, como lo pretende el abogado recurrente, que se determine el día preciso en que comenzaron aquéllas".

A esta apreciación hace el recurrente esta glosa:

"TERCERO — (La confesión). Incurre así mismo el Tribunal en manifiestos errores de hecho y de derecho cuando, al replicar la observación que se le hizo, de que la prueba testimonial aducida por la parte actora para acreditar las RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS habidas entre María Parra y don Eduardo Caicedo, falta por su base, toda vez que ninguno de los testigos precisa las fechas en que comenzaron y terminaron', manifiesta: 'El reparo podría ser fundado, de no mediar la confesión del mismo Caicedo que complementa u confirma en forma muy amplia el dicho de los testigos'.

"Porque no es exacto que el señor Caicedo haya confesado el hecho DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS CON LA PARRA, en el tiempo en que pudo tener lugar la concepción de las niñas. Se limita simplemente a reconocer el hecho de que la mujer estuvo trabajando en la hacienda de Michú por los años de 1947 y siguientes, no siquiera, que DURANTE TODO ESTE LAPSO hubieran habitado los dos solos la casa de la hacienda, como bien lo pueden verificar los señores Magistrados a través de las posiciones absueltas por él. Erróneamente confundió pues el Tribunal el hecho de que hubiera estado trabajando durante varios años al servicio de la hacienda, con el que supone, de haber vivido los dos solos en la misma casa durante ese mismo tiempo; y más erróneamente, si cabe, obró, al identificar el primero de estos dos hechos, con el de las RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS".

Tiene razón el recurrente en este reparo.

El Tribunal conviene en que si no mediara la confesión del demandado no se conocería la época inicial de las relaciones sexuales que se han considerado; pero ocurre que le da carácter y mérito de confesión a las respuestas dadas por Caicedo a las posiciones absueltas por él en dos oportunidades: el 18 de febrero de 1953, ante el Juez de circuito de Fusagasugá (f. 35 cuad. 2º) y el 11 de agosto de 1954 ante el Juez Municipal de Arbeláez (f. 9 del mismo cuaderno).

Para que prospere la imputación de error de hecho en la apreciación de una prueba, no basta con que se alcance a descubrir mediante muchos y esforzados razonamientos, sino que aparezca de manifiesto o evidente con solo enunciarlo e indicar la pieza probatoria que lo patentice, pues de lo contrario no sería manifiesto.

Ahora bien, en el presente caso basta ver las aludidas respuestas y complementarlas con las siguientes, para convencerse de que no hay tal confesión:

En efecto, al preguntarle a Caicedo en 1953 (1ª posición) si es verdad que María Parra fue sirvienta de confianza en casa de "El Michú" especialmente en 1948, contestó: 'Es cierto que trabajó' (nada más); al responder a la segunda posición que afirmaba las relaciones sexuales en ese año, dijo: "No es cierto".

Y al hacerle la primera pregunta en las posiciones de 1954 sobre el trabajo de María Parra en la finca de "Michú" de Caicedo y Fresneda, en los años de 1947 y siguientes, Caicedo respondió: "Es cierto que María Parra estuvo prestando sus servicios en la finca de "El Michú" por los años de 1947 y siguientes", al contestar la segunda posición de ese pliego, sobre sus amores con ella y relaciones íntimas, dijo: "Ella estuvo trabajando allá y yo conversaba con ella, pero relaciones amorosas con ella no las tuve".

Como se ve, y muy claro, es que aquí no hubo ni remotamente confesión sobre intimidades sexuales y mucho menos sobre época de su inicia-

ción. Salta a la vista el error evidente en que incurrió el Tribunal en dos sentidos:

1º — Estimar como confesión de vínculo de carácter sexual el reconocimiento de que María Parra había trabajado como sirvienta en la finca rural de Caicedo. Esta interpretación de la respuesta y este concepto sobre el significado y alcance de los servicios domésticos, constituirían un precedente gravísimo, porque implicarían la presunción de que el embarazo de toda sirvienta se debía al dueño de casa y de que éste era el padre natural de todos los niños que diera a luz aquélla. Aplicada así la ley 45 se desprestigiaría en poco tiempo.

A este respecto es muy expresiva y razonable la respuesta dada por Caicedo a la tercera de las posiciones absueltas en 1954 cuando al preguntársele si de los embarazos de María Parra nacieron las niñas Berta y Alba, contestó: "Eso tan solo ella sabe dónde consiguen sus cosas".

2º — Haber omitido la consideración de la negativa explícita de Caicedo al responder a la segunda de las posiciones absueltas en 1953 y en 1954, respecto de las relaciones sexuales con María Parra, contestaciones que aclaran y limitan el sentido de las respuestas a las primeras preguntas.

Por último, admitiendo que estén bien acreditadas esas relaciones con las pruebas examinadas anteriormente, es innegable que, no obstante admitir la jurisprudencia que (G. J. LXXVII, Nº 2141 pág. 602) "para que pueda hacerse la declaración judicial de paternidad natural por haber existido entre el presunto padre y la madre del demandante relaciones sexuales notorias y estables —dice la Corte en sentencia del 24 de mayo de 1954— no es necesario que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron; basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieran comienzo anteceda al nacimiento del que pretenda ser hijo natural, un lapso por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción" hay necesidad de acreditar bien, en todo caso, la época inicial de tales relaciones. Como el Tribunal da por probada tal circunstancia indispensable con una confesión que no existe, desacertó de hecho en forma manifiesta, quebrantando la disposición sustantiva que contiene el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, defecto que implica falta de una de las bases que deben servir de apoyo a la sentencia declarativa de la filiación natural de que se trata y que impone su infirmación.

Ahora bien, la Corte Suprema, como Tribunal de instancia tiene que pronunciar fallo absolutorio, que funda en las razones anteriormente expuestas.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, revoca la de primera instancia y absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

MEDIOS NUEVOS. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES SENTENCIADORES EN MATERIA DE APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Si la demanda de investigación de la paternidad natural se apoya en las presunciones cuarta y quinta del artículo 4º de la ley 45 de 1936, fundar el recurso de casación en la presunción tercera, es alegar un "medio nuevo", por tanto, inadmisible.

2.—El principio de la soberanía del juzgador de instancia, en la tarea estimativa de las pruebas, es consecuencia obvia de no ser la casación un recurso contra los hechos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, razón por la cual en casación no procede el examen de pruebas sino por excepción cuando los errores en que se incurra en esa disciplina sean tan graves que se quebrante por ellos la ley sustantiva, con el consecuencial derrumbe de la decisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte falla la casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha treinta (30) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en juicio ordinario de Casilda Carrión y otras contra la sucesión de Epifanio Gómez.

CAPITULO PRIMERO

1. — Casilda Carrión, como madre natural de Hernando, Rosa María y Miguel Antonio Carrión, y Paula y María Matilde Carrión, en su propio nombre, demandaron a Emma Gómez Pérez de Arévalo, sucesora de Epifanio Gómez, para que se hiciesen estas declaraciones:

A) Que los primeramente nombrados son hijos naturales de este último, y en consecuencia se reforme el testamento otorgado por Gómez, mediante escritura pública número 580, de 24 de noviembre de 1931, de la Notaría Primera del Circuito de Ubaté, testamento en el cual instituyó heredera universal a Emma Gómez Pérez de Arévalo, y se le reconozca a los hijos naturales sus legítimas y la cuarta de mejoras;

B) Que es absolutamente simulado el contrato que se hizo constar en instrumento número 50, de 30 de enero de 1946, otorgado en la misma Notaría; subsidiariamente, que, siendo aquel acto una donación, se colacione su valor al acervo de los bienes del causante para la determinación de las legítimas, y más subsidiariamente, que no vale la donación sino hasta la suma de dos mil pesos, por falta de insinuación; y

C) Que Emma Gómez de Arévalo sólo tiene derecho a la cuarta parte del patrimonio hereditario, debiendo restituir lo percibido en exceso, con los frutos o intereses correspondientes.

2.—La parte demandada se opuso al libelo incoado, y el Juez de la primera instancia —el Civil del Circuito de Ubaté— en sentencia de 30 de julio de 1955 reconoció a los demandantes la calidad de hijos naturales de Epifanio Gómez; reformó el testamento en el sentido de que los hijos reconocidos tienen derecho a sus legítimas rigorosa y a la cuarta de mejoras, y absolvió a la demandada de los demás cargos.

3.—Apelado el fallo por la demandada, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó en cuanto al reconocimiento de la paternidad y a la reforma del acto testamentario, y lo confirmó en lo demás. Condenó en costas a los demandantes.

4.—La parte agraviada interpuso la casación; el recurso fue admitido, y la demanda, formulada oportunamente, no fue replicada por la parte opositora.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causales y cargos

5.—La paternidad natural atribuida a Epifanio Gómez, se funda, según el libelo inicial de la litis, en las presunciones cuarta y quinta del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Las relaciones sexuales estables y notorias se desarrollaron entre Gómez y Damiana Carrión,

de 1923 a 1930, y entre Gómez y Casilda Carrión, de 1930 a 1950, habiendo procreado aquéllos dos hijas: Paula y María Matilde, y éstos, tres: Hernando, Rosa María y Miguel Antonio.

La sentencia del Tribunal niega que se haya probado las relaciones sexuales públicas y permanentes, así como la posesión notoria del estado civil de hijo natural de los demandantes. Niega asimismo —aunque por ello no se demandó— que proceda la presunción del ordinal 3º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, por aparecer algunas cartas suscritas por Epifanio Gómez.

6.—Se acusa el fallo de error de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas para acreditar las relaciones sexuales estables y notorias que Epifanio Gómez mantuvo sucesivamente con Damiana Carrión y Casilda Carrión, y de error de hecho y de derecho por no haber apreciado las referidas cartas.

a) Más concretamente, hay error de hecho en no haber hallado en las declaraciones de Carlos Julio Martínez y Luis Alfonso Castillo la prueba de las relaciones entre Gómez y Damiana, de 1923 a 1930, época durante la cual fueron procreadas Paula y María Matilde; y en las de Luis Chisavá, Vidal Murcia, Juan de la Cruz Ruiz, José María Castiblanco, José Navidad Páez y Jesús Martínez Cuervo, la prueba del concubinato con Casilda, en el cual fueron habidos Hernando, Rosa María y Miguel Antonio. A causa de tales errores se quebrantó el ordinal 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, fuera de otros textos referidos al fondo del asunto, y además algunos de orden probatorio.

b) En cuanto a las cartas, el cargo es de error de hecho por no haber parado mientes en ellas, y de derecho por no haberles reconocido el mérito que tienen según los artículos 605, 606, 637 y 645 del C. J., con la incidencia necesaria en el ordinal 3º del citado artículo 4º, ley 45 de 1936, según el cual hay lugar a declarar la paternidad natural cuando hay carta o escrito que contenga una confesión inequívoca de presunto padre.

El cargo de error de hecho y de derecho

7.—El segundo cargo envuelve un "medio nuevo" en casación, porque la declaración de la paternidad natural impetrada en este juicio, no se hizo con apoyo en el ordinal 3º, artículo 4º de la citada ley 45. La doctrina sobre los "medios nuevos" ha sido constante y al respecto puede consultarse la sentencia de fecha veintitrés de junio del corriente año, aún no publicada en el órgano de la Corporación, dictada en el juicio del Banco Agrícola Hipotecario contra Félix Varela, Braulio Varela, Graciliano Reyes y otros, y en la cual la Corte hizo el examen de su jurisprudencia. El segundo cargo envuelve un medio nuevo porque la presunción del ordinal 3º no fue invocada en el juicio.

EL CARGO DE ERROR DE HECHO

I

En cuanto a la paternidad demandada por las hijas de Damiana Carrión

8.—En cuanto al primer cargo y en relación con los testimonios de Carlos Julio Martínez y Luis Alfonso Castillo, tocantes a las relaciones entre Gómez y Damiana Carrión, la sentencia dice que los testigos hablan simplemente de una comunidad de habitación entre Gómez y Damiana, confundiendo ese hecho con el de las relaciones sexuales; que éstas no aparecen demostradas como tampoco la notoriedad de ellas, puesto que los testigos se refieren a la simple comunidad de habitación; que los deponentes se limitan a afirmar los hechos sin dar razón de sus aseveraciones; que la declaración de Castillo es contradictoria, porque después de afirmar que Gómez y Damiana hicieron vida en común de 1920 a 1930, dice ignorar cómo trató el primero a la última; que no se probó que la concepción de Paula y María Matilde se hubiese efectuado dentro de los lapsos señalados en el ordinal 4º del artículo 4º, pues Martínez dice que no puede precisar las fechas de nacimiento; Jesús Chaves que no sabe cuándo comenzaron y terminaron las relaciones de los concubinos, y Castillo, que no le consta nada referente a hijos como frutos de tales relaciones.

9.—El recurrente, después de hacer una síntesis de las declaraciones de Martínez y Castillo, ataca los conceptos de la sentencia, así:

"De estas declaraciones surge la evidencia que del año de 1923 al de 1927, inclusive, en los lugares que los testigos indican y en la forma en que ellos lo relatan, por haberlo presenciado con sus propios sentidos, Epifanio Gómez y Casilda Carrión no sólo tuvieron comunidad de habitación, sino que estuvieron viviendo en público concubinato. Ahora bien, como Paula nació el 30 de junio de 1926 y María Matilde el dos (2) de julio de 1928, según lo establecido en el artículo 92 del C. C. la primera fue concebida el 30 de diciembre de 1925 y la otra el 2 de enero de 1926, es de-

cer, durante el estado de concubinato público y notorio que mantenía Epifanio Gómez y Damiana Carrión. Empero, como el H. Tribunal, dejó de apreciar el dato importante que arrojan esos testimonios sobre la vida marital llevada a cabo entre Epifanio Gómez y Damiana Carrión en el lapso a que los testigos, de manera uniforme y en circunstancias de modo, tiempo y lugar relatan, incurrió el error de hecho manifiesto".

II

En cuanto a la paternidad demandada por las hijas de Casilda Carrión

10.—Se acusa el fallo por haber cometido errores de hecho en la estimación de los testimonios de Larisa Chisová, Vidal Murcia, Juan de la Cruz Ruiz, José María Castiblanco, Jesús Martínez Cuervo y José Natividad Páez; se citan algunos preceptos de orden probatorio, infringidos a causa de los errores, y como disposiciones referentes a la sustancia de la acción los artículos 92 del C. C. y 4º, ordinal 4º, de la ley 45 de 1936, por una parte, y 1240, ordinal 3º, 1274 y 1275 del mismo Código, 23 y 24 de la citada ley, por otra. En una palabra, los errores consisten en no haber hallado el Tribunal en las declaraciones de aquellos testigos la demostración de la presunción cuarta del artículo 4º de la misma ley, ya que esas pruebas acreditan que Epifanio Gómez y Casilda Carrión hicieron vida en común, pública y estable, de 1930 a 1950, en la cual procrearon tres hijos.

11.—A los folios 20 v., 21, 22 y 23 expone el Tribunal los motivos por los cuales no considera probados los hechos fundamentales de la presunción de paternidad en relación con Hernando, Rosa María y Miguel Antonio Carrión.

12.—Dice el recurrente:

"Hay, de consiguiente, seis testigos que de modo uniforme y en concordancia de circunstancias de tiempo, de modo y lugar, todos por ser vecinos de Ubaté y varios por la amistad y frecuente trato que tenían con Epifanio Gómez y Casilda Carrión, afirman, de manera categórica, sin vacilaciones y sin lugar a la menor duda, que Epifanio Gómez vivió maritalmente con Casilda Carrión desde el año de 1930 al 19 de agosto de 1950; que de ese concubinato público y notorio nacieron Hernando, Rosa María y Miguel Antonio Carrión; y que Epifanio Gómez a éstos los llevaba a la escuela para matricularlos, los vigilaba como a hijos, les daba lo necesario, los presentaba en tal carácter y firmaba las matrículas como padre, y que a su concubina la trataba como a verdadera cónyuge suministrándole todo lo necesario, es decir, de dichas declaraciones que si no son más responsivas, razonadas y exactas es por culpa e incuria del funcionario que las recibió, porque no cumplió el mandato imperativo del artículo 688 del C. J., surge la evidencia de las relaciones sexuales estables habidas entre Epifanio Gómez y Casilda Carrión en el estado de concubinato que tuvieron a partir del año de 1930.

"Ahora bien, el estado de concubinato público y notorio de que dan razón los testigos no lo tuvo en cuenta el H. Tribunal a pesar de estar consignado paladinamente en las declaraciones de los mismos, como acaba de transcribirse, y por ende, cometió error de hecho manifiesto en la apreciación de este medio probatorio".

13.—El fallo formula a dichos testimonios los siguientes reparos: que no dan la razón de sus asertos; que no dice Vidal Murcia el nombre de los hijos habidos por Gómez en Casilda Carrión; que ninguno de los testimonios responsivo, exacto y completo, "por lo que hace a la enumeración de las personas a quienes Epifanio Gómez consideró como sus hijos naturales, proveyó a su educación, subsistencia y establecimiento y con quienes vivió hasta su muerte"; que no es "verosímil" que haya un grupo de testigos para cada concubinato, pues "lo racional, responsivo, exacto y completo hubiera sido que todos se hubieran referido a ambas épocas", lo cual, por una parte, indica que las relaciones sexuales carecieron de la notoriedad requerida, y por otra, prueba que los testigos referentes a las primeras cayeron en contradicciones tales como aquella de afirmar que en la primera época fueran procreados únicamente Paula y María Matilde, y a renglón seguido al hablar de los hijos por quienes Gómez viera, incluyen a Hernando, Rosa María y Miguel Antonio, sin decir en quién fueron habidos; y después de exponer otros reparos, agrega:

"En consecuencia, es obvio que prueba testimonial tan contradictoria, oscura, deficiente, vaga y falta de razón, como es la que acaba de analizarse, no sirva o resulte ineficaz para demostrar las condiciones o requisitos indispensables de la acción de filiación intentada, a saber: La existencia de relaciones sexuales estables entre Epifanio Gómez y Casilda Carrión, de 1930 al 19 de agosto de 1950, como se pretende en la demanda; la notoriedad de esas relaciones y que Rosa María,

Hernando y Miguel Antonio, pretendidos hijos de Epifanio Gómez nacieron durante el lapso de tales relaciones.

"Las partidas de bautizo, de origen eclesiástico cuyas copias obran a folios 2, 3 y 4 del cuaderno principal, por sí solas dan fe únicamente acerca del nacimiento de Hernando, Rosa María y Miguel Antonio; y en los términos del artículo 1º de la ley 45 de 1936, que Casilda Carrión es la madre natural de éstos. Fuera de que, como se vio al estudiar la personería de las partes, las copias de las partidas de nacimiento de Rosa María y Miguel Antonio, de folios 3 y 4 de dicho cuaderno, no pueden ser apreciadas, por haber sido enmendadas o alteradas en su texto, en parte sustancial de su contenido, sin haber sido salvadas las enmendaturas, al tenor de lo dispuesto por el artículo 652 del C. J.

III

Consideraciones de la Corte

14.—Para la Sala no es vulnerable en casación el juicio del Tribunal sobre las pruebas. No habría sino un camino de atacarlo eficazmente: demostrar que la única conclusión que surge evidente, indiscutible, de tales probanzas, es la contraria a la acogida por el sentenciador, y ello es imposible dadas las razones por las cuales les niega el mérito necesario para demostrar el hecho de las relaciones sexuales estables y públicas.

Debe tenerse muy presente el principio de la soberanía del juzgador de instancia, en la tarea estimativa de las pruebas, como consecuencia obvia de no ser la casación un recurso contra los hechos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, razón por la cual en casación no procede el examen de pruebas sino por excepción: cuando los errores en que se incurra en esa disciplina sean tan graves que se quebrante por ellos la ley sustantiva, con el consecuencial derrumbe de la decisión, y ello no ocurre aquí.

15.—Según el fallo, los testimonios no dan suficiente razón de su dicho: sólo el Juez de fondo puede juzgar de la suficiencia de esa razón; considera, en sí, contradictorias algunas declaraciones, y entre sí varias de ellas: sólo el sentenciador puede, en el enjuiciamiento de los asertos testimoniales, saber si hay entre ellos pugna bastante para desestimarlas. Señala distintos vacíos de los testimonios, v. gr. que Castillo —en relación con la demanda de Paula y María Matilde— a pesar de afirmar que le consta la vida en común que hicieran Gómez y Damiana Carrión, de 1920 a 1930 (en una parte de su declaración) y hasta 1950 (en otra), no le consta que de tales relaciones hubiesen nacido aquellas demandantes; que los testimonios no son responsivos, exactos y completos "por lo que hace a la enumeración de las personas a quienes Epifanio Gómez consideró como sus hijos naturales, proveyó a su educación, subsistencia y establecimiento y con quienes vivió hasta su muerte"; que es inexplicable que la prueba testimonial se hubiese confiado a dos grupos de deponentes distintos, uno para cada concubinato, siendo así que se sucedieron sin interrupción en la misma vivienda y algunos de los declarantes son de edad avanzada, moradores de la misma región y amigos y vecinos de Epifanio Gómez", de lo cual se desprende que casi todos debieron darse cuenta de las dos épocas distintas de relaciones sexuales... y no como se quiere hacer aparecer con los dos grupos de declaraciones, antagónicos por decirlo así, en que los declarantes del uno ignoran por completo las relaciones sexuales que relatan o a que quisieron referirse los del otro grupo", circunstancia que los llevó "a contradicciones palmarias como aquella en que primero afirman que durante las relaciones sexuales con Damiana nacieron solamente dos hijas: María Matilde y Paula; y al declarar sobre la subsistencia, mantenimiento y habitación que Epifanio Gómez prodigó a quienes consideró como sus hijos naturales, además de las nombradas María Matilde y Paula, enumeran a Hernando, Rosa María y Miguel Antonio, sin expresar los testigos quién es o fue la madre de estos tres últimos; pudiendo entenderse de tales testimonios, que también fueron fruto de las relaciones sexuales que se dice mantuvieron Gómez y Damiana. En esas condiciones se encuentran las declaraciones de Carlos Julio Martínez y Jesús Chaves Ruiz". Todo lo cual influyó en el juicio del Tribunal sobre las pruebas, que, por lo expuesto, debe permanecer firme en casación, ya que los errores de hecho alegados no han sido demostrados.

No procede, por tanto, la acusación.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil B), administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Casilda Carrión y otros contra la sucesión de Epifanio Gómez.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA LEY 45 DE 1936 ES APLICABLE A LOS HIJOS NACIDOS ANTES DE SU VIGENCIA.—CON ESTO NO SE VULNERAN DERECHOS ADQUERIDOS.—DIFERENCIA ENTRE EFECTO RETROACTIVO Y RETROSPECTIVO DE LA LEY.—LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 45 NO SON AD-SOLEMNITATEM SINO AD-SUSTANTIAM ACTUS—EL FALLO DICTADO EN JUICIO DE FILIACION NATURAL ES DECLARATIVO, NO CONSTITUTIVO DEL ESTADO CIVIL.—MANERA DE COMPUTAR LA EDUCACION PARA EFECTOS DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL.—CUANDO HAY MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

1.—Hay medio nuevo en casación cuando la cuestión propuesta, pero debatida en las instancias, es de hecho o sobre prueba de los hechos, pero no cuando versa sobre un punto de puro derecho, como el de si se aplica o no la ley 45 de 1936 a los hijos habidos antes de su expedición. Esta cuestión de derecho puede plantearse en casación aunque no se hubiera discutido en instancias, y no puede calificarse de medio nuevo.

Sobre el particular la Corte se ha expresado repetidas veces como puede verse en casaciones de marzo 12 y septiembre 2 de 1936 (XLIII, 731 y XLIV, 139).

2.—Aún leyendo el artículo 18, ley 153 de 1887 como lo lee el recurrente, o sea, que donde reza "administración" debe entenderse "adquisición", tal precepto no juega para nada con la regulación que la ley 45 de 1936 ofrece para demostrar, comprobar o acreditar la calidad de hijo natural, no para CONSTITUIR el estado civil de tal.

A este respecto, la Corte Suprema, en fallo de abril 7 de 1953 (LXXIV, 580 y ss.), sentó la doctrina de que el fallo en el juicio de filiación no es constitutivo sino declarativo del estado y que para fundarlo y reconocerlo son admisibles los hechos y pruebas autorizados por la ley 45, aunque se hayan producido con anterioridad a ella. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de julio 7 de 1954 (LXXVIII, 40), reproducida textualmente en la de junio 30 de 1955 (LXXX, 481), y abril 26 de 1955 (LXXX, 72).

3.—Pretende el recurrente establecer un divorcio entre el hecho biológico de la generación del hijo extramatrimonial y el estado civil de hijo natural, dándole a lo segundo la calidad de acto solemne, cuando en realidad la distinción es entre el hecho generador de la vida y la PRUEBA de la paternidad atribuida a un hombre determinado.

Tan cierto es eso, que para la filiación respecto de la madre, basta con que ella haya dado a luz al pretendido hijo. Como ese hecho es de fácil comprobación, al demostrarlo, ella es la madre natural y el sér nacido, es su hijo natural, sin solemnidades.

Como respecto del pretenso padre el hecho de haber engendrado a ese sér es de difícil comprobación y en este empeño se pueden cometer graves desaciertos y aún fechorías, la ley toma la precaución de limitar la clase de pruebas admisibles para tal efecto, siendo ostensible que sus exigencias son AD-PROBATIONEM y no AD-SOLEMNITATEM.

En consecuencia, se es hijo legítimo si se PRUEBA que los padres son casados y lo procrearon en el matrimonio y, a falta de éste, será natural de A y de B si se PRUEBA que es hijo de ellos (padre y madre).

4.—Se argumenta que con la aplicación que de la ley se hace a los hijos anteriores a la expedición de ese estatuto, sin que éste lo estableciera, se le da a la ley en tal forma un efecto retroactivo inadmisible.

En primer lugar, la ley sí estableció, aunque no de modo expreso, pero sí implícito, su aplicación a tales hijos, al no hacer más salvedad respecto de ellos que la de carencia de derecho herencial cuando a la sucesión del causante concurrieran hijos legítimos de matrimonio anterior a la ley (art.

28); es decir, que si tales legítimos eran fruto de matrimonio posterior, o eran otra clase de parientes quienes concurrían si tenían tal derecho los naturales. Esta fue la fórmula de transacción que se encontró y adoptó en la Corte Suprema de Justicia encargada por el Congreso de buscar una norma que conciliara los puntos de vista de la Cámara de Representantes, partidaria del proyecto primitivo que colocaba a los hijos extramatrimoniales anteriores en el mismo plano de los posteriores, sin salvedad alguna, y el punto de vista del Senado que les cerraba la puerta a todos los anteriores, también sin salvedad alguna.

Esto puede verificarse en los antecedentes de la ley que constituyen valioso elemento para su interpretación conforme al inciso 2º del artículo 27 del C. C.

Y aunque nada de lo expuesto valiera, lo cierto es que a la ley 45 no se le ha hecho producir un efecto retroactivo porque en los casos en que se ha reconocido acción a los hijos extramatrimoniales anteriores a la ley, no se ha violado ningún derecho adquirido, circunstancia que caracteriza el efecto RETROACTIVO. Lo que se ha producido es un efecto RETROSPECTIVO, fenómeno diferente.

En efecto, la aplicación de esta ley a los hijos extramatrimoniales nacidos antes para permitirles acreditar su filiación con los medios nuevos de prueba y con base en alguno de los hechos relacionados en el art. 4º de la misma, ocurridos en cualquier tiempo, no viola ningún derecho adquirido.

En vano se ha tratado de descubrir ese derecho y en cabeza de quién radica. No se ha logrado, porque el presunto padre no puede alegar que tiene derecho adquirido a que no se pruebe el hecho de ser el progenitor del demandante, como no tendría derecho el deudor que hubiera recibido $ 3.000 en préstamo sin dejar un principio de prueba por escrito, a que no se probara la deuda con declaraciones de testigos si una ley nueva elevara a $ 5.000 la cuantía que hoy está fijada en $ 500 para no exigir con la prueba testimonial la complementaria del principio de prueba por escrito. La invocación del derecho de la familia a que no se le perturbe o intranquilice con investigaciones de paternidad extramatrimonial contra el jefe de ella, no configura un derecho civil adquirido. De lo contrario habría que prescindir también de investigaciones de esa clase con respecto a hijos nacidos después de la ley, con relación a un pretenso padre casado antes o después de ella. En todo caso la perturbación o intranquilidad de la familia las produce la conducta de su jefe, no la ley; y esa situación no se remedia haciendo única víctima expiatoria al hijo inocente, para que su papá viva tranquilo.

No se olvide que la ley 83 de 1946 "orgánica de la defensa del niño", en su artículo 85 establece que todo niño tiene derecho a saber quién es su padre.

5.—Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de éstas, no se viole algún derecho adquirido.

El notable jurisconsulto doctor Manuel José Angarita, al comentar las disposiciones de la ley 153 de 1887 (artículo 21) sobre efectos de la ley en el tiempo, dice:

"'En cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación', dice la parte final del presente artículo; pero como el efecto retroactivo de una disposición consiste precisamente en vulnerar derechos adquiridos, si una ley que se refiere a lo pasado no vulnera ningún derecho adquirido, por disponerlo así la misma ley, es claro que no tiene efecto retroactivo, y que es únicamente RETROSPECTIVA...".

Ahora bien, lo que desde hace cerca de 70 años el ilustre expositor Angarita llamó "efecto retrospectivo", y que retrata una figura jurídica diferente de la consistente en el "efecto RETROACTIVO", está mejor caracterizado, definido e individualizado por el profesor Paul Roubier, en su obra "Les conflits de lois dans le temps".

Dice este autor: "Existen SITUACIONES jurídicas retroactivas, es decir, cuya constitución en cierta fecha entraña efectos en el

pasado". Como ejemplo típico aduce el caso de una ley sobre filiación natural que estableciera la investigación de la paternidad o ciertos medios de reconocimiento (no existentes) o que suprimiera la investigación o medios de reconocimiento existentes. Esa nueva ley se aplicaría en pro o en contra de los hijos NACIDOS ANTES, sin que pueda decirse que LA LEY tiene en tal caso efecto retroactivo. Lo que tiene efecto retroactivo es LA SITUACION jurídica materia de la ley.

Como hay autores que no hacen esa distinción considerando que en el caso contemplado la ley tendría efecto retroactivo aplicándola a los hijos habidos antes, refiriéndose a esa opinión, dice:

"Existe, a base de la opinión opuesta, una confusión entre la retroactividad de la ley y la retroactividad de la situación jurídica. Sin duda, LA SITUACION jurídica de que se trata es retroactiva, pero esta no es razón para que la ley relativa a una situación jurídica de esta clase lo sea también".

Baudry Lacantinerie dice: "Toda ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso de la legislación anterior. Para sus autores, reglamenta ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número posible de casos y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Sin duda esta aplicación lesionará ciertas esperanzas. Pero el progreso se compra a este precio, y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. CONTRA EL DERECHO ADQUIRIDO, AL CONTRARIO, LA LEY NUEVA NO PUEDE NADA: SU FUERZA EXPIRA ALLI DONDE ENCUENTRA UN DERECHO VERDADERO, CONSAGRADO POR LA ANTIGUA LEY BAJO CUYO IMPERIO HA NACIDO. Al afectar este derecho, la ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría toda seguridad de las transacciones y la ley llegaría a ser obligatoria aún antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. La ley no debe pues, tener efecto retroactivo, y tal es la regla que establece el artículo 2º en los siguientes términos: 'La ley sólo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo'. Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rigen y no se puede decir que vuelve sobre el pasado. SOLO ES RETROACTIVA CUANDO ATACA LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, DESTRUYENDO LOS QUE SE HABIAN ADQUIRIDO ANTERIORMENTE, LO QUE IMPLICA UNA PERDIDA PARA SUS TITULARES".

Con este criterio se interpretó y aplicó, por ejemplo, la ley 10 de 1934, permitiendo tener en cuenta, para el cómputo de la cesantía, todo el tiempo de servicios anteriores a la ley prestados por el empleado (efecto retrospectivo). Así lo decidió la Corte en acuerdo de Sala Plena de noviembre 12 de 1937 (G. J. 1929, 698 y ss.).

6. — En relación con la posesión notoria del estado de hijo natural, el recurrente se empeña en que del período de la educación escolar debe deducirse el tiempo de las vacaciones, lo cual implica discontinuidad en el término de diez años de la posesión del estado civil.

Con este criterio sobre el concepto de educación, y esta manera de computar los términos, resulta no solamente que la discontinuidad es manifiesta, sino que para efectos de la posesión del estado civil la educación tendría que ser por diez y ocho o veinte años, por el descuento de tres, por lo menos, de toda clase de vacaciones, más 5, 6 o 7 de la primera edad del pretenso hijo, por no ser posible llevarlo a la escuela desde el día del nacimiento.

Por una parte, el Código no habla exclusivamente de educación escolar, sino de PROVEER a la educación (así, en general) que puede darse en cualquier parte, aún en la casa; y, por otra parte, en la misma forma habría que entender los demás elementos de la posesión: presentación del pretenso hijo, como tal, TODOS los días, ante familiares y extraños; suministro de vestido, calzado, etc., también DIARIAMENTE. Salta a la vista que esto no puede ser así.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Procede hoy la Corte a considerar y decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario adelantado por Carmen Helena Farrut de Sánchez contra Salomón Farrut, sobre filiación natural.

El fallo de que se trata, pronunciado el 28 de febrero de 1955, revocó el de primera instancia, que había sido adverso a la demandante, y en su lugar resolvió:

"**Primero**—Declarar que Carmen Helena Farrut o Arciniegas de Sánchez, nacida en el Espinal el 27 de marzo de 1907, y allí mismo bautizada el 23 de junio del mismo año, es hija natural de Salomón Farrut, para todos los efectos civiles reconocidos por la ley.

"Dése cumplimiento al artículo 33 del Decreto reglamentario número 1003 de 1939 (inciso segundo).

"**Segundo.**—CONFIRMARLA en cuanto no se aceptaron las nulidades formuladas, y,

"**Tercero.**—Condenar al demandado al pago de las costas de primera instancia".

Los hechos fundamentales de la demanda, tales como allí se exponen, son:

"1º—El demandado señor Salomón Farrut y la señora Berta Arciniegas mantuvieron relaciones sexuales estables de manera notoria en el municipio de El Espinal (T.), en los años de 1906 y 1907.

"2º—Tanto el señor Salomón Farrut como la señora Berta Arciniegas en los años de 1906 y 1907 eran solteros mientras tuvieron las relaciones sexuales mencionadas.

"3º—La señora Carmen Helena Farrut hija de Berta Arciniegas fue bautizada en el municipio de El Espinal con el nombre de "Carmen Helena Arciniegas" el 23 de junio de 1907, como hija natural de Berta Arciniegas.

"4º—El señor Salomón Farrut trató a la niña Carmen Helena Arciniegas o Carmen Helena Farrut como hija natural de él, proveyó a su subsistencia desde que nació hasta que se casó, la tuvo viviendo a su lado y al lado de su familia, la puso en colegios de El Espinal y de Ibagué, le dio su apellido y el título de hija, la presentaba así a sus deudos y amigos y en el vecindario de los diversos domicilios que tuvo siempre fue considerada ella a virtud de aquel tratamiento, como hija del señor Salomón Farrut".

El señor Farrut no ha intervenido directamente en el juicio, por hallarse en interdicción judicial, pero ha sido representado en él, primeramente por un curador provisional y luego por uno definitivo, quienes a su vez han actuado por medio de mandatarios titulados e inscritos.

Dos causales o motivos se invocaron para obtener la declaración de paternidad: las relaciones sexuales entre Salomón Farrut y Berta Arciniegas, madre de la demandante, y la posesión notoria de estado civil de Carmen Helena.

El Tribunal halló deficiente la demostración del primer motivo, pero encontró satisfactoria la prueba de la posesión de estado y esta causal, consagrada por el número 5º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, sirvió de fundamento al fallo.

El recurso. — Cargos 1º y 2º

Tres cargos hace el recurrente al fallo de segunda instancia. Los dos primeros, que examinará en conjunto la Corte, por versar sobre cuestiones jurídicas íntimamente conectadas, se enderezan a sostener que el Tribunal violó directamente los artículos 4º, numeral 5º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, 1760 del mismo Código y 19 de la Ley 153 de 1887 por haber dejado de aplicarlos.

Los conceptos en que se apoyan las acusaciones enunciadas pueden resumirse así:

El reconocimiento judicial de la filiación natural referente a personas nacidas antes de la Ley 45 de 1936, no puede apoyarse en hechos ocurridos antes de la expedición de ese estatuto, ni demostrarse con pruebas relativas a tales hechos, como los de relaciones sexuales, posesión notoria, etc., anteriores a dicha ley y que conforme a la antigua eran inoperantes; porque en cuanto la ley 45 reconoce algún derecho a los hijos naturales anteriores a ella, tiene que referirse a los que no tenían esa calidad al entrar en vigencia la ley por reconocimiento expreso hecho en debida forma por el pretenso padre, lo que excluye el que sobrevenga en fallo judicial posterior, que es constitutivo de derecho según el artículo 19 de

la ley 153 de 1887, leyendo "adquisición" donde dice "administración": porque a la ley 45 no puede darsele efecto retroactivo, como sería aplicarla a favor de hijos que a la expedición de ese estatuto no tenían establecido ya su estado civil de hijos naturales, condición que injuridicamente vendrían a adquirir con la sentencia en el juicio posterior de filiación, dándole implícita pero indebidamente a la ley 45 un efecto retroactivo inadmisible.

A este respecto, de una vez y de paso, el suscrito Magistrado ponente quiere referirse a la observación que se hace de que cuando siendo abogado en ejercicio actuó en nombre del demandado Carlos Lehmann, sostuvo la misma tesis en el juicio propuesto por Roberto Mera, fallado por la Corte en 1953.

Esto es verdad, como también lo es que la Corte contradijo esta tesis con razonamientos tan concluyentes, que convencieron al apoderado de Lehmann, el extremo de que posteriormente, ya con la investidura de Miembro de la Corte Suprema, sostuvo la doctrina de la Corte dando así una demostración de "decoro mental" o lealtad mental que honra a quien oportunamente tiene el valor de rectificar un concepto errado, en lugar de persistir en él con espíritu soberbio. Y no se diga que en el segundo caso, pleito de Waldina Márquez contra Jorge Simón Patarroyo, fallado el 23 de septiembre de 1954, la Corte se limitó a citar como una Biblia la sentencia que decidió el juicio Mera-Lehmann el 7 de abril de 1953, sin expresar ninguna de las razones dadas por la Corte en esa ocasión ni añadir otras, sino "porque sí".

No, en la decisión de 1954, se dijo:

"No es esta la primera vez que se presenta ante la Corte esa tesis, respaldada en razonamientos iguales a los que el recurrente en este asunto desarrolla con innegable habilidad. Tesis y razones apoyadas en idéntica interpretación de los preceptos citados en el cargo que se examina.

"Pero la Corte, en extensa y convincente exposición que ocupa veinte páginas (598 a 618) de la GACETA JUDICIAL número 2127 (sentencia de 7 de abril de 1953, págs. 580 y siguientes), refutó con razones incontestables la mencionada tesis, y sentó como doctrina jurisprudencial la contraria, que tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936, pueden invocar hechos y aducir pruebas de los que habilita esa ley para fundar y declarar la filiación natural.

"A fin de no dar al presente fallo una extensión desmedida, la Corte se remite al estudio que en la sentencia de 1953 ya citada y bajo el epígrafe 'Acápite final", págs. 598 y siguientes, se hace sobre "derecho adquirido" en la materia de que se trata, "Aplicación de la nueva ley sobre estado civil de las personas y concretamente sobre filiación", "La situación del hijo ilegítimo antes de la Ley 45 de 1936", "La Ley 45 no cambió el estado civil", "No se trata de solemnidades **ad substantiam actus**", "La declaración judicial es muy distinta al reconocimiento voluntario", "La sentencia es declarativa", "Filiación, generación y prueba", "La doctrina y jurisprudencia francesa", "Aplicación de los medios de prueba en general", "Nueva ley sobre pruebas **ad solemnitatem**", "La intención del legislador de 1936", "No existe inconstitucionalidad" y "El artículo 19 de la ley 153 de 1887".

"El examen de todas las cuestiones contempladas en esos catorce capítulos del "Acápite final" del precitado fallo, en que, con apoyo en el texto, el espíritu y propósitos de la ley 45, en las situaciones anteriores y posteriores a ella, en la jurisprudencia colombiana y extranjera, en los principios generales de derecho, en las doctrinas de los más famosos expositores, llevan nuevamente a la Corte a la convicción de que la tesis sostenida por el recurrente es inaceptable, o infundado el cargo que se examina, como lo son los anteriormente considerados".

No fue pues una simple cita dogmática de una sentencia bíblica, sino que en el fallo de 1954 la Corte se remitió expresamente a las razones expuestas en 14 capítulos contentivos de abundantes argumentos y doctrinas que sirven de refutación al salvamento de voto de quien últimamente vino a las audiencias en la Corte a actuar como vocero de la parte demandada, salvamento de voto que también sirvió al recurrente de base y alma de la acusación de que hoy se trata.

Abogado recurrente y abogado vocero, lanzan a cuatro manos contra las sentencias de 1953 y 1954, como una catapulta, el famoso salvamento de voto del distinguido Magistrado Rodríguez Peña que en la discusión del fallo en el pleito Mera-Lehmann se enfrentó a cinco de los Magistrados de la Sala Civil Plena, cuya opinión vino a ser compartida luego por los Magistrados Zuleta, Rodríguez Piñeres, Márquez Páez y Latorre, y por los demás que en la nueva Corte han suscrito sentencias que por un aspecto u otro refrendan o confirman las doctrinas cuya revisión

y cambio pretende hoy el recurrente y su vocero, como se verá adelante.

No puede decirse lo mismo respecto del fallo que hoy tiene entre manos la Corte, porque en él no se tocó la cuestión jurídica planteada en casación y que tampoco se debatió en las instancias de este juicio. Por eso el opositor alega que se trata de un medio nuevo inadmisible en este recurso.

En este punto el opositor carece de razón. Hay medio nuevo cuando la cuestión propuesta, pero debatida en las instancias, es de hecho o sobre prueba de los hechos, pero no cuando versa sobre un punto de puro derecho, como el de si se aplica o no la ley 45 a los hijos habidos antes de su expedición.

Sobre el particular la Corte ha dicho:

"Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la acusación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley y, a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C. art. 9º) mal podría pretender el opositor que se descubrieran argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas, a pretexto de que en las instancias no se debatieron. Ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal. (Casación 12 marzo 1936. G. J. número 1911, pág. 731)".

"Por otra parte, aquí se trata de un medio de puro derecho que no puede por lo tanto ser considerado como nuevo: se refiere a la violación de un texto legal que el Juez tenía que examinar, dado el tenor de la demanda y los hechos sobre los cuales ella se fundó.

"El Juez que conoce de un asunto —dice una sentencia de 20 de febrero de 1854 de la Corte de Casación francesa— no puede juzgarlo sino conforme a las leyes que rigen la materia aun cuando la aplicación de estas leyes no haya sido formalmente invocada por las partes". Y otra sentencia de la misma Corte, de fecha 28 de junio de 1876, establece que 'los jueces que conocen de una demanda tienen obligación de examinar todos los argumentos y medios de derecho que por su naturaleza pueden ser conducentes a la apreciación del fundamento de la demanda, de tal suerte que esos medios, aunque no hayan sido propuestos ante los jueces de apelación pueden ser suscitados ante la Corte de Casación y no constituyen medios nuevos'. (Casación 2 septiembre 1936. G. J. número 1914, pág. 139)".

La Corte estima que las doctrinas expuestas comprenden el caso actual, porque, vale repetir, hoy se trata de una cuestión de derecho que puede plantearse en casación aunque no se hubiera discutido en instancias, y no puede calificarse de medio nuevo.

Volviendo a los cargos en concreto contra la sentencia recurrida, la Corte observa que los dos primeros se apoyan totalmente en el salvamento de voto de 1953, cuyas tesis jurídicas fueron refutadas en el propio fallo, porque éste se redactó con vista del proyecto que en sentido contrario había preparado el Magistrado disidente.

Como él en su calidad de vocero del recurrente y éste mismo, en la casación que hoy se dirime continúan apoyados en aquella pieza sin haber tratado de rebatir los razonamientos que en su contra se expusieron en los 14 capítulos del "Acápite final" de la referida sentencia, no hay objeto en reproducir aquí el extenso estudio de la Corte, cuyas doctrinas, no refutadas sobre la materia de que se trata, se mantiene ahora, por las concluyentes razones expuestas en fallos posteriores, distintos del de septiembre de 1954 (case Márquez Patarroyo).

La tesis central de la acusación expuesta atrás aparece respaldada en las que desarrolla el precitado salvamento de voto que, a su vez, gira alrededor del epígrafe que lo encabeza en la publicación que se hizo en la GACETA, pág. 619, número 2127, que dice:

"Las leyes que establecen para la **adquisición** de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria, desde la fecha en que empiecen a regir" (artículo 18, ley 153 de 1887).

"La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejercitados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumentos públicos, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno..." (artículo 1760 del C. C.)".

En primer lugar, aun leyendo el artículo 19 de la ley 153 de 1887 como lo lee el recurrente, o sea, que donde reza "administración" debe entenderse "adquisición", tal precepto no juega para nada con la regulación que la ley 45 de 1936 ofrece para demostrar, comprobar o acreditar la calidad de hijo natural, no para constituir el estado civil de tal.

A este respecto, la Corte Suprema, en Sala integrada por Magistrados diferentes de los que en 1953 pronunciaron la sentencia que sentó la doctrina de que el fallo en el juicio de filiación no es constitutivo sino declarativo del estado y que para fundarlo y reconocerlo son admisibles los hechos y pruebas autorizados por la ley 45, aunque se hayan producido con anterioridad a ella, refrendó en decisiones de 1954 y 1955 dicha jurisprudencia. Así, en fallo de 7 de julio de 1954 se dijo:

"Constituida la norma invariable acerca de los períodos máximo y mínimo de la gestación y consagrado el matrimonio como institución social, dos presunciones entran en juego:

"a) La primera, de carácter concluyente —**juris et de jure**— según la cual la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, y desde la media noche en que principie el día del nacimiento (art. 92 C. C.) y

"b) La segunda simplemente legal —**juris tantum**— en el sentido de que el matrimonio revela la paternidad "**pater is est quem nuptiae demostrant**" (artículos 213 y 214 C. C.).

"Y si el padre, expresa o tácitamente, reconoce como suyo al hijo nacido durante el matrimonio, entonces, la presunción de paternidad cobra fuerza concluyente, en cuanto ya ninguna persona está admitida a la demostración contraria. Mas si el padre no ha hecho ese reconocimiento, tanto él como las personas con interés actual en ello están facultadas para impugnar la paternidad, pero no más que dentro del ámbito circunscrito que por motivos de orden público está señalado en la regulación jurídica al respecto.

"Establecida la natural preeminencia de la familia legítima, existe sin embargo la necesidad de contemplar la procreación extramatrimonial, que se presenta como hecho sociológico a través de todos los tiempos y que exige también regulación jurídica, en acatamiento a los principios supremos de justicia y equidad.

"Entonces el régimen legal se endereza a encontrar la certidumbre de la filiación y, en cuanto al padre, por medios que puedan reemplazar satisfactoria y razonablemente la presunción "pater is est quem nuptiae demostrant".

"Tanto la paternidad legítima como la paternidad natural fundan un estado civil, con todos sus atributos y consecuencias así en el campo extrapatrimonial como en el campo estrictamente patrimonial. Y está en la índole misma de la cuestión, que el estado civil se configure como el imponderable eficiente de donde dimanan todos los efectos que la organización jurídica reconoce.

"Corresponde así el estado civil a una cualidad inalienable del ser, que por su naturaleza no es susceptible de precio en el mercado, por comparación con otra clase de bienes. No es objeto posible de transacción alguna, ni cabe nunca ser renunciado.

"Muerto el supuesto padre, surge pues ante todo la necesidad de establecer si en el juicio incoado por el pretenso hijo natural se discute primaria y principalmente una cuestión de contenido patrimonial exclusivo, susceptible de equivalencia pecuniaria, o si el asunto por su propia esencia obedece fundamentalmente a cuestiones imponderables, anexas al orden público primario de la sociedad, y que sólo por vía de consecuencia están en capacidad de proyectarse al campo económico, por cuanto el estado civil comporta atributos patrimoniales.

"Los hechos constitutivos de la filiación dependen del cumplimiento de leyes que convienen a la naturaleza humana, la cual no varía por efecto de lo que en concreto sean las reglas positivas de la legislación. Esto demuestra que una vez realizados tales hechos constitutivos de la filiación, se colocan por encima del querer humano y se imponen a la voluntad del legislador, apenas llamado, como entre nosotros sucede, a regular sus efectos sobre la base de determinados presupuestos. Si están comprobados, la resolución judicial que califica los medios y los halla concluyentes, se limita en sustancia a declarar lo que ya existía. No lo declarará en el caso contrario.

"O sea, que la acción de estado civil es fundamentalmente declarativa, aunque de allí emanen consecuencias de orden vario, que son los efectos propios del mismo estado".

Esta doctrina se reprodujo textualmente el 30 de junio de 1955 (GACETA JUDICIAL número 2154, pág. 481).

Y en sentencia de 26 de abril de 1955 (GACETA JUDICIAL número 2153, página 72), referente al juicio de Matilde y Fernando Espinosa con-

tra Heliodoro Villegas, se reprodujo la doctrina sentada en un caso análogo fallado anteriormente sobre el carácter declarativo y no constitutivo, así:

"**Primero.**— En fallo de 20 de septiembre de 1945, citado por el recurrente, decidió la Corte un recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el siguiente caso: Cándido Forero falleció el 10 de mayo de 1931, dejando como heredera a su madre legítima. Alberto y Carmen Forero la demandaron para que se les declarara hijos naturales de Cándido, lo que obtuvieron en sentencia que, en su oportunidad, se declaró ejecutoriada. Basados en ella, Alberto y Carmen fueron declarados herederos de Cándido en el respectivo juicio de sucesión. Pompilio Forero, invocando el carácter de heredero, por subrogación, de Cándido Forero, en demanda ordinaria contra Alberto y Carmen, pidió las siguientes declaraciones: 1ª Que la herencia de Cándido se defirió a quienes correspondía la vocación legal el día de su muerte. 2ª Que esa vocación, según el artículo 1046 del Código Civil, vigente ese día, se extendía a los hijos naturales en cuanto para esa fecha los hubiera: 3ª Que Alberto y Carmen no tenían esa calidad para esa fecha y por tanto no tienen derecho alguno a los bienes relictos como hijos naturales. El Tribunal decidió que por no tener los demandados la calidad de hijos naturales de Cándido el día de su muerte, 'carecen de vocación hereditaria con relación a sus bienes'.

"Acusado el fallo del Tribunal de Tunja, expresó la Corte:

" 'El cargo que la Sala halla justificado y suficiente para esa invalidación es el de quebranto de los artículos 1º y 28 de la Ley 45 de 1936, en cuanto el 1º dice que es hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la misma ley. Y en cuanto el 28 establece la limitación de los efectos de esta ley en el sentido de no incluir en éstos a los hijos naturales, exclusivamente para su concurrencia con descendientes legítimos, refiriéndose en aquéllos a los concebidos antes de entrar ella a regir. No tratándose aquí de concurrencia con hijos legítimos, el artículo 28 se ha aplicado indebidamente; y, habiéndose de reputar hijos naturales desde su concepción a quienes obtienen la declaración judicial referida, se interpretó erróneamente el artículo 1º.

" 'La violación de estas disposiciones sustantivas hace que el recurso prospere: de ahí que no se citen otras quebrantadas también con aquella opinión, tan reñida con la unidad indivisible de un estado civil dado considerado en sí mismo, y tan reñida también con la calidad de las sentencias sobre éste, que son declarativas y forzosamente se limitan a reconocer, sin crear, los hechos constitutivos, éstos sí, de tal estado. Esa opinión, o sea, la de que Alberto y Carmen adquirieron la calidad de hijos naturales de Cándido por obra de la sentencia de 25 de octubre de 1930 y, por ende, sólo desde ese día, es grave yerro que implica el de que la paternidad se debe al fallo o, al menos, **el de que aquéllos, en el curso de su vida, por un tiempo fueron y por otro tiempo no fueron hijos de su padre, lo que es absurdo.**

" 'La sentencia, que es, repítese, declarativa, señala la fecha de la declaración: pero no la de la concepción. Cualquiera que sea el día de aquélla, su obligada posterioridad al de la concepción no puede alterar o quebrar la paternidad misma.

" 'Estos conceptos son ya un lugar común en la doctrina, al punto de ser innecesario exponer sus lógicos y obvios fundamentos. Además, y con esto bastaría, la ley da el carácter de declarativa a la sentencia. Así, por ejemplo, reduciendo la cita a las disposiciones de la 45 de 1936, se tiene que para enumerar su artículo 4º los casos a que se refiere, comienza con estas palabras: 'Hay lugar a **declarar** judicialmente la paternidad natural...'. Después de esa enumeración, agrega: 'En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la **declaración** de paternidad si el demandado demuestra...' Y el artículo 10º dice: 'A **falta de** representante legal, tiene derecho a demandar la **declaratoria** de filiación para un menor la persona o entidad que haya cuidado de su crianza'. (Subraya la Corte).

" 'En suma, Alberto y Carmen, declarados judicialmente hijos naturales de Cándido, lo son desde que fueron concebidos y, por tanto, lo eran al morir su padre y tuvieron, con esa calidad, la vocación que el Tribunal les ha negado. Como se dijo, Cándido murió intestado y célibe. El problema de la concurrencia con descendientes legítimos es ajeno al presente caso'. (G. J. Tomo LIX, pág. 929).

"**Segundo.**—Confirma la Corte la doctrina expuesta en el fallo cuya parte pertinente se deja transcrita. Al respecto, anota:

"Que el fallo que se profiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es declarativo del estado de hijo natural; así lo dice expresamente la citada disposición legal y así lo ha expuesto esta corporación en varias decisiones:

"Que en virtud de ese efecto declarativo del fallo, se reputa que el hijo ha tenido siempre la calidad de hijo natural; el estado civil de una persona es, en efecto, indivisible, como acertadamente lo expresa el fallo citado, y sería, por tanto, absurdo señalarle a la filiación natural un punto de partida diferente de la fecha de la concepción;

"Que el reconocimiento judicial de una filiación natural determinada implica el reconocimiento de los derechos sucesorales correspondientes a tal filiación;

"Que el hijo declarado judicialmente como natural después de muerto el padre, se le reconoce la calidad de heredero al tiempo de la declaración en fuerza del efecto retroactivo, no de la ley, sino del fallo que declara la filiación;

"Que de conformidad con la legislación anterior a 1936, que no permitía la investigación de la paternidad natural, no adquirió el padre, en frente al hijo, un derecho a la no comprobación judicial de tal paternidad: así, la Ley 45 puede ser invocada por hijos nacidos antes de su vigencia y los medios probatorios señalados en el artículo 4º son admisibles para acreditar hechos ocurridos antes de comenzar a regir dicha ley, según lo ha expuesto ya la Corte en fallos de 7 de abril de 1953 y 23 de septiembre de 1954;

"Que una ley, en cuanto modifique el régimen hereditario, no puede aplicarse a sucesiones abiertas con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia; así, se les daría efecto retroactivo a las disposiciones de la ley 45, que reforma los derechos herenciales del hijo natural, si se aplicaran a sucesiones abiertas con anterioridad al día 30 de mayo de 1936;

"Que de conformidad con el artículo 37 de la ley 153 de 1887, citado en el fallo recurrido, 'en la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación': pero que la doctrina consagrada en esta disposición legal sólo quedaría desconocida en el caso de que se tratara de aplicar la ley 45; en las disposiciones que modifican los derechos herenciales del hijo natural, a sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha ley;

"Que en el caso de que trata el juicio no se pretende hacer efectivo un derecho a la herencia que no existiera en el momento de la delación de la misma; los demandantes invocan la calidad de legitimarios que les reconoce la disposición del artículo 1240 del Código Civil, vigente en la fecha en que se defirió la herencia;

"Que, por otra parte, no se presenta en este juicio la cuestión de concurrencia con hijos legítimos prevista en el artículo 28 de la Ley 45;

"Que el hecho de que en un juicio de sucesión se le adjudiquen los bienes a un heredero no es suficiente para reconocerle un derecho adquirido respecto de otros herederos cuya calidad se demuestre posteriormente;

"Que cuando un hijo natural invoca después de la defunción del padre y contra los herederos de éste la disposición del artículo 4º de la ley 45, para obtener la declaración de filiación y como consecuencia la parte que le corresponda en la herencia, no vulnera ningún derecho perfecto de dichos herederos; se encuentra tal hijo en la misma situación del heredero que, en la oportunidad correspondiente, no recibió su parte en la herencia por hallarse en ese momento en imposibilidad de acreditar su vocación".

Estas doctrinas, que no son afirmaciones dogmáticas, sino conceptos o conclusiones de jurisprudencia razonada convincente, refutan la tesis de que la sentencia con que finaliza un juicio de filiación natural, es constitutiva de estado civil.

Pero el recurrente no deja en llevar esa tesis a los mayores extremos:

Pretende establecer un divorcio entre el hecho biológico de la generación del hijo extramatrimonial y el estado civil de hijo natural, dándole a lo segundo la calidad de acto solemne, cuando en realidad la distinción es entre el hecho generador de la vida y la prueba de la paternidad atribuída a un hombre determinado.

Tan cierto es eso, que para la filiación respecto de la madre, basta con que ella haya dado a luz al pretendido hijo. Como ese hecho es de fácil comprobación, al demostrarlo, ella es la madre natural, y el sér nacido, es su hijo natural, sin solemnidades.

Como respecto del pretenso padre el hecho de haber engendrado a ese sér es de difícil comprobación y en ese empeño se pueden cometer graves desaciertos y aun fechorías, la ley toma la precaución de limitar la clase de pruebas admisibles para tal efecto, siendo ostensible que sus

exigencias son **ad-probationem** y no **ad solemnitatem**.

¿Y al fin y al cabo cuál es la solemnidad constitutiva?: ¿la sentencia que reconoce la filiación, o el medio probatorio?; porque unas veces se habla de la prueba y otras del fallo.

Acuden los recurrentes hasta las lucubraciones de orden filosófico en defensa de sus puntos de vista, y dicen:

"Dicho está que 'la autoridad doctrinaria no tiene por sí misma otra autoridad que la de la razón'; y ésta enseña, a la luz de la Filosofía, que todos los seres se componen de **materia prima** y **forma sustancial, causa material** o determinable y **causa formal** o determinante; por lo que es absurdo que en algún caso puede identificársele con sólo uno de dichos componentes. Y tampoco la segunda, porque contra la equivocada inteligencia que se da a los preceptos citados en el fallo, para **deducir** de allí la consecuencia, la verdad **legal** expresamente declarada, es justamente la contraria. Demuestro estas dos tesis.

"La generación y posterior nacimiento de la persona, como hecho biológico de la naturaleza, son fenómenos de carácter universal, en virtud de los cuales se produce entre generantes y generados la relación consiguiente de la causa con su efecto, para todos los lugares. En Asia como en América, en Colombia como en la Patagonia, y para todos los tiempos, ayer, hoy y mañana, gobernados en su objetividad y consecuencias por la ley natural, a cuyo imperio ninguna legislación, tan soberana como quiera suponérsele, puede en momento alguno sustraerse. Pero esos hechos de paternidad y filiación en que se traducen la generación y el nacimiento, no determinan por sí solos ningún estado civil; en razón de ellos, se es hijo, claro está, pero no se es hijo legítimo, ni ilegítimo, ni natural, etc. Como denominador común de cualquier estado civil de filiación, representan en el concepto filosófico la simple condición de una causa formal o determinable, susceptible de transformarse a través del tratamiento de la ley positiva de cada país y en cada época, que es la causa formal o determinante, en una especie determinada. A la manera que el mármol, causa material o determinable de la estatua plasmada por el artista, sólo adquiere esa calidad o condición de estatua, cuando recibe de él las formas sustanciales que sirven para diferenciarla de la simple materia, o de cualquier otro artefacto en que el mármol hubiera podido convertirse".

"... ... ..."

De manera que la generación y nacimiento de un hijo y, consecuencialmente éste mismo, no son en principio sino materia prima asimilable a un bloque de mármol amorfo y en bruto, susceptible de transformarse en una estatua?

¿Materia prima un ser humano que desde el instante de su nacimiento siente, llora, come, duerme, se mueve y respira y desde ese momento es una persona (artículo 90 del Código Civil) que tiene derechos y a quien la ley protege? ¿Que es hijo, pero no legítimo, ni ilegítimo, ni natural? ¿Se habrá descubierto así una cuarta clase de hijos, los innominados o los de generación espontánea? No. Es hijo legítimo si se **prueba** que los padres son casados y lo procrearon en el matrimonio y, a falta de éste, será natural de A y de B si se **prueba** que es hijo de ellos (padre y madre).

El apoderado del opositor, que también entiende de filosofía, replica con acierto la intervención del recurrente en ese terreno, así:

"Pero resulta que en la filosofía escolástica contemporánea eso de la materia prima y de la forma sustancial no tiene aplicación sino en la Cosmología y en Sicología porque la teoría se refiere única y exclusivamente a los seres materiales, y nunca puede referirse ni aplicarse a los entes jurídicos como el estado civil de hijo natural. 'Según el sistema escolástico, los cuerpos tanto orgánicos como inorgánicos, constan de dos principios esenciales, materia prima y forma sustancial, de los cuales aquélla es el principio potencial o determinable y ésta el acto o principio determinante, por eso dicho sistema se llama hilomorfismo' (de hyle, materia, morfé, forma). (Marxuach. Compendio de Filosofía Escolástico-Contemporáneas. Barcelona, 1924, Tomo II, número 14, pág. 10)".

Se duele el recurrente de que en la sentencia de 1963 se hubiera invocado en apoyo de la doctrina allí sentada la opinión de expositores franceses y la propia ley sobre filiación natural dictada en Francia, haciendo la censura de que en las reformas a nuestro Código Civil no hemos hecho otra cosa que copiar, y mal copiadas, leyes extranjeras.

¿Pero qué ocurre con el propio Código?, que es una copia y en algunos pasajes mala, del Código de Chile, y éste, a su vez, copia, y en parte discordante, del Código francés.

No debe olvidarse, además, que el Código permitía, conforme a los artículos 319 y siguientes, hasta cuando la ley 153 de 1887 los derogó, investigar la filiación natural, paterna y materna.

Otro aspecto, que es uno de los principales, y que sirve de objeto de ataque por el recurrente, es el de la aplicación que de la ley se hace a los hijos anteriores a la expedición de ese estatuto, sin que éste lo estableciera y así, dándole a la ley en tal forma un efecto retroactivo inadmisible.

En primer lugar, la ley sí estableció, aunque no de modo expreso, pero sí implícito, su aplicación a tales hijos, al no hacer más salvedad respecto de ellos que la de carencia de derecho herencial cuando a la sucesión del causante concurrieran hijos legítimos de matrimonio anterior a la ley (artículo 28); es decir que si tales legítimos eran fruto de matrimonio posterior, o eran otra clase de parientes quienes concurrían si tenían derecho los naturales. Esta fue la fórmula de transacción que se encontró y adoptó en la Corte Suprema de Justicia encargada por el Congreso de buscar una norma que conciliara los puntos de vista de la Cámara de Representantes, partidaria de proyecto primitivo que colocaba a los hijos extramatrimoniales anteriores en el mismo plano de los posteriores, sin salvedad alguna, y el punto de vista del Senado que les cerraba la puerta a todos los anteriores, también sin salvedad alguna.

Esto puede verificarse en los antecedentes de la ley que constituyen valioso elemento para su interpretación conforme al inciso segundo del artículo 27 del Código Civil, que permite "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Y aunque nada de lo expuesto valiera, lo cierto es que a la ley 45 no se le ha hecho producir un efecto retroactivo porque en los casos en que se ha reconocido acción a los hijos extramatrimoniales anteriores a la ley, no se ha violado ningún derecho adquirido, circunstancia que caracteriza el efecto **retroactivo**. Lo que se ha producido es un efecto **retrospectivo**, fenómeno diferente.

Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya producidas: o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de éstas, no se viole algún derecho adquirido.

El notable jurisconsulto doctor Manuel José Angarita, al comentar las disposiciones de 1887 sobre efectos de la ley en el tiempo, dice:

"'En cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación', dice la parte final del presente artículo: pero como el efecto retroactivo de una disposición consiste precisamente en vulnerar derechos adquiridos, si una ley que se refiere a lo pasado no vulnera ningún derecho adquirido, por disponerlo así la misma ley, es claro que no tiene efecto retroactivo, y que es únicamente **retrospectiva**...".

Ahora bien, lo que desde hace cerca de setenta años el ilustre ex-magistrado de la Corte Suprema doctor Angarita llamó "efecto retrospectivo", y que retrata una figura jurídica diferente de la consistente en el "efecto **retroactivo**", está mejor caracterizado, definido o individualizado por el Profesor Paul Roubier, de la Facultad de Derecho de Lyon, en su famosa obra "Les conflits de lois dans le temps", de la cual la 'Revue Trimestrel de Droit Civil", de julio a septiembre de 1933 hace un admirable extracto en 50 páginas.

Trata allí esa cuestión el Prof. Roubier por múltiples aspectos: diferencias entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de una ley; aplicación de la ley a hechos cumplidos antes (**facta praetérita**), a hechos en curso o pendientes (**facta pendentia**) y a hecho por venir (**facta futura**), etc., y después de un desarrollo amplísimo de sus tesis y aplicación de ellas a las diversas situaciones jurídicas contractuales, extracontractuales, etc., sienta y desenvuelve en forma magistral una tesis nueva: la diferencia entre efecto retroactivo de una ley (que no lo admite) y efecto retroactivo de ciertas **situaciones** jurídicas retroactivas materia de la nueva ley.

Dice el autor: "Existen **situaciones** jurídicas retroactivas, es decir, cuya constitución en cierta fecha entraña efectos en el pasado".

Como ejemplo típico aduce el caso de una ley sobre filiación natural que estableciera la investigación de la paternidad o ciertos medios de reconocimiento (no existentes) o que suprimiera la investigación o medios de reconocimiento existentes. Esa nueva ley se aplicaría en pro o en contra de los hijos **nacidos antes**, sin que se pueda decir que la ley tiene en tal caso efecto retroactivo. Lo que tiene efecto retroactivo es **la situación** jurídica materia de la ley.

Como hay autores que no hacen esa distinción considerando que en el caso contemplado la ley tendría efecto retroactivo aplicándola a los hijos

habidos antes, refiriéndose a esa opinión, dice:

"Existe, a base de la opinión opuesta, una confusión entre la retroactividad de la ley y la retroactividad de la situación jurídica. Sin duda, la situación jurídica de que se trata es retroactiva, pero ésta no es razón para que la ley relativa a una situación jurídica de esta clase lo sea también".

Baudry Lacantinerie dice:

"Toda ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso de la legislación anterior. Para sus autores, reglamenta ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número posible de casos y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Sin duda esta aplicación lesionará ciertas esperanzas. Pero el progreso se compra a este precio, y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. **Contra el derecho adquirido, al contrario, la ley nueva no puede nada: su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero, consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido.** Al afectar este derecho, la ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría toda seguridad de las transacciones y la ley llegaría a ser obligatoria aún antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. La ley no debe pues, tener efecto retroactivo, y tal es la regla que establece el artículo 2º en los siguientes términos: 'La ley sólo dispone para el porvenir; no tiene efecto retroactivo'. Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rigen y no se puede decir que vuelve sobre el pasado. **Sólo es retroactiva cuando ataca los derechos adquiridos, destruyendo los que se habían adquirido anteriormente, lo que implica una pérdida para sus titulares".**

Con este criterio se interpretó y aplicó, por ejemplo, la ley 10 de 1934, permitiendo tener en cuenta, para el cómputo de la cesantía, todo el tiempo de servicios anteriores a la ley prestados por el empleado (efecto retrospectivo)

Así lo decidió la Corte en acuerdo de Sala Plena de 12 de noviembre de 1937 (GACETA JUDICIAL número 1929, páginas 698 y siguientes), decisión respaldada en razonamientos concluyentes, que no se transcriben aquí para no darle al presente fallo una extensión desmedida.

Ahora bien, la aplicación de la ley 45 de 1936 a los hijos extramatrimoniales nacidos antes para permitirles acreditar su filiación con los medios nuevos de prueba y con base en alguno de los hechos relacionados en el artículo 4º de la misma, ocurridos en cualquier tiempo, no viola ningún derecho adquirido.

En vano el recurrente se ha esforzado en descubrir ese derecho y en cabeza de quién radica. No lo ha logrado, porque el pretenso padre no puede alegar que tiene el derecho adquirido a que no se pruebe el hecho de ser el progenitor del demandante, como no tendría derecho el deudor que hubiera recibido $ 3.000 en préstamo sin dejar un principio de prueba por escrito, a que no se probara la deuda con declaraciones de testigos si una ley nueva elevara a $ 5.000 la cuantía que hoy está fijada en $ 500 para no exigir con la prueba testimonial la complementaria del principio de prueba por escrito. La invocación del derecho de la familia a que no se le perturbe o intranquilice con investigaciones de paternidad extramatrimonial contra el jefe de ella, no configura un derecho civil adquirido. De lo contrario habría que prescindir también de investigaciones de esa clase con respecto a hijos nacidos después de la ley, con relación a un pretenso padre casado antes o después de ella. En todo caso la perturbación o intranquilidad de la familia las produce la conducta de su jefe, no la ley; y esa situación no se remedia haciendo única víctima expiatoria al hijo inocente, para que su papá viva tranquilo.

No se olvide que la ley 83 de 1946 "orgánica de la defensa del niño", en su artículo 85 establece que todo niño tiene derecho a saber quién es su padre.

Cargo 3º

Se endereza a impugnar el fallo recurrido como violatorio de los artículos 4º, numerales 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación; y de los artículos 7º de la misma ley 45 y 398 y 399 del Código Civil por falta de aplicación.

Tales desaciertos, según el recurrente proceden de estos errores: el de haberse atendido la demanda con base en la posesión notoria del estado civil, habiéndose omitido en aquélla la circuns-

tancia de la **continuidad** del término legal de diez años; el no haberse fijado la fecha en que la demandante se casó por primera vez, ya que en la demanda se relaciona el **"trato"** de Salomón Farrut a Carmen Helena, como hija, desde cuando nació hasta cuando se casó: haberse apreciado desacertada o indebidamente la prueba testimonial sobre posesión del estado civil; y haberle dado a una carta de Farrut dirigida a la demandante, mérito de prueba complementaria de la posesión notoria.

Los siguientes pasajes de la réplica del opositor, que tienen la ventaja de resumir fielmente los razonamientos del recurrente para refutarlos en seguida, dan luz suficiente para esclarecer las cuestiones planteadas y formarse juicio acertado sobre ellas. Refiriéndose al tercer **cargo de que** se trata, dice:

"Se divide en cuatro ordinales que se contestan en seguida en el mismo orden.

"A) Hubo error de hecho en la estimación de la demanda, al reconocer el Tribunal que el demandado Farrut le había dado a la demandante Carmen Helena Farrut el **trato** de hija por más de diez años **continuos,** porque la **continuidad** del "trato" es uno de los **hechos** fundamentales que el libelo debe expresar, y ese hecho no fue ni siquiera enunciado en el libelo.

"Contesto en primer lugar que la continuidad no es un hecho que el libelo debiera expresar **separadamente** de los otros hechos fundamentales de la acción, con claridad y precisión; la continuidad es un accidente, una cualidad de los hechos constitutivos de la posesión notoria, a saber, el trato y la fama; éstos deberán haber durado diez años **continuos** a lo menos.

"En segundo lugar, en el libelo se dijo esta cualidad muy inteligentemente, de una manera clara y concreta, que todo buen entendedor puede entender, en el hecho 4º de la demanda, donde se expresó: 'Salomón Farrut trató a Carmen Helena Farrut como hija natural de él, proveyó a su subsistencia **desde que nació hasta que se casó;** la tuvo viviendo a su lado y al lado de su familia; la puso en varios colegios del Espinal y de Ibagué, le dio su apellido y el **título de hija,** la presentaba así a sus deudos y amigos y en el vecindario de los diversos domicilios que tuvo siempre fue considerada ella, a virtud de aquel tratamiento, como hija del señor Salomón Farrut'.

"Si el trato y la fama los tuvo Carmen Helena 'desde que nació hasta que se casó', la posesión notoria de su estado civil de hija natural de Salomón Farrut, fue continua: desde... hasta; y si nació el 27 de marzo de 1907, conforme a la partida de bautismo que se acompañó al libelo, y se casó el 20 de abril de 1930, conforme a la partida del f. 71 v. del C. 2, el trato y la fama afirmados en la demanda no sólo tenían la calidad de continuos sino la duración de más de veinte años".

"... ... ...

el Tribunal al pie del f. 51 del C. 3, reconoce probada esa posesión por los once años corridos entre 1917 inclusive y 1927, inclusive, y deja las declaraciones que se refieren a los años de 1928 y 1929 para afianzar más aún tal posesión.

"Carmen Helena cumplió diez años el 27 de marzo de 1917 y en esa fecha era inhábil para contraer matrimonio civil, que nunca ha contraído; el 27 de marzo de 1919 cumplió doce años y por razón de edad, exclusiva y únicamente, fue desde entonces hábil para contraer matrimonio civil (artículo 140 C. C.); cumplió catorce años el 27 de marzo de 1921, y desde esa fecha y por razón de la edad únicamente fue hábil para contraer matrimonio religioso (1067, C. J. C.).

"Pero está plenamente comprobado con quince declaraciones las que el Tribunal reunió para formar el segundo grupo de su clasificación, a las cuales después agregó la de María Teresa del Busto (C. 2, f. 66), que hasta el fin de 1927 no había contraído matrimonio.

"Y es muy sencillo explicarlo: ella estuvo en los años de 1917 y 1918 en El Espinal, en el Colegio de Santa Inés, de las Hermanas Terciarias Dominicanas, interna, y entró para cumplir diez años; después estuvo en Ibagué desde 1919 hasta 1927 inclusive, interna primero en la Escuela de Artes y Oficios de las Hermanas de la Presentación, los años de 1919, 1920, 1921; después un año (1922) en la casa de su acudiente Conchita Ruiz por enfermedad, después un año en el Colegio del Carmen interna; después cuatro años (1924 a 1927 inclusive) en el Liceo Infantil o Comercial de la señora Bertilda del Busto.

"Ninguno de los quince testigos que en ese lapso de once años presenciaron el trato que don Salomón le daba a Carmen Helena y la fama de que ésta gozaba como hija natural de aquél, da el más mínimo detalle que pudiera hacer presumir al criterio más malicioso que Carmen Helena se había casado en alguno de los años 1927 o anteriores; y era que no solamente no tenía la edad sino que le faltaba la educación y la instrucción que su padre le estaba dando en colegios donde se hallaba interna, bajo el cuidado de Conchita Ruiz, quien vivía en la casa de don Antonio Martínez, casado con doña Hortensia Ruiz, a cuya casa ella salía: residía y tomaba sus alimentos en épocas de vacaciones o cuando no estuviera interna.

"Por eso la señorita María Teresa del Busto nos refiere al f. 66 v. del C. 2º que al terminar el año lectivo de 1927 don Salomón retiró personalmente a su hija Carmen Helena del Liceo Infantil manifestando que era su propósito llevarla a Europa y que más tarde, por casualidad, al viajar la declarante de Ibagué a Bogotá, se encontró en el tren a don Salomón con Carmen Helena y aquél le contó que venía con el fin de pasar una temporada en Facatativá con su hija.

"Y el doctor Alfonso Reyes y su señora Isabel Bonilla de Reyes declaran que con ellos vivió Carmen Helena en Facatativá los seis o siete primeros meses del año de 1928, el siguiente a los once años en que según el Tribunal la demandante probó la posesión notoria de su estado civil de hija natural de Salomón Farrut, que don Salomón atendía a Carmen Helena con cariño paternal, proveyendo a los gastos de su sostenimiento, vestuario y demás necesidades y pagando el valor del alojamiento y la alimentación y el arreglo de su boca (C. 2, f. 30, 45 v.).

"Luego hasta fines de julio de 1928, Carmen Helena Farrut no se había casado. Pero, el señor Magistrado Ponente se preguntará, si será posible que el recurrente no haya leído las declaraciones; y yo le contesto que es posible porque de otra manera no habría hecho el cargo que replico.

"La referencia del señor Cura Párroco de Chapinero, el 20 de abril de 1930, a un matrimonio anterior de la contrayente Carmen Helena Farrut con Manuel Antonio Guerrero y a la defunción de éste el 18 de octubre de 1920, no prueba nada sobre estos dos hechos (artículos 393 a 395 C. C., artículo 22 de la Ley 57 de 1887). Y en autos no están las partidas que acrediten ese matrimonio y esa defunción.

"El demandante dijo que el demandado había tratado a Carmen Helena como su hija natural 'desde que nació hasta que se casó'; y se refirió al matrimonio de ella con Hernando Guerrero Sánchez el 20 de abril de 1930.

"El Tribunal decidió que Carmen Helena no había acreditado la posesión de su estado civil de hija natural del demandado sino por los once años corridos del 1º de enero de 1917 al 31 de diciembre de 1927.

"Luego si el trato fue por un lapso menor del afirmado en la demanda, fue también por un tiempo más que suficiente para que la posesión notoria de ese estado sea prueba plena del mismo. Cualquier razón sacada de hechos posteriores al 31 de diciembre de 1927 no desvirtúa la fuerza de la prueba de posesión notoria en los diez años anteriores a esa fecha, cuando la actora

era soltera, estado en el que adquirió la prueba de su calidad de hija natural.

"Con posterioridad, como se ha visto, don Salomón siguió tratando a Carmen Helena como su hija y la tuvo en casa de los esposos Reyes Bonilla por espacio de seis o siete meses. A mediados de julio, más o menos del año de 1928, Carmen Helena se casó con Guerrero, quien se mató involuntariamente de un disparo, a los tres meses más o menos después de casado, o sea el 18 de octubre de 1928. Como duró casada tan brevísimo tiempo, su padre siguió viendo por ella, como resulta de las declaraciones de Lavinia Giacomino de Mantovani-Orsetti, Raquel Angel Moreno, Alicia Astudillo de Soferani y Eduardo Sánchez Matiz, que con las del doctor Reyes y su señora Bonilla de Reyes forman el tercer grupo de declaraciones clasificado por el Tribunal, del cual dijo, después de haber deducido la prueba de la posesión notoria por espacio de once años (1917-1927), que quedaban para afianzar más el estado de hija natural de la demandante en relación con el demandado". Queda satisfecha la curiosidad que le causó al recurrente la partida del f. 71 v. del C. 2, y explicado por qué dijo el demandante que don Salomón había tratado a Carmen Helena como su hija natural 'desde que nació hasta que se casó' con Hernando Sánchez.

"Luego la sentencia no acogió como término del trato una fecha desconocida en autos, la fecha no probada del primer matrimonio de Carmen Helena con Guerrero, sino el 31 de diciembre de 1927, año a cuya terminación don Salomón sacó personalmente a su hija del Liceo Comercial e Infantil, diciendo que tenía la intención de llevarla a Europa. No se la llevó sino a Facatativá, allí la sostuvo seis o siete meses, se casó ella y a los tres meses más o menos enviudó por lo cual siguió viendo su padre por ella hasta que se casó en segundas nupcias con Sánchez.

"Es evidente, dadas las conclusiones que el Tribunal saca al pie del f. 51 del C. 3, que aunque hubiera incurrido en el error de hecho que le imputa el recurrente al Tribunal, que no incurrió en él, como se ha visto: ese error ninguna influencia hubiera tenido en la estimación de que está probada la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante, por más de once años (1917 a 1928, julio), ni en la declaración consecuencial de la paternidad natural, porque esa estimación y esta declaración están basadas en quince declaraciones a lo menos que nada tienen que ver con la fecha del primer matrimonio de la actora con Guerrero, el cual fue posterior a los hechos declarados por esos quince testigos.

"C) El Tribunal incurrió en el error de hecho —dice el recurrente—, en la apreciación de las declaraciones de las Superioras y condiscípulas de Carmen Helena al extender el trato a un tiempo mayor que el señalado por los declarantes, como lo hizo al identificar el año lectivo de menos de 10 meses con el año del calendario de 12 meses, mucho más cuando tropezaba con el elocuente silencio de los testigos respecto del primer matrimonio de Carmen Helena, comprobado en autos. La continuidad es la sucesión no interrumpida del acto de que se predica, y entonces de las declaraciones no resulta probada la continuidad del trato.

"Ninguna de las Superioras y condiscípulas de la actora señalaron, como lo dice el recurrente, los años de 1917 y 1918, en que Carmen Helena estuvo en el colegio de Santa Inés, en El Espinal, como años de menos de diez meses. El elocuente silencio de los declarantes de este grupo intermedio de declaraciones, entre los grupos primero y segundo que formó el Tribunal, y el grupo segundo que se refirió a los años de 1919 a 1927, se explica como ya lo dijo porque Carmen Helena NO se había casado en primeras nupcias y su primer matrimonio no se celebró sino a mediados de julio, más o menos, de 1928. Este primer matrimonio no está probado en autos, donde no existe la partida de matrimonio con Guerrero, ni está probada la muerte de Guerrero y consiguiente viudez de Carmen Helena, con la copia de la partida de defunción del mismo señor (artículos 347, 357, 364 C. C., 22 L. 57 de 1887, L. 92 de 1938). Las referencias que el Párroco de Chaparro hizo a ese matrimonio y a esa defunción, no son pruebas de esos hechos. Y hay que tener en cuenta que no sólo declararon sobre el trato de don Salomón para Carmen Helena sus cuatro condiscípulas del Espinal, y algunas de sus condiscípulas de Ibagué, sino muchos otros que forman el segundo grupo de declarantes de la clasificación del Tribunal, que forman un grupo de catorce personas, a las cuales hay que agregar las declaraciones de María Teresa del Busto y Eufrosina Vega de Rodríguez (C. 2, fs. 66 y 68). El recurrente no señala concretamente cuáles son las declaraciones en cuya estimación, según dice, el Tribunal incurrió en error de hecho, y deja sin acusar la estimación hecha por el Tribunal de to-

ras las demás declaraciones de personas que no fueron condiscípulas de Carmen Helena.

"D) Error de hecho en la apreciación de la carta del 2 de agosto de 1932, como prueba complementaria de la posesión notoria del estado de hija, por haber deducido de la palabra 'hija' motivo suficiente para dar por probado el trato, y por haber visto que la carta es de fecha posterior al matrimonio de la actora con Sánchez, suceso puesto por la demanda como término del trato de donde se deriva la posesión notoria. Y error de derecho porque siendo privada la carta, no puede acreditar el hecho de la posesión notoria, que es público.

"Los errores que el recurrente llama de hecho, no son tales conforme a la noción que del error de hecho dio la Sala en el fallo antes transcrito en lo pertinente, del 23 de marzo de 1954. Lo que el recurrente llama errores de hecho, si existieran, serían errores de apreciación del mérito probatorio de la carta, y en esa materia el Tribunal era soberano y la Corte no puede corregirle su apreciación aunque estuviera en desacuerdo con él".

Las razones que preceden son concluyentes y la Corte las acoge. Con ellas se patentiza que no existen los pretendidos errores de hecho y menos con la calidad de manifiestos o evidentes, ni errores de derecho; de manera que la Corte se halla en presencia de hechos, circunstancias y pruebas en cuya apreciación sigue operando la soberanía del Tribunal.

Este concepto se encuentra respaldado por una profusa jurisprudencia sostenida por cuantos Magistrados hacen y han hecho parte de la Corte actual y de las anteriores.

Como ejemplos bastan para el presente caso, las doctrinas que traen recientes fallos, como el de 16 de noviembre de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2149, pág. 71) donde, a propósito de un juicio sobre filiación se dijo:

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial —ha dicho la Sala en repetidos fallos— consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien en que lo haya tenido como no probado por haber ignorado o por no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe ni obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (Casación 23 de marzo de 1954, GACETA JUDICIAL LXXVII, pág. 119)".

En sentencia de 25 de noviembre de 1955 (G. J. número 2160, pág. 842), se reprodujo y completó la doctrina sentada en un pleito anterior, así:

"Que si es cierto que el tratamiento y la fama de que trata el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 deben asentarse en actos del supuesto padre que aparecen señalados en la citada disposición legal, es cierto también que tratándose de la comprobación de la posesión notoria del estado de hijo natural, no es posible exigir la concurrencia de todos esos actos: subsistencia, educación y establecimiento en el término mínimo de los diez años continuos fijados en el artículo 398 del Código Civil; a este respecto, basta anotar que exigir, por ejemplo, en relación con la educación, una duración mínima de diez años equivaldría a exigir, para la posesión notoria, un término muy superior al fijado en el mencionado artículo 398 del Código Civil".

En el caso actual, el recurrente se empeña en que del período de la educación escolar debe deducirse el tiempo de las vacaciones, lo cual implica discontinuidad en el término de diez años de la posesión del estado civil.

Con este criterio sobre el concepto de educación, y esta manera de computar los términos, resulta no solamente que la discontinuidad es manifiesta, sino que para efectos de la posesión del estado civil la educación tendría que ser por diez y ocho o veinte años, por el descuento de 3, lo menos, de toda clase de vacaciones, más 5, 6 o 7 de la primera edad del pretenso hijo, por no ser posible llevarlo a la escuela desde el día de nacimiento.

Por una parte, el Código no habla exclusivamente de educación escolar, sino de **proveer** a la educación (así, en general) que puede darse en cualquier parte, aun en la casa; y, por otra parte, en la misma forma habría que entender los demás elementos de la posesión: presentación del

prtenso hijo, como tal, todos los dias, ante familiares y extraños; suministro de vestido, calzado, etc., también diariamente.

Salta a la vista que esto no es ni puede ser así, y que reparos tan frágiles patentizan la sinrazón del recurrente.

Por último, y volviendo a la tesis ya expuesta, sobre errores de hecho y de derecho y soberanía del Tribunal, que corrobora las doctrinas aquí expuestas, consúltese el último fallo que con ponencia del Magistrado doctor José J. Gómez pronunció el día 30 de mayo del corriente año, la Sala B de Casación Civil, siendo dignos de señalar los pasajes 12, 13, 14 y 15 de la sentencia, páginas 14 a 20 de la misma.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

AL DECRETARSE LA NULIDAD DE UNA CANCELACION DE HIPOTECA, DEBE REVIVIR EL DERECHO REAL HIPOTECARIO. — LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL NO PUEDE BURLAR LOS DERECHOS QUE LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD TENGAN SOBRE LOS BIENES SOCIALES.—NO OBSTA PARA HACER LA DECLARACION PREDICHA LA EXISTENCIA DE TERCEROS CON DERECHOS EN LOS BIENES, PORQUE ESOS TERCEROS ADQUIRENTES TIENEN ACCIONES PARA SER INDEMNIZADOS

El actor en este juicio pidió que se declarara la nulidad del acto que contiene la escritura de cancelación de la hipoteca, y como consecuencia que se declare que está vigente la deuda y el gravamen hipotecario constituídos por el demandado en favor del demandante, y se ordene anular las cancelaciones que se hicieron en la Notaría y en la Oficina de Registro, de la escritura por la cual se constituyó la hipoteca, y que se declare sin valor la cancelación de las letras de cambio y se ordene al demandado devolver el dinero que de manos del actor confesó haber recibido. Todas estas peticiones tienen un ordenamiento lógico, pues equivalen a pedir que se ordene al demandado restituir el precio que recibió como valor del inmueble cuyo dominio no transfirió al demandante.

Es claro que el demandado no puede beneficiarse de las maniobras dolosas que cumplió para defraudar a su acreedor, y a esto equivaldría condenarlo, como lo hizo el Tribunal, a restituir una cantidad de dinero, sin revivir la garantía hipotecaria, tanto más cuanto que esa condenación sería apenas teórica, ya que del expediente aparece la insolvencia del deudor, ocurrida por la adjudicación que se hizo a la esposa del mismo, en la liquidación de la sociedad conyugal y por la venta que hizo a su hija de la parte que a él le correspondió en dicha liquidación. La casa que fue materia de la liquidación es el único bien que posee la sociedad conyugal, según se afirma. Desaparecido tal bien de manos del demandado, éste se encuentra en insolvencia y por lo mismo en incapacidad de restituir al actor la cantidad a que el Tribunal lo condenó.

Y no se diga que la hipoteca no puede reconocerse porque esto afectaría intereses de terceros que son hoy dueños de la finca afectada con el gravamen, porque en primer lugar, respecto a la adquirente, ésta no puede considerarse como tercero, toda vez que la adjudicación que se le hizo de la mitad del inmueble, provino de la liquidación de la sociedad conyugal; y no debe perderse de vista que tal liquidación no puede afectar los derechos de los acreedores de la sociedad.

En efecto, el bien hipotecado pertenecía a la sociedad conyugal, que fue liquidada, siendo evidente que en la liquidación no podía desconocerse esa deuda, por no haber obtenido operancia la dación en pago. Esto es claro: si la deuda no existía al tiempo de la liquidación, es porque el dominio de la finca habría pasado al acreedor y entonces ésta no pertenecía ya a la sociedad; en cambio si la finca se consideraba como de propiedad de dicha sociedad, entonces no se había verificado el pago y la obligación de deber pesaba sobre los bienes sociales, que no podían distribuirse entre los cónyuges burlando el derecho del acreedor hipotecario.

Además, como la nulidad pronunciada en sentencia firme da a las partes derecho a ser restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nuló y así mismo la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros, es obvio que al declarar nulo el contrato de dación en pago por los motivos expuestos, debe revivir el derecho real hipotecario sobre la finca de que se trata. No valdría alegar que quienes adquirieron la propiedad del inmueble sean terceros que

resultan perjudicados, pues tales personas tendrían las acciones correspondientes, para ser indemnizados.

Dice bien el recurrente: "Al presentarse así un derecho real legítimamente restaurado, por ministerio de la acción de la justicia, estaba llamada esa restauración a producir, en consecuencia, sus efectos jurídicamente propios: o sea, desde luego, la facultad de perseguir el bien hipotecado, aún contra terceros poseedores, lo cual constituye peculiar característica de la existencia del referido derecho real hipotecario. Consecuencia que fluye, por lo demás, de manera obvia y natural, del hecho práctico de tratarse de un derecho real y, precisamente, del derecho real hipotecario en especial".

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

(Magistrado ponente: doctor Julio Pardo Dávila)

Uladislao Montoya Hurtado se constituyó deudor de Agustín Montoya, por la cantidad de veintidós mil pesos, a título de mutuo con interés, que debía pagarle al acreedor el día 8 de julio de 1952. Para garantizar el cumplimiento de su obligación, el deudor hipotecó "una casa de habitación con su correspondiente solar, constante de quince varas de frente, por sesenta varas de centro" ubicada en la ciudad de Pereira, en la carrera octava entre calles 8ª y 9ª y que tiene estos límites: norte, con la carrera octava; oriente, con propiedad de Jesús Agudelo y otro; sur, con propiedad de Jorge Gutiérrez y occidente, con propiedad de Bernardo Tirado R." El contrato celebrado entre Montoya Hurtado y Montoya Montoya se hizo constar en la escritura pública número 1749 de fecha ocho de julio de mil novecientos cincuenta, otorgada ante el notario primero del circuito de Pereira, que fue debidamente registrada en la oficina correspondiente.

Dice Agustín Montoya Montoya que además de la cantidad de veintidós mil pesos a que se refiere la escritura citada, Uladislao Montoya le debía mil cuatrocientos pesos, según se hizo constar en dos letras de cambio giradas por el primero y aceptadas por el segundo; que el deudor Montoya Hurtado no le pagó los intereses de los créditos mencionados y ante los requerimientos amigables que le hizo el acreedor, el deudor Montoya Hurtado le propuso "le comprara la casa hipotecada con el fin de cancelarle la deuda; entraron en negocio y después de algunas propuestas que recíprocamente se hicieron, convinieron de común acuerdo en que Uladislao le transfería a Agustín la propiedad de la casa hipotecada y éste, en pago de precio, le cancelaría los créditos con sus respectivos intereses y le daría en efectivo la suma de tres mil pesos ($ 3.000:00) moneda legal, es decir, que Agustín Montoya pagaba como precio del inmueble la suma de treinta mil trescientos sesenta pesos moneda legal, así: veinticinco mil novecientos sesenta pesos, que era el valor del crédito hipotecario, con sus intereses al uno por ciento mensual, mil cuatrocientos pesos que valían las letras de cambio, sin incluir los intereses devengados, y tres mil pesos en dinero efectivo".

Para formalizar el arreglo que se deja enunciado, el acreedor Agustín Montoya firmó la escritura número 2848 de fecha 18 de diciembre de 1951, otorgado ante el notario 1º de Pereira, y en esa escritura dijo: "Que por haber recibido el capital y los intereses correspondientes cancela en su totalidad la deuda y la hipoteca constituídas por medio de la escritura número mil setecientos cuarenta y nueve -1749- de fecha ocho de julio de mil novecientos cincuenta, otorgada en esta notaría, escritura por la cual el señor Uladislao Montoya Hurtado se constituyó deudor del exponente por la cantidad de veintidós mil pesos moneda legal ($ 22.000.00), habiéndole garantizado el pago con hipoteca sobre una casa de habitación con su correspondiente solar, ubicada en el área de esta ciudad, por la situación y linderos que constan en la referida escritura número 1749, anotada atrás". (Fl 8 v. cuad. Nº 3).

El gravamen hipotecario que pesaba sobre la finca se canceló por escritura número 2848 ya citada, "hecha la cancelación el 9 de enero de 1952 y puesta al folio 32 del libro de cancelaciones de hipotecas", según lo certifica el registrador de instrumentos públicos y privados de Pereira, el 17 de marzo de 1952. (Folio 28 v. Cuad. Nº 3).

Inmediatamente después de otorgada la escritura de cancelación, o sea la número 2848 citada, se otorgó la escritura número 2849, que tiene la misma fecha de la cancelación, o sea el 18 de diciembre de 1951, y pasada ante el mismo notario primero de Pereira. Esta escritura número 2849 contiene el contrato celebrado entre Uladislao Montoya y Agustín Montoya, por el cual el primero transfiere a título de venta al segundo el derecho de dominio que tiene en una casa

de habitación con su correspondiente solar, ubicada en la ciudad de Pereira, y que es la misma casa que Uladislao Montoya hipotecara en favor de Agustín Montoya; el vendedor dice "que no tiene vendido ni enajenado por ningún otro contrato subsistente el inmueble referido, el cual está libre de censo, hipoteca, pleito pendiente, embargo judicial y condiciones resolutorias".

Y dice la cláusula tercera "Que lo vende con todas sus anexidades y dependencias, por la suma de veinte mil pesos moneda legal ($ 20.000), los cuales declara tener recibidos a su satisfacción en dinero efectivo, y que este es su justo precio". El comprador, que acababa de declarar cancelado el gravamen hipotecario constituído a su favor sobre la misma finca, dice "Que en los términos expuestos, acepta la presente escritura y la venta que por ella se le hace".

Al pie de la primera copia de esta escritura aparece la siguiente nota:

"Oficina de Registro del Circuito. Pereira, 31 de enero de 1952. El instrumento anterior, presentado hoy para su registro, no puede ser sometido a turno por cuanto sobre el inmueble, objeto del contrato en él contenido, existe embargo dictado por el juzgado civil de este circuito, según oficio número 13 de 11 de enero de 1952, registrado el 14 de los mismos. Autos de embargo L. 3. P. Nº 5 en juicio de separación de bienes de María del Carmen Espinosa contra Uladislao Montoya. El Registrador..."

Pero además del embargo a que hace referencia el certificado que se transcribe, la escritura número 2849 tampoco pudo ser registrada porque en la misma fecha en que se otorgó, o sea el 18 de diciembre de 1951, estaba vigente un embargo sobre la finca materia de la negociación, ordenado por el juez 1º municipal de Cali, en el juicio ejecutivo de Hernando Gutiérrez contra Uladislao Montoya, embargo registrado el 17 de julio de 1951, y que fue cancelado, según el oficio número 9 del mismo Juzgado, fechado el 14 de enero de 1952 y anotada la cancelación el día 17 del mismo mes (folio 29 v. Cd. Nº 3).

El juicio de separación de bienes contra Uladislao Montoya fue iniciado por su esposa María del Carmen Espinosa el 11 de enero de 1952; ese mismo día le fue comunicado al Registrador de Instrumentos Públicos de Pereira el embargo decretado por el juez del circuito de esa localidad como consecuencia de las medidas preventivas que solicitó la esposa de Montoya, y el día 14 de enero del año citado se hizo la anotación del embargo en la oficina de registro. El 17 de enero del año citado se canceló el embargo en el ejecutivo de Gutiérrez contra Montoya. El 10 de mayo de 1952 aparecen los cónyuges Uladislao Montoya y María del Carmen Espinosa otorgando la escritura número 1214 de la Notaría de Pereira, y en ella hacen constar que como consecuencia de la sentencia de separación de bienes entre dichos cónyuges, dictada por el juez del circuito de Pereira "han resuelto proceder a esa separación, por cuanto la sentencia ya está ejecutoriada y no es necesario aguardar emplazamientos, inventarios y avalúos de los bienes sociales, todo lo cual demandaría gastos que vendrían a mermar el patrimonio social, que ha de partirse, y que estando ya esto ordenado, se procede a ello con el único bien relicto existente hoy en la sociedad Montoya-Espinosa, que es el detallado en el hecho 5º de la demanda de fecha 11 de enero del año que avanza". "Segundo. Declaran los exponentes que la simple separación de bienes la han acordado así: para la cónyuge María del Carmen Espinosa Garcés, la mitad de la casa y solar ubicada en el área de esta ciudad, en la carrera octava, entre calles octava y novena . y para el cónyuge Uladislao Montoya Hurtado la otra mitad de la casa y solar correspondiente, o sea que el inmueble queda entre ambos declarantes, en común y proindiviso y por partes iguales".

Esta escritura fue registrada el 16 de mayo de 1952 (folios 5 a 6 v. Cd. Nº 3) y en la misma fecha se registró la escritura número 1215 de fecha 10 de mayo de 1952, de la misma notaría y que se otorgó inmediatamente después de la anterior: por la escritura citada número 1215, Uladislao Montoya vende a su hija Lucila Montoya de Cortés "el derecho de dominio y la plena posesión que tiene en la mitad, en común y proindiviso con la otra mitad que pertenece a la señora María del Carmen Espinosa, de una casa de habitación con su correspondiente solar, ubicada en el área de esta ciudad, en la carrera octava entre calles octava y novena..."

Con base en estos hechos, que se sintetizan, Agustín Montoya inició el presente juicio ordinario para que el juez del circuito de Pereira hiciera las siguientes declaraciones:

"a) Que es nula o sin valor o efecto alguno la cancelación que hizo Agustín Montoya en favor de Uladislao Montoya, contenida en la escritura pública número 2849 de fecha 18 de diciembre de 1951, pasada en la notaría primera de este circuito, y consecuencialmente nula, o sin valor o efecto alguno, la cancelación que hubiese hecho el señor Registrador de Instrumentos Públicos

de este circuito, proveniente de la cancelación del título original, si hubiere sido certificada por el notario;

"b) Que la nulidad referida conduce a dejar vigentes la deuda y el gravamen hipotecario constituidos por el señor Uladislao Montoya en favor de Agustín Montoya por la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000.00) moneda legal de capital e intereses a razón del uno por ciento mensual, con gravamen legal sobre una casa de habitación con solar de quince varas de frente por sesenta varas de centro, ubicada en el área urbana de esta ciudad, en la carrera octava, entre calles octava y novena, alinderada... deuda e hipoteca consignadas en la escritura pública número 1749 otorgada en la notaría primera del circuito de Pereira el 8 de julio de 1950, registrada el 19 de julio del mismo año en el libro 2º tomo 3º, folio 36, partida número 1510, y en el libro de hipotecas, tomo 2º folio 500, partida 1227, y cuyo vencimiento es el día 8 de julio del corriente año (1952), pudiendo en consecuencia el acreedor señor Agustín Montoya, o sus representantes legales, perseguir el inmueble hipotecado de quien quiera que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido;

"c) Que por virtud de las anteriores declaraciones se ordena a los señores notario primero y registrador de instrumentos públicos de este circuito anular las cancelaciones de que trata la escritura número 2848 de 18 de diciembre de 1951, dejando vigente en todas sus partes la deuda y el gravamen hipotecario constituido por medio de la escritura número 1749 otorgada en la misma notaría el día 18 de julio de 1950;

"d) Que es nula o sin valor o efecto alguno la cancelación que hizo el señor Agustín Montoya de las dos letras de cambio que le debía el señor Uladislao Montoya por la suma de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) moneda legal e intereses a razón del uno por ciento mensual, y, en consecuencia, el citado señor Uladislao Montoya está en la obligación de pagarle a mi mandante la cantidad de dinero mencionada antes, con sus intereses vencidos y que se venzan desde el día 18 de diciembre de 1951 hasta que el pago se verifique a la rata (sic) del uno por ciento mensual, pago que hará tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga término al juicio;

"e) Que el señor Uladislao Montoya está en la obligación de devolver al señor Agustín Montoya, tres días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal que le dio para completar el precio de la venta de la casa de habitación a que se refiere la presente demanda y cuyo contrato no surtió ningún efecto, por no haberse registrado la escritura correspondiente, devolución que debe hacer con los intereses legales desde el día 18 de diciembre de 1951, en adelante;

"f) Que está resuelto el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 2849 otorgada en la notaría primera de este circuito el día 18 de diciembre de 1951, por no haberse verificado la tradición por medio del registro de la citada escritura, y como consecuencia de esa resolución, se condene a Uladislao Montoya a pagar a Agustín Montoya como resarcimiento de perjuicios, la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, o que pague por ese concepto lo que fuere determinado por peritos dentro de este mismo juicio o en otro distinto;

"g) Que se condene al demandado señor Uladislao Montoya al pago de las costas del juicio".

El demandado contestó la demanda y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas; aceptó algunos hechos y negó otros.

El juez de primera instancia dictó sentencia el día 2 de octubre de 1953 y dijo:

"Primero. — Oficiosamente se declara nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2849, pasada en la notaría primera de esta ciudad, el 18 de diciembre de 1951 y por la cual el señor Uladislao Montoya dice vender al señor Agustín Montoya el inmueble que se ha relacionado en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. — Se condena al señor Uladislao Montoya a restituir al señor Agustín Montoya dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de este fallo, la suma de treinta mil trescientos sesenta pesos moneda legal, más los intereses legales de esta suma desde el 18 de diciembre de 1951, hasta el día en que la restitución se verifique. Cancélese dicha escritura..

"Tercero. — Costas a cargo del demandado".

En el acto de la notificación personal al apoderado del actor, manifestó "que apela en lo desfavorable" y por esa manifestación llegaron los autos al Tribunal Superior de Pereira, que desató la litis, en segunda instancia, por sentencia de fecha 20 de septiembre de 1954, cuya parte resolutiva está concebida en los siguientes términos:

"...Revoca el fallo apelado y en su lugar resuelve:

"Primero. Se declara resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 2849

de 18 de diciembre de 1951, otorgada en la notaría primera de este circuito...".

El punto segundo es igual al mismo numeral de la sentencia del juez; en el tercero se ordena la cancelación de la escritura expresada en el punto primero; el cuarto dice:

"No se hace ninguna de las otras declaraciones solicitadas en la demanda".

Y en el quinto, condena al demandado en las costas de la primera instancia y no hace condenación en cuanto a la segunda "porque no se causaron".

El demandado se conformó también con esta sentencia, más no así el actor, quien interpuso el recurso de casación.

Llegados los autos a la Corte, es el caso de resolver el recurso, pues está agotado el trámite respectivo..

La sentencia acusada

Principia el sentenciador por estudiar "si los hechos fundamentales de la demanda están demostrados para estudiar luego si ellos generan las acciones propuestas y consecuencialmente las declaraciones pedidas" y llega a estas conclusiones:

La escritura número 1749 presentada con la demandada y debidamente registrada, demuestra que Uladislao Montoya declaró ser deudor a Agustín, de igual apellido, por la suma de $ 22.000.00 moneda legal, recibidos a título de mutuo con intereses al 1% mensual, con plazo de dos años contados desde el 8 de julio de 1950 y que para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones constituyó hipoteca sobre el inmueble determinado en la misma escritura.

Las posiciones que absolvió Uladislao Montoya a solicitud de Agustín Montoya, antes de iniciarse este juicio ordinario y que fueron presentadas con la demanda, demuestran que el primero le debía al segundo $ 1.400.00 por concepto de letras de cambio firmadas por el absolvente (respuesta a la pregunta tercera, Fl. 11, Cuaderno 1º).

El convenio que hicieron Uladislao Montoya y su acreedor Agustín Montoya, en virtud del cual aquél transferiría a éste el dominio del inmueble hipotecado y Agustín, en pago del precio le cancelaría los créditos a su favor, con los intereses respectivos, y le daría $ 3.000.00 en dinero efectivo, convenio o negocio que fue cumplido por Agustín Montoya, quien hizo la cancelación de los créditos y de la garantía hipotecaria y entregó los $ 3.000.00, queda demostrado con la respuesta que Uladislao Montoya dio en posiciones a las preguntas cuarta, quinta, sexta y séptima, en las que dijo ser cierto lo relacionado con el convenio a que hace referencia (F. 11, Cd. 1º) y con la escritura Nº 2848 de 18 de diciembre de 1951, que obra como prueba en el juicio (folio 6 v. Cd. 3); aparece también la cancelación de la hipoteca, del certificado del registrador, que se encuentra en el folio 28 del cuaderno número 3.

La venta del inmueble que Uladislao Montoya debía hacerle a su acreedor para cumplir el contrato entre ellos celebrado, aparece relacionada en la escritura número 2849 de 18 de diciembre de 1951 (folio 3, Cd. 1º) y confirmada en la respuesta que el demandado dio en posiciones a las preguntas 8ª y 9ª (Folio 3, cuaderno 1º).

La vigencia del embargo sobre la casa que Uladislao Montoya debía venderle a Agustín Montoya, en cumplimiento de lo pactado entre ellos; decretada por el juez municipal de Cali en el juicio ejecutivo de Gutiérrez contra Montoya y por el cual no pudo verificarse el registro de la escritura respectiva lo encuentra el Tribunal demostrado, tanto por la nota puesta por el Registrador en la copia de ese instrumento, que se presentó con la demanda, como por el certificado del mismo funcionario que obra al folio 29 del cuaderno número 3. Además, el demandado dice en las posiciones de que tántas veces se ha hecho mérito, que él tenía conocimiento del embargo pero que ya había pagado la deuda y solo faltaba cancelar la cuenta, cosa que no se había hecho por lo ocupado que me mantengo".

Pone de presente la sentencia que a la fecha del otorgamiento de la escritura 2848, estaba vigente el embargo de que se había, que sólo fue cancelado el 14 de enero de 1951 fecha misma en la cual fue registrado el embargo en el juicio de separación de bienes. Todo significa que la escritura no pudo ser registrada porque prácticamente los dos embargos lo impidieron, porque en el mismo día en que fue cancelado uno, se registró el otro".

Lo relativo al juicio de separación de bienes entre los cónyuges Montoya y Espinosa, el embargo que hizo Daniel Quinceno en el ejecutivo que le seguía a Montoya y que puso fuera del comercio los derechos que a éste pudieran corresponderle por gananciales en la sociedad conyugal, la escritura que ellos firmaron para adjudicarse la casa por mitad, en común y proindiviso y la venta que de su derecho hizo Montoya a su hija Lucila inmediatamente después de firmada la escritura de adjudicación relacionada, así como la hipoteca que Lucila constituyó en favor de Francisco Bedoya sobre el derecho que le trans-

firió su padre Uladislao, se encuentra probado por documentos que obran en el expediente.

Se refiere el Tribunal a las copias que aparecen a los folios 19 a 27 del cuaderno número 3, y que contienen las sentencias de primera y de segunda instancia, proferidas por el juzgado superior de Cali y por el Tribunal de ese distrito judicial, por las cuales se condenó a Uladislao Montoya por el delito de "estafa" cometido en perjuicio de Agustín Montoya y por el cual debía purgar la pena de doce meses de arresto y se le impusieron otras penas, y dice la sentencia acusada "el juicio penal versó sobre los mismos hechos que son materia del presente negocio y fueron juzgados ya en la esfera penal y las autoridades o funcionarios de ese orden predicaron y confirmaron la existencia delictiva en la conducta observada por Uladislao para obtener de Agustín el consentimiento para la cancelación de la hipoteca, para la cancelación y entrega de las letras y para la entrega de los $ 3.000.00 en dinero efectivo. Si el dolo penal existió y fue declarado y juzgado, por fuerza de la lógica, hay que admitir que el dolo civil también existe". (Folios 75 v. Cd. 1o).

Relaciona, en seguida, el Tribunal las peticiones de la demanda, que son conocidas, y entra en el examen de ellas "para deducir la acción contenida en cada una de ellas y para saber cuál o cuales acciones configuran los hechos demostrados".

Afirma que la petición de la letra a) de la demanda, "que es nula o sin valor o efecto alguno la cancelación que hizo el señor Agustín Montoya en favor de Uladislao Montoya, contenida en la escritura pública número 2848... y consecuencialmente nula o sin valor o efecto alguno, la cancelación que hubiese hecho el señor registrador del título original.. " es la de nulidad relativa, pues no se ha dicho que la cancelación que se operó por la escritura Nº 2848 tenga causa u objeto ilícito ni que se hubieran omitido los requisitos que la ley prescribe para la validez de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de ellos (artículo 1741 C. C.).

"Lo que se alega para fundamentar la nulidad es la circunstancia de que para obtener el consentimiento de Agustín Montoya para tal fin, se empleó el dolo o el engaño, y que tal consentimiento se produjo con fraude a sus intereses, causándole graves perjuicios patrimoniales", y agrega el sentenciador:

"Existe evidencia acerca de que la declaración contenida en la escritura número 2848 de 18 de diciembre de 1951 que contiene la cancelación del crédito hipotecario que Uladislao Montoya había constituído a favor de Agustín, del mismo apellido, fue obtenida mediante consentimiento viciado, el cual se produjo por el estímulo o la aspiración de éste de que se le haría el pago de los créditos que a su favor tenía, aspiración sin la cual seguramente Agustín no hubiera hecho la cancelación".

Dice el Tribunal que la voluntad de las partes al otorgar las escrituras 2848 y 2849 de 18 de diciembre de 1951, fue la de pactar y declarar una dación en pago cuyo fin fue cancelar los créditos a cargo de Uladislao y a favor de Agustín Montoya, entregando éste a aquél, además, la cantidad de $ 3.000.00 y en compensación el deudor Uladislao Montoya le transmitiría a Agustín, del mismo apellido, el dominio de la casa y solar ubicada en la carrera octava de la ciudad de Pereira.

"El pacto o contrato oculto, o sea la dación en pago, lo han declarado los contratantes en las preguntas y en las respuestas de las posiciones absueltas por Uladislao el 19 de febrero de 1952 ante el juez civil de este circuito (preguntas quinta a novena y sus respuestas). El acto jurídico o cancelación de la hipoteca y el contrato de venta o dación en pago se enlazan o conexionan, siendo el primero antecedente inmediato y motivo del segundo, pues que el ánimo, la intención y la aspiración de Agustín Montoya al cancelar la hipoteca no fue otro que el de obtener el pago de sus créditos, mediante la adquisición del dominio del inmueble, pues es obvio afirmar que nadie da su consentimiento para ningún negocio sin una causa compensatoria del patrimonio del cual se desprende".

Afirma la sentencia que Agustín Montoya no adquirió el dominio del inmueble que se le debía transferir a título de dación en pago, porque la tradición no se operó por causa de los embargos de que se ha hecho mérito, no obstante que el tradente Uladislao Montoya manifestó expresamente que el inmueble no estaba embargado, "...todo lo cual produce la convicción de que Uladislao Montoya observó una conducta dolosa en las negociaciones operadas con Agustín y que en virtud de ellas se obtuvo el consentimiento para que éste hiciera las cancelaciones de los créditos y la entrega de la suma de $ 3.000.00 moneda legal. Ocurrió que Uladislao Montoya defraudó a Agustín, del mismo apellido, con dolo, en la suma de treinta mil trescientos sesenta pesos ($ 30.360.00), obteniendo así un enriquecimiento sin causa. Aun más: las sentencias que en mate-

ria penal fueron proferidas en primera y segunda instancia contra Uladislao Montoya y que lo condenaron a penas corporales y a otras por razón de los hechos mismos que son materia de esta litis, predicaron el dolo penal en que incurrió éste y por lógica rigurosa hay que concluír que si el dolo penal fue juzgado y declarado, es irrefutable la existencia del dolo civil".

Considera el Tribunal que como surge la situación creada por la existencia de terceros, que adquirieron el inmueble y que no han sido demandados en este juicio, no puede accederse a la solicitud del demandante de que se declare que es nula la cancelación de la hipoteca que hizo el actor y de qué da cuenta la escritura número 2848, porque esto equivaldría a revivir la inscripción de la hipoteca sobre un inmueble que hoy pertenece a terceros procesales.

Los terceros a que se refiere el sentenciador son la esposa del demandado, María del Carmen Espinosa, y su hija Lucila Montoya, y quienes adquirieron la finca así: la primera, en la liquidación de bienes entre los cónyuges, practicada, y a la segunda por venta del derecho que al demandado le fue adjudicado en tal partición.

Como consecuencia, el Tribunal no hace las declaraciones pedidas en cuanto a que se cancele la escritura Nº 2848 y la inscripción de la cancelación de la hipoteca que tal escritura contiene. Acepta, sí, que debe declararse resuelto el contrato de compraventa que aparece de la escritura Nº 2848 y ordena que Uladislao Montoya le restituya a Agustín Montoya la cantidad de $ 30.360.00 m/cte., más los intereses legales.

La demanda de casación

El recurrente principia por advertir que "Aunque la sentencia del Tribunal es favorable a la parte que represento en cuanto declara la resolución del contrato de compraventa y ordena, en consecuencia, la restitución de una suma de dinero y en cuanto contiene una condenación en costas a cargo de la parte demandada (Ordinales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva transcrita) es, por el contrario, desfavorable a mi representado, en cuanto el ordinal cuarto de dicha parte resolutiva, expresamente declara que no se hace ninguna de las otras declaraciones solicitadas en la demanda".

Entonces la situación del recurso es la siguiente:

De las varias peticiones que contiene la demanda original, el Tribunal aceptó las contenidas en los apartes d), e), f) y g) e hizo las condenaciones del caso, con las cuales se declaró conforme el demandado, puesto que no interpuso recurso contra la sentencia de segunda instancia, así como tampoco apeló de la de primer grado que le fue desfavorable en sentido semejante. En cambio el demandante, en atención a que el Tribunal negó las peticiones de los apartes a), b) y c) de la demanda, interpuso el recurso de casación, en cuanto la sentencia le fue desfavorable con tales negativas.

El recurrente dice en su demanda ante la Corte:

"Acuso en efecto la sentencia objeto del recurso por infracción de la ley sustantiva, es a saber: a), violación de los artículos 665, 1515, 1516, 1740, 1741, 1746 y 2452 del Código Civil, así como el artículo 26 de la Constitución Nacional, por los siguientes motivos"..

Copia en seguida las peticiones de la demanda que fueron negadas por el sentenciador y transcribe la parte de la sentencia en la que el Tribunal niega esas peticiones, por considerar la situación que se presentaría respecto de terceros, si se decretara la vigencia del gravamen hipotecario, y comentando lo anterior, dice:

"No puede negarse, de otro lado, que existe perfecta legitimidad en causa, por el aspecto sustantivo, desde luego en relación con este litigio en cuanto en él figuran como demandante y demandado las personas que exclusivamente intervinieron en el acto, cancelación de la hipoteca o directamente interesada en tal cancelación. No se ha controvertido, en efecto, y no existiría el más mínimo fundamento para hacerlo, que Agustín Montoya y Uladislao Montoya son los legítimos contradictores, o sujetos personalmente interesados, en relación con el tema de declaración de la nulidad de que se viene hablando. De la relación jurídico-procesal entre ellos podía y debía emanar la declaratoria de nulidad del acto respectivo, o sea de la nulidad de la cancelación de la hipoteca y el consiguiente restablecimiento de las partes interesadas al estado, o **statu-quo** de las mismas partes con anterioridad al acto declarado nulo. Es decir, el resurgimiento del derecho real de hipoteca sobre el inmueble respectivo (artículo 1746 del Código Civil) con efectos, en abstracto, al menos, contra terceros y por razón de la esencia misma de ese derecho. Al presentarse así un derecho real legítimamente restaurado, por ministerio de la acción de la justicia, estaba llamada esa restauración a producir, en consecuencia, sus efectos jurídicamente propios; o sea, des-

de luego, la facultad de perseguir el bien hipotecado aún contra terceros poseedores, lo cual constituye peculiar característica de la existencia del referido derecho real hipotecario. Consecuencia que fluye, por lo demás, de manera obvia y natural, del hecho práctico de tratarse de un derecho real y, precisamente, del derecho real hipotecario en especial.

"Siendo ello así, incurrió el Tribunal en un error jurídico, al considerar, para los efectos del fallo mismo, en materia de nulidad, que aquella declaración pedida, de carácter general y en abstracto, requería para su viabilidad la presencia en el juicio de los actuales poseedores del inmueble hipotecado, como elemento de orden procesal, y para los efectos desde luego de la cosa juzgada; so pena de que, a falta de esa presencia, debía ocurrir la absolución del demandado, y esto no obstante que el mismo Tribunal había admitido, en la parte motiva de su resolución, la existencia de la nulidad suplicada. Se concluye de lo que se deja expuesto que la razón presentada por el Tribunal para dar su negativa a las peticiones a), b) y c) de la demanda de instancia no es jurídicamente procedente.

"Empero, ¿querrá decir lo que se deja expuesto que la sentencia, en cuanto declare la nulidad pedida con sus efectos propios y específicos, por tratarse de una nulidad en conexión con un derecho real, el derecho real hipotecario, adquiriría fuerza de cosa juzgada propiamente dicha contra actuales poseedores, etc. del bien hipotecado y que no figuran en el presente juicio? Fundadamente creo que, aunque las declaraciones del fallo estrictamente lleguen a coincidir en la sentencia del Tribunal, quedaría abierto este interrogante, pero para ser contestado ulteriormente por juez propio y con trámites propios, al ser entablado el juicio con acción hipotecaria contra los actuales poseedores, en el cual juicio deben ser ellos oídos y sin que haya necesidad, en manera alguna, de definir el punto, desavorablemente al demandante, en el presente proceso, y a base de considerar que tales terceros han debido ser partes necesarias o de presencia indispensable... ... ...

"Mirando ahora el asunto por el aspecto especial del recurso de casación, se tiene que las normas infringidas por el Tribunal, como ligadas al error jurídico de que se ha venido hablando, son el artículo 665 del Código Civil que define el derecho real e incluye entre los derechos reales el de hipoteca, así como también el artículo 2425 del mismo Código, que asigna dicho real hipotecario (sic) la facultad de persecución del bien hipotecado contra terceros poseedores, los artículos 1515 y 1516 ibidem, que conciernen al dolo, así reconocido por la sentencia del Tribunal. Los artículos 1740, 1741, que se refieren a la nulidad del acto demandado y que señalan el acto contemplado en este juicio como viciado de nulidad, según hubo de reconocerlo igualmente el sentenciador en la parte motiva de su fallo. Finalmente el artículo 1746 del Código en mención que instituye el efecto restitutorio de la declaración de nulidad, y naturalmente aunque se trate de un derecho real como el derecho real hipotecario. Y por cuanto el Tribunal mencionado se negó a declarar la nulidad en referencia con sus efectos propios, manifestando no poder hacerlo en atención a que afectaría a terceros no oídos en el juicio. Y como es obvio, la infracción alegada corresponde a la no aplicación, en lo decisorio del fallo, de las normas que acaban de ser mencionadas, aplicables, como se acaba de ver, al caso del litigio, falta de aplicación que determina la violación de tales normas, de carácter sustantivo".

Examen del cargo

La situación jurídica que surge, de manera clara y convincente, de las piezas que obran en este litigio, es la de que Uladislao Montoya se declaró deudor de Agustín Montoya, por haber recibido de éste, a título de mutuo con intereses, la cantidad que se dejó enunciada en la escritura número 1749 de 6 de julio de 1950 de la notaría primera de Pereira, más $ 1.400.00 por concepto de letras de cambio giradas por Uladislao a favor de Agustín. La deuda mencionada en la escritura citada la garantizó el deudor con hipoteca constituida sobre la casa de su propiedad que se dejó determinada en la misma escritura.

Como el deudor no pagara los intereses de las deudas a su cargo, convinieron, las dos partes interesadas, en que el deudor haría transferencia en favor de su acreedor del derecho de dominio que tenía sobre la finca hipotecada, para cancelar, en esa forma, los créditos a su cargo y recibiría además la cantidad de $ 3.000.00 que le entregaría el acreedor, quien debía cancelar los créditos referidos.

Uladislao Montoya declaró en posiciones ser verdad lo que se deja relatado.

En desarrollo del contrato, que tiene todas las características de una dación en pago, porque no otra cosa significa lo convenido entre deudor y

acreedor, se cristalizó tal contrato con el otorgamiento de las escrituras números 2848 en la que Agustín Montoya declara cancelada la deuda a cargo de Uladislao, del mismo apellido y libre la finca del gravamen hipotecario que la afectaba, y 2849, por medio de la cual Uladislao Montoya le transfiere a Agustín Montoya la finca que a su favor había hipotecado. Estas dos escrituras se otorgaron en la misma fecha, 18 de diciembre de 1951, en la misma notaría y fueron firmadas la una a continuación de la otra.

Las circunstancias anotadas, y que aparecen plenamente demostradas, llevan a concluír que no se trata de dos contratos distintos, sino que están tan íntimamente ligadas las dos escrituras, que ellas forman el contenido de una misma convención. Así lo reconoce el Tribunal cuando dice en su sentencia:

"El acto jurídico o cancelación de la hipoteca y el contrato de venta o dación en pago se enlazan y conexionan siendo el primero antecedente inmediato y motivo del segundo, pues que el ánimo, la intención y la aspiración de Agustín Montoya al declarar la hipoteca no fue otro que el de obtener el pago de sus créditos, mediante la adquisición del dominio del inmueble, pues es obvio afirmar que nadie dá su consentimiento para ningún negocio sin una causa compensatoria del patrimonio del cual se desprende. En síntesis, hay que afirmar que Agustín Montoya canceló el crédito hipotecario con sus intereses; canceló las letras de cambio y entregó en efectivo a Uladislao tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal, factores éstos que completan el total del precio que para la dación se fijó al inmueble".

Resulta que en ese contrato de dación en pago, el acreedor Agustín Montoya cumplió a cabalidad con su obligación, es decir, entregó el precio del inmueble, y en cambio el deudor Uladislao Montoya no cumplió con la correlativa obligación, pues el dominio del inmueble no pasó al contratante acreedor, porque no pudo hacerse la tradición a su favor, mediante el registro del respectivo título, toda vez que el bien materia de la dación se encontraba embargado.

Pero hay más todavía: Agustín Montoya consintió en cancelar las deudas hipotecarias y en entregar tres mil pesos en dinero, a cambio de adquirir el dominio de la finca. Este consentimiento del citado Montoya quedó viciado por el dolo con que procedió el otro contratante Uladislao Montoya, dolo que fue obra de este último y sin el cual no hubiera accedido el acreedor Agustín Montoya a firmar ni la escritura de cancelación ni la de transferencia del dominio del inmueble a su favor.

Para el Tribunal es irrefutable, son sus palabras, la existencia del dolo civil, pues así lo demuestran la sentencia que en la esfera penal fue dictada contra Uladislao Montoya y que fue citada atrás, y la manifestación que éste mismo hizo en la escritura número 2849 sobre que el inmueble objeto de la dación no estaba embargado, con lo cual hizo una afirmación falsa "lo que constituye maniobra dolosa confirmada fehacientemente..." "Ocurrió que Uladislao Montoya defraudó a Agustín del mismo apellido, con dolo, en la suma de treinta mil trescientos sesenta pesos ($ 30.360.00) m|l., obteniendo así un enriquecimiento sin causa".

El actor en este juicio pidió que se declarara la nulidad del acto que contiene la escritura de cancelación de la hipoteca, y como consecuencia que se declare que está vigente la deuda y el gravamen hipotecario constituídos por Uladislao Montoya en favor de Agustín Montoya, y se ordene anular las cancelaciones que hicieron el notario primero y el registrador de instrumentos públicos de Pereira, de la escritura número 1749 de 8 de julio de 1950, y que se declare sin valor la cancelación de las letras de cambio por $ 1.400.00 y se ordene a Uladislao Montoya a devolver los tres mil pesos que de manos de Agustín Montoya confesó haber recibido. Todas estas peticiones tienen un ordenamiento lógico, pues equivalen a pedir que se ordene al demandado restituír el precio que recibió como valor del inmueble cuyo dominio no transfirió al demandante.

Es claro que el demandado no puede beneficiarse de las maniobras dolosas que cumplió para defraudar a su acreedor, hoy demandante, y a esto equivaldría condenarlo, como lo hizo el Tribunal, a restituir una cantidad de dinero, sin revivir la garantía hipotecaria, tanto más cuanto que esa condenación sería apenas teórica, ya que del expediente aparece la insolvencia del deudor, ocurrida por la adjudicación que se hizo a la esposa del mismo, en la liquidación de la sociedad conyugal y por la venta que hizo a su hija de la parte que a él le correspondió en dicha liquidación. La casa que fue materia de la liquidación, según lo afirma en la demanda sobre separación de bienes el apoderado de la cónyuge María del Carmen Espinosa (que hoy figura como apoderado del demandado Uladislao Montoya) es el único bien que posee la sociedad conyugal. Desaparecido tal bien de manos de Uladislao Montoya, éste se encuentra en insolvencia y por lo

mismo en incapacidad de restituír a Agustín Montoya la cantidad a que el Tribunal lo condenó.

Y no se diga que la hipoteca no puede reconocerse porque esto afectaría intereses de terceros que son hoy dueños de la finca afectada con el gravamen, porque en primer lugar, respecto a la adquirente María del Carmen Espinosa, ésta no puede considerarse como tercero, toda vez que la adjudicación que se le hizo de la mitad del inmueble, provino de la liquidación de la sociedad conyugal; y no debe perderse de vista que tal liquidación no puede afectar los derechos de los acreedores de la sociedad.

El matrimonio de Uladislao Montoya y María del Carmen Espinosa se celebró el 26 de julio de 1924 (folio 14, cd. 3). La finca fue adquirida por Montoya en el año de 1930, é hipotecada a favor de Agustín Montoya en el año de 1950. Esto demuestra que el bien hipotecado pertenecía a la sociedad conyugal, que fue liquidada en el año de 1952, siendo evidente que en la liquidación no podía desconocerse esa deuda, por no haber obtenido operancia la dación en pago. Esto es claro: si la deuda no existía al tiempo de la liquidación, es porque el dominio de la finca habría pasado al acreedor y entonces ésta no perteneceria ya a la sociedad; en cambio si la finca se consideraba como de propiedad de la dicha sociedad, entonces no se había verificado el pago y la obligación de deber pesaba sobre los bienes sociales, que no podían distribuirse entre los cónyuges burlando el derecho del acreedor hipotecario.

Además, como la nulidad pronunciada en sentencia firme dá a las partes derecho a ser restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo y así mismo la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros, es obvio que al declarar nulo el contrato de dación en pago por los motivos expuestos, debe revivir el derecho real hipotecario sobre la finca de que se trata. No valdría alegar que quienes adquirieron la propiedad del inmueble sean terceros que resultan perjudicados, pues tales personas tendrían las acciones correspondientes, para ser indemnizados.

Dice bien el recurrente en su demanda ante la Corte:

"Al presentarse así un derecho real legítimamente restaurado, por ministerio de la acción de la justicia, estaba llamada esa restauración a producir, en consecuencia, sus efectos jurídicamente propios: o sea, desde luego, la facultad de perseguir el bien hipotecado, aún contra terceros poseedores, lo cual constituye peculiar característica de la existencia del referido derecho real hipotecario. Consecuencia que fluye, por lo demás, de manera obvia y natural, del hecho práctico de tratarse de un derecho real y, precisamente, del derecho real hipotecario en especial".

Por lo expuesto, es fundado el cargo que hace el recurrente.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictada en el juicio ordinario de Agustín Montoya contra Uladislao Montoya, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1º Es nula y por lo tanto no tiene efecto alguno la cancelación del crédito que Agustín Montoya hizo en favor de Uladislao Montoya y que consta en la escritura número 2849 de 18 de diciembre de 1951 de la notaría primera de Pereira, y nula la cancelación de la hipoteca hecha en la misma escritura;

2º Es también nula la cancelación en el registro de instrumentos públicos y privados de Pereira, del gravamen hipotecario a que se ha hecho referencia en el punto anterior;

3º Como consecuencia de lo anterior, no han perdido su vigencia la deuda contraída y la garantía hipotecaria constituída por Uladislao Montoya en favor de Agustín Montoya, mediante la escritura número 1740 de 8 de julio de 1950 de la notaría primera de Pereira;

4º Líbrense despachos al Notario Primero de Pereira y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la misma ciudad, ordenándoles que procedan a anular las cancelaciones de que trata la escritura número 2848 del 18 de diciembre de 1951, de la notaría primera de Pereira;

5º Queda sin valor ni efecto alguno el contrato celebrado por medio de la escritura número 2849 de 18 de diciembre de 1951, de la notaría primera de Pereira, y líbrese despacho al notario primero del mismo circuito, ordenándole que haga la cancelación de la escritura número 2849, de 18 de diciembre de 1951, de la notaría primera de Pereira;

6º Se condena a Uladislao Montoya a pagar a Agustín Montoya, tres (3) días después de la eje-

cutoria de esta sentencia, la cantidad de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) moneda corriente, valor de dos letras de cambio que fueron giradas por el primero a favor del segundo y que quedaron comprendidas en la cancelación que hizo el acreedor Agustín Montoya, más los intereses al uno por ciento (1%) mensual, desde el 18 de diciembre de 1951 hasta cuando el pago se verifique;

7ª Se condena a Uladislao Montoya a restituir a Agustín Montoya, tres (3) días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente, que el primero recibió del segundo como parte del precio de la dación en pago que aparece en la escritura número 2849 ya citada, más los intereses legales de esta cantidad desde el 18 de diciembre de 1951 hasta cuando haga la restitución que aquí se ordena, y

8ª Las costas de las instancias y las del recurso, son de cargo del demandado Uladislao Montoya.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila — Ernesto Melendro L., Secretario.

ALCANCE DE LA LEY 68 DE 1946 SOBRE REGIMEN CONYUGAL. — PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE SIMULACION Y FORMA DE CONTAR EL LAPSO REQUERIDO

1 — La ley 68 persiguió que las enajenaciones que sin el consentimiento de la cónyuge hubiese hecho el marido o hiciera en lo sucesivo de bienes comunes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de entrar a regir la ley 28, quedasen en firme, esto es, a cubierto de la acción de reivindicación creada por la doctrina para tales casos. La ley 68 fue la reacción —injustificada, dijo la Corte en sentencia de octubre 16 de 1947 (LXIII. 80 y 81)— contra la construcción jurisprudencial elaborada por la Corte, para fijar el alcance de la reforma en relación con el patrimonio social existente al entrar a regir, con la nueva capacidad civil de la mujer, que no hacia distingo y con el interés concreto de la misma vinculado a los bienes comunes adquiridos antes de 1933, puesto que dejando al marido la libre administración de esos bienes, tal como se lo otorgaba el C. C. se desconocía la capacidad que le había sido reconocida a la mujer en el nuevo estatuto. (V. cas. febrero 13 1948 LXIII. 735; julio 22 1952. LXXIII. 535 y noviembre 16 de 1953. LXXV. 746). Esa reacción negó a la mujer, siendo ya capaz, el derecho de disponer de los bienes por ella adquiridos como gananciales bajo el régimen del C. C., para conferírselo al marido, quien así volvía a reunir los poderes cancelados por la ley 28, con respecto a tales bienes y a las sociedades conyugales no liquidadas provisionalmente.

2 — La causa real de la ley 68 de 1946 fue el propósito del legislador de evitar que las enajenaciones de que se trata dejasen de ser inoponibles a la cónyuge, quien tenía, por tanto, acción para hacer volver los bienes a la masa social. Condicionada a tal finalidad debe ser interpretada la ley 68, porque no hay criterio más seguro para fijar el sentido o alcance de una ley que aquel que parte de sus causas o fuentes reales, de las cuales la ley no es sino su fiel repercusión. De esta suerte, la limitación que la ley 68 introdujo a la nueva capacidad de la mujer, en lo tocante a los bienes comunes en referencia, debe circunscribirse a los actos de enajenación. Este fue el campo en donde el legislador de 1946 halló la causa real generadora de la ley 68.

3 — La ley 68 no suprimió ni mermó siquiera, la capacidad de la cónyuge para comparecer en juicio libremente, capacidad expresamente reconocida por el artículo 5º de la ley 28, en lo concerniente a la defensa de la propiedad de esos bienes, que es la propia defensa del haber común, por cuyo motivo siendo la titular externa de ellos tiene la personería sustantiva suficiente para afrontar las litis encaminadas, por activa o por pasiva, a esa defensa, y de allí que la acción en el caso actual haya sido por este aspecto bien enderezada.

4 — La acción de simulación es personal, y en consecuencia debe dirigirse contra el comprador, así sea éste miembro de una sociedad conyugal y pueda reputarse el bien como perteneciente a ésta. Así, si "compró" la cónyuge antes de 1933, contra ella se dirige la acción aún después de entrar en vigencia la ley 68 de 1946.

5 — Ni la sociedad del C. C. ni la de la ley 28 de 1932 es persona moral; a ella no se le demanda en la persona de los cónyuges, ni ella demanda representada por éstos; carece de patrimonio propio respecto a terceros, ante quienes son los cónyuges los titulares de los bienes. Es lo mismo demandar a A en su propio nombre, o haciendo referencia a su calidad de miembro de la sociedad conyugal que compone con su mujer o marido, o como "representante" de esta sociedad, inexistente como entidad jurídica, porque siempre será A, con calificaciones o sin ellas, el extremo pasivo, personal, de la acción, con incidencia interna y necesaria sobre la comunidad conyugal.

6 — La acción de simulación es prescriptible en el lapso de veinte años, pues el "comprador" no podrá adquirir el dominio de los bienes sino mediante la usucapión extraordinaria, ya que los recibe a título de mera tenencia (art. 2531 C. C). La acción es prescriptible por la razón de que el "comprador" puede adquirir por usucapión la propiedad de la cosa; por tanto, ha de transformar su estado de mero tenedor, en el de poseedor, desconociendo el derecho del "vendedor", negándose a cumplir el acuerdo secreto, y poseyendo la cosa durante los veinte años de rigor.

7 — Mientras el "adquirente" reconozca el derecho del propietario, y esté listo a cumplir lo pactado, no será sino un mero tenedor, y la mera tenencia no se muda jamás en posesión —que es indispensable para usucapir— por el simple transcurso del tiempo, según el artículo 777 del C. C. Por tanto, mientras sea un mero tenedor jamás prescribirá el dominio, y en tanto no prescriba el dominio subsistirá la acción del dueño para que se declare la simulación. "Toda acción por la cual se reclama un derecho —reza el artículo 2536 del C. C. se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", de manera que si no se prescribe el dominio mal podrá extinguirse la acción del dueño encaminada a que se haga por los jueces la declaración de ser simulado el contrato y se restituya la cosa sobre la cual recae su derecho.

8 — El lapso de la prescripción de la acción de simulación, debe comenzar a contarse, no desde el día en que fue celebrado el contrato, pues así carecería de finalidad la simulación, sino desde cuando el "comprador" desconoce el pacto oculto. En este pacto es natural que los contratantes prevean el tiempo y forma de ejecutar el acuerdo secreto; si no, cuando aquél contradiga o desconozca el derecho del dueño real.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil B) — Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre la demanda de casación propuesta contra la sentencia de veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio de Rosa Atilia Mora de Besine contra Flaminio Mora y Rosa María Saravia Gallo de Mora.

CAPITULO PRIMERO

Los Antecedentes

1 — Rosa Atilia Mora de Besine demandó "a la sociedad conyugal constituída por el matrimonio del señor Benjamín Mora y la señora Rosa María Saravia Gallo v. de Mora, disuelta por la muerte de aquél" y a "la sucesión testada del señor Benjamín Mora, representada ambas entidades por su cónyuge supérstite la señora Rosa María Saravia Gallo de Mora y por el Dr. Flaminio Mora Pedraza", para que se declare que la demandante es titular del dominio de siete inmuebles inventariados en la mortuoria de Benjamín Mora, y se ordene, en consecuencia, la exclusión de los mismos, de la masa de bienes relacionados.

2 — El demandado Flaminio Mora contestó la demanda consintiendo en los hechos y el derecho.

La demandada Rosa María Saravia Gallo v. de Mora los negó y propuso las excepciones de "carencia de derecho en la acción, petición de modo indebido, prescripción extintiva del derecho, simulación del contrato a que se refiere la escritura pública Nº 238, otorgada en la Notaría Primera de Soatá el 22 de abril de 1929 y todo otro hecho que resulte comprobado en el juicio y destruya en el fondo la acción instaurada".

En demanda de reconvención pidió que se declare la simulación absoluta del contrato contenido en la citada escritura y la pertenencia de los bienes a que se refiere, a favor de la sociedad conyugal y la sucesión mencionadas, y se condena a la contrademandada a restituir tanto los bienes como los frutos percibidos a partir de la muerte del causante Benjamín Mora.

3 — La parte contrademandada negó los cargos y propuso las excepciones de ilegitimidad sustantiva en la demandante, prescripción adquisitiva del dominio de los bienes y "todos los demás hechos que configuren excepción perentoria".

4 — La sentencia de primera instancia —proferida por el Juez Civil Unico del Circuito de Soatá, con fecha 6 de diciembre de 1952—. Declaró la simulación absoluta y ordenó la restitución de los bienes y los frutos a la sociedad conyugal y a la sucesión.

5 — Apelado este fallo el Tribunal Superior de

Santa Rosa de Viterbo lo confirmó con fecha 22 de agosto de 1955. La parte actora interpuso contra esta sentencia recurso de casación, el cual fue admitido por la Corte, fundado por el recurrente y replicado por el opositor.

CAPITULO SEGUNDO

La casación, causales y cargos

Cuatro cargos se formulan a la sentencia: tres con apoyo en la causal segunda, y uno con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo

6 — Consiste en no haber decidido el sentenciador sobre "la excepción perentoria de petición de modo indebido o, lo que es lo mismo, la ilegitimidad de la personería sustantiva de la contrademandada".

La excepción consiste en que se debió demandar a Rosa Atilia Mora de Beaine, "como representante de la sociedad conyugal con esta precisa personería sustantiva", y la sustenta así el recurrente:

"Como se constata en la demanda de reconvención, toda ésta se dirige contra la persona de la señora Rosa Atilia Mora de Beaine. Es objeto de ella un contrato celebrado en 1929, ya bajo matrimonio contraído por la contrademandada con el señor Beaine, hechos procesalmente acreditados.

"La materia del contrato fue la compra por la señora Rosa Atilia de los bienes que allí se especifican..

"Con esa adquisición, tales bienes entraron a la sociedad conyugal Beaine-Mora (artículo 1781, 5º del C. C.), y forman parte de tal sociedad que hoy se estima legalmente existente (artículo 1º de la ley 68 de 1946, ya citado atrás).

"Cualquiera de las peticiones de la demanda de reconvención va destinada a afectar patrimonialmente a la persona de la señora Rosa Atilia, pero especialmente las peticiones tercera, séptima y novena. Pero tal perjuicio personal no podría explicarse sin la declaratoria de las peticiones primera y segunda, o de las subsidiarias y mínimas.

"En tales condiciones la demanda va dirigida en reconvención contra la persona de la señora Rosa Atilia, que no es la obligada a responder por las cosas y hechos demandados y no contra la sociedad conyugal formada por el matrimonio entre el señor David Beaine y la señora Rosa Atilia Mora. La sociedad conyugal es distinta de los socios contrayentes.

"Todo lo anterior constituye y fundamenta la excepción perentoria de petición de modo indebido, lo que es lo mismo, la ilegitimidad de la personería sustantiva de la contrademanda". (C. 4º f. 20).

"La capacidad para comparecer en juicio que a la mujer casada concede el artículo 5º de la ley 28 de 1932 está condicionada al nuevo régimen patrimonial, no al anterior. Pero aún extendiéndola a égte, con la posibilidad de demandar a persona distinta del jefe de tal sociedad señor Beaine, esa capacidad sólo es procesal, pues en el fondo es inalterable la exigencia de demandar a la mujer casada, como tal, como a representante de la sociedad conyugal, con esa precisa personería sustantiva".

7 — Se considera:

En verdad, la sentencia no se detiene a examinar esta excepción, propuesta por la contrademandada en el alegato de bien probado de la segunda instancia, debiendo haberlo hecho de conformidad con lo que preceptúan los artículos 341 y 343 del C. J.

Lo cual bastaría para fundar el cargo si no fuese que al estudiar la excepción ésta resulta inexistente.

8 — La ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada mayor de edad plena capacidad civil, habiendo dejado de ser el marido su representante legal. (art. 1º y 5º).

Esta plena capacidad comprendió no sólo a las mujeres casadas, bajo la vigencia de la nueva ley, sino también a las que hubiesen contraído matrimonio con anterioridad al 1º de enero de 1933, fecha en la cual entró a regir la citada ley 28, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 153 de 1887.

Mas, como se discutiera sobre si las sociedades conyugales constituídas antes de esa fecha, quedaron o no disueltas por ministerio de la reforma de 1932, y la doctrina de la Corte había reconocido a la cónyuge acción para reintegrar al patrimonio conyugal los bienes gananciales adquiridos con anterioridad al 1º de enero de 1933, de que el marido dispusiera sin el consentimiento de ella, la ley 68 de 1946 declaró que la ley 28 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes, las cuales, en caso de no haber sido liquidadas o que no se liquidaran provisionalmente de acuerdo con la autorización estatuída en el artículo 7º de la ley, se entiende que han continuado

bajo el régimen del C. C. "en cuanto a los bienes adquiridos antes del 1º de enero de 1933".

La ley 69 persiguió que las enajenaciones que sin el consentimiento de la cónyuge hubiese hecho el marido o hiciera en lo sucesivo de bienes comunes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de entrar a regir la ley 28, quedasen en firme, esto es, a cubierto de la acción de reivindicación creada por la doctrina para tales casos. La ley 68 fue la reacción —injustificada, dijo la Corte en sentencia de octubre 16 de 1947 (LXIII 30 y 31)— contra la construcción jurisprudencial elaborada por la Corte, para fijar el alcance de la reforma en relación con el patrimonio social existente al entrar a regir, con la nueva capacidad civil de la mujer, que no hacía distingo y con el interés concreto de la misma vinculado a los bienes comunes adquiridos antes de 1933, puesto que dejando al marido la libre administración de esos bienes, tal como se lo otorgaba el C. C. se resentía la capacidad que le había sido reconocida a la mujer en el nuevo estatuto. (V. cas. febrero 13, 1948 LXIII 735: julio 22 1952. LXXII. 535 y noviembre 16 1956. LXXXVI 746). Esa reacción negó a la mujer, siendo ya capaz, el derecho de disponer de los bienes por ella adquiridos como gananciales bajo el régimen del C. C. para conferírgelo al marido, quien así volvía a reunir los poderes cancelados por la ley 28, con respecto a tales bienes y a las sociedades conyugales no liquidadas provisionalmente.

Así que la causa real de la ley de 1946 fue el propósito de evitar que las enajenaciones de que se trata dejasen de ser inoponibles a la cónyuge, quien tenía, por tanto, acción para hacer volver los bienes a la masa social. Condicionada a tal finalidad debe ser interpretada la ley 68, porque no hay criterio más seguro para fijar el sentido o alcance de una ley que aquel que parte de sus causas o fuentes reales, de las cuales la ley no es sino su fiel repercusión. De esta suerte, la limitación que la ley 68 introdujo a la nueva capacidad de la mujer, en lo tocante a los bienes comunes en referencia, debe circunscribirse a los actos de enajenación. Este fue el campo en donde el legislador de 1946 halló la causa real generadora de la ley 68.

Por tanto, la ley 68 no suprimió, ni mermó siquiera, la capacidad de la cónyuge para comparecer en juicio libremente, capacidad expresamente reconocida por el artículo 5º de la ley 28, en lo concerniente a la defensa de la propiedad de esos bienes, que es la propia defensa del haber común, por cuyo motivo siendo la titular externa de ellos tiene la personería sustantiva suficiente para afrontar las litis encaminadas, por activa o por pasiva, a esa defensa, y de allí que la acción en el caso actual haya sido por este aspecto bien enderezada.

Además, en tratándose de una acción personal, como es la de simulación, debía dirigirse contra la compradora, demandante en el juicio principal y a la vez poseedora actual de los inmuebles. No podía ser incoada contra quien no contrató, aun cuando se tratase de cosas sometidas a las facultades que al marido correspondían sobre las cosas comunes bajo el régimen del C. C. La ley 68 fue dictada —se repite— para que los ventas del marido, sin el consentimiento de la consorte, pudiesen serle oponibles a ella, porque con arreglo a doctrina reiterada tenía acción para hacer volver los bienes enajenados al haber común.

9 — Pero, el recurrente alega que a la cónyuge debió demandársele, "como tal", esto es, "como a representante de la sociedad conyugal, con esa precisa personería sustantiva". No era necesario hacerlo para que en el fondo se entendiera así en lo atinente al régimen conyugal. Es más: en puro derecho no debía hacerse así. La sociedad conyugal no es persona moral; a ella no se le demanda en la persona de los cónyuges, ni ella demanda representada por éstos; carece de patrimonio propio respecto de terceros, ante quienes son los cónyuges los titulares de los bienes. De esta suerte, es lo mismo demandar a A en su propio nombre, o haciendo referencia a su calidad de miembro de la sociedad conyugal que compone con su mujer o marido, o como "representante" de esta sociedad, inexistente como entidad jurídica, porque siempre será A, con calificaciones o sin ellas, el extremo pasivo, personal, de la acción, con incidencia interna y necesaria sobre la comunidad conyugal.

Esta es la doctrina que la Corte consagró en casación de agosto 17 de 1954 (LXXVIII, 325), del todo pertinente al caso:

"La herencia o sucesión de la persona no es sujeto de derecho, y carece, por tanto, de capacidad para ser parte..

"La comunidad singular surge del hecho de ser dos o más personas simultáneamente titulares de cuotas en un mismo derecho, que puede ser personal o real y con mayor frecuencia de propiedad o dominio, caso en el cual se llama específicamente copropiedad o condominio. La comunidad hereditial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por

lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, si, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

"Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existen, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son.

"De esta suerte demandar a la sucesión de N. N., representada por los herederos, y demandar a los herederos de N. N., como tales, directamente, son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor".

No procede, por tanto, el cargo.

Segundo cargo

10 — Consiste también en la falta de armonía entre lo fallado y lo alegado por la parte actora al oponer a la acción de simulación la excepción de prescripción extintiva, de la cual no trata la sentencia, por considerar que fue alegada extemporáneamente. Dice el fallo:

"No es esta la oportunidad para proponer excepciones perentorias de esa naturaleza, ya que ellas deben formar parte de la secuela para que el actor conozca los medios defensivos que se le oponen y tenga oportunidad de desvirtuarlos en el debate probatorio.

"Manda el artículo 343 del C. J. que la excepción de prescripción debe proponerse y alegarse expresamente. Basta leer en el presente caso, la contestación dada a la contrademanda para evidenciar que allí no fue propuesta la excepción de prescripción extintiva de la acción".

Y agrega el recurrente que el fallo, al ocuparse doctrinariamente de dicha excepción, lo hizo por "entretenimiento intelectual o urticante gentileza", pero no como "consideración constitutiva de fundamento de una decisión sobre la excepción, única manera de ser esos párrafos un genuino elemento componente de la sentencia".

Se considera:

Las consideraciones doctrinarias del fallo no podían tener sino un objeto: el de que a pesar de que la excepción no fue propuesta en tiempo —apreciación en la cual erró el fallador— de haberlo sido oportunamente, era, sin embargo, improcedente. De tal manera, las consideraciones doctrinarias no fueron otra cosa que las razones que a juicio del sentenciador existen para negar la excepción aun en el caso de que no hubiese sido propuesta extemporáneamente.

Y así resulta que el sentenciador sí examinó la excepción y decidió sobre ella, de manera indirecta, sin duda, y en cierta forma subsidiaria, pero estas modalidades no alcanzan a configurar discordancia alguna entre lo alegado y lo decidido, hasta el punto de constituir la causal segunda de casación.

Tercer cargo

11 — La inconsonancia, según la acusación, radica ahora en no haber decidido sobre la excepción de prescripción adquisitiva del dominio de los bienes cuyo traspaso simulado alega la parte demandada.

Mas, como el fallo sí trató de tal excepción, habiéndose rechazado por la razón expuesta a los folios 54v y 55 del cuaderno 4º no concurre tampoco en este caso la causal de incongruencia. La sentencia dice, en efecto:

"Se invocó por Rosa Atilia Mora la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio

"Declarada, como habrá de serlo, la simulación del contrato contenido en la escritura 238, que es el que ofrece como título de su propiedad, es obvio que carece de justo título y buena fe. No prospera la excepción".

Por tanto, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto

12 — Se invoca la primera causal de casación para acusar la sentencia de violar la ley sustantiva, por la forma como la sentencia cuenta el tiempo necesario para la prescripción de la acción de simulación, o más exactamente, por negar la presencia de tal excepción, debido a la manera de contar ese lapso, y cita las disposiciones legales quebrantadas, por interpretación errónea, unas, otras por indebida aplicación, y las demás, por infracción directa.

El fallo considera que el término de la prescripción de la acción de simulación "debe empezar a contarse a partir del momento en que surge, en quien la ejercita, el interés jurídico que configura la personería de quien la alega. Y esto es obvio, pues mientras no haya interés no hay acción; y no habiendo acción no puede empezar a correr el término de la prescripción extintiva, pues no puede extinguirse lo que no existe".

El recurrente estima que "el tiempo se cuenta desde que nace la obligación de responder a la acción, desde que se puede ser demandado, desde que hay obligación de asumir esa posición y actuar conforme a ella en el juicio en que se ejercita la acción.. En el presente caso, celebrado el contrato contenido en la escritura 238 de 1929, el señor Benjamín Mora tenía derecho para pedir con razón o sin ella la declaratoria de simulación, y la sociedad conyugal Beaine-Mora tenía la obligación desde ese momento de responder a la acción, sin que nos sea dable insinuar retrospectivamente algún hecho que le permitiera dilatar el cumplimiento de esa obligación procesal, paralelo al derecho procesal de don Benjamín Mora".

Se considera:

13 — La controversia acerca de si es prescriptible la acción de simulación, ha sido resuelta por la Corte de manera afirmativa en casación de 28 de febrero de 1955 (LXXIX. 525). La acción prescribe siempre que el comprador desconozca el derecho del vendedor y este deje correr el tiempo máximo de veinte años sin ejercer la acción.

14 — El momento desde el cual corre la prescripción extintiva de que se trata, ha de constar, ante todo, en el acuerdo secreto, puesto que es natural que las partes prevean en él la oportunidad para que sea cumplido o ejecutado. Pero, si no consta, no podría contarse desde la fecha del contrato aparente, porque pugna a la finalidad misma de la simulación que un traspaso fingido de bienes suponga el restablecimiento inmediato de las cosas, de la verdad contenida en la convención oculta. Ningún objetivo tendría la simulación.

Ese momento, en ausencia de toda estipulación al respecto, no puede ser sino aquel en que el "adquirente" contradiga el contrato secreto desconociendo el derecho del dueño, es decir, negándose a obrar según fue acordado por los contratantes en el convenio oculto.

Porque, mientras el "adquirente" reconozca el derecho del propietario, y esté listo a cumplir lo pactado, no será sino un mero tenedor, y la mera tenencia no se muda jamás en posesión —que es indispensable para usucapir— por el simple transcurso del tiempo, según el artículo 777 del C. C. Por tanto, mientras sea un mero tenedor jamás prescribirá el dominio, y en tanto no prescriba el dominio subsistirá la acción del dueño para que se declare la simulación. "Toda acción por la cual se reclama un derecho —reza el artículo 2538 del C. C.— se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", de manera que si no se prescribe el dominio mal podrá extinguirse la acción del dueño encaminada a que se haga por los jueces la declaración de ser simulado el contrato y se restituya la cosa sobre la cual recae su derecho.

Se trata de un fenómeno de prescripción adquisitiva, con la consecuencia necesaria de la extinción de la acción de simulación, porque adquirida la propiedad por el comprador ficticio, habrá fenecido para el vendedor simulado todo interés relativo a la cosa. Pero, si no hay adquisición, no habrá extinción de la acción, que es consecuencia de la adquisición, y por tanto, de riguroso y fatal cumplimiento.

El **modo de adquirir** obra, ante todo: es la contradicción del derecho ajeno, mediante la posesión de la cosa sobre la cual radica. El **modo de extinguir** la acción viene teóricamente después, porque es el efecto de la adquisición, y prácticamente al tiempo. Porque se adquiere el derecho real de otro mediante la usucapión, es por lo que se extingue, para el titular, ese mismo derecho, y al extinguirse desaparece con él al propio tiempo la acción que lo protege.

Así que sólo cuando el adquirente simulado ha ya poseído la cosa por el lapso requerido por la usucapión extraordinaria —puesto que recibió la cosa a título de mera tenencia (art. 2531 del C. C.)— podrá hablarse de la prescripción extintiva de la acción del tradente ficticio para que se declare la simulación, y si fuere necesario para que

se le haga la restitución patrimonial correspondiente.

La citada sentencia de 28 de febrero de 1955 sentó doctrina al respecto, que ahora reitera la Sala:

"Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva? No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (C. C. art. 2491, ord. 3º) La acción pauliana aunque guarda afinidad con la acción de simulación, tiene fundamentales diferencias.

"La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2535 del C. C.

"Así, tratándose de una compraventa simulada, el interés del vendedor aparente, para destruir los efectos del contrato ostensible cuando el comprador aparente pretende que tal contrato es real y no fingido, desconociendo la eficacia de la contraestipulación, nace sólo a partir de este agravio a su derecho, necesitado de tutela jurídica".

15. Mas, en el supuesto de que la manera de contar el tiempo fuese la sostenida por la señora Mora de Beaine y que ésta se hubiese hallado poseyendo realmente los fundos, esto es, en marcha la prescripción adquisitiva, sucede que la misma contrademandada puso término a cualquier intento de prescripción al reconocer que la venta en referencia es aparente, como quiera que suscribió el testamento de don Benjamín Mora, otorgado mediante la escritura Nº 5 de 5 de enero de 1940, de la notaría del Circuito de Boavita. La forma es extraña, ciertamente, pero de innegable mérito para interrumpir la prescripción extintiva de la acción de simulación, de acuerdo con la norma del artículo 2539 del C. C. Y en fallo de instancia, si por este cargo fuese casable la sentencia, la Sala tendría que tomar en cuenta la interrupción expresada, que aniquilaría la alegación del medio extintivo de la acción.

Resolución:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario iniciado por Rosa Atilia de Beaine contra Rosa María Saravia Gallo v. de Mora y otro.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

COMPLICIDAD CORRELATIVA. — COPARTICIPACION CRIMINAL. — RIÑA IMPREVISTA

1.—Cuando varias personas participan en la ejecución de un delito de homicidio o lesiones y no se determina el autor, la Ley establece que todos los cooperadores deben responder penalmente del hecho con el fin de evitar la impunidad. El fenómeno jurídico de la complicidad correlativa, sirve para llenar un vacío de prueba en relación con el autor o autores del delito; pero esta modalidad —complicidad correlativa— no modifica el delito específico de homicidio o lesiones para tipificarlo como entidad delictual distinta. No. El artículo 385 del C. P. establece la responsabilidad para los cooperadores y atenúa la sanción en aquellos casos en que es imposible determinar al autor del ilícito. La complicidad correlativa no tiene el carácter de participación principal ni de secundaria; es un tipo intermedio equidistante entre las dos, cuya característica especial o dominante es la dificultad, la duda o perplejidad en la determinación del autor o autores. Cuando aquél o éstos se determinan, desaparece el fenómeno de la complicidad correlativa para dar paso a otra modalidad jurídica de coparticipación.

2.—El artículo 19 de la Ley Sustantiva determina la coparticipación criminal de varias personas en la ejecución de un delito, bien sea porque tomen parte en la realización del hecho, ora porque presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el ilícito, o ya también porque determinen a otra persona a cometerlo. Dentro de estos términos claros y precisos, el legislador concreta las diversas formas de coparticipación principal, material o moral de los cooperadores en la ejecución del delito, y excluye en consecuencia, la cooperación secundaria o accesoria para establecerla posteriormente en el artículo 20 del Código de las Penas.

Son autores intelectuales los que conciben, crean o preparan la resolución criminal; y aquellos que la llevan a la práctica o la ejecutan, se denominan autores materiales; tanto éstos como aquéllos son penalmente responsables y la pena aplicable en ambos casos, es la que corresponde al delito aumentada o disminuida de acuerdo con la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y circunstancias de mayor o menor peligrosidad de cada uno de los cooperadores.

La coparticipación necesaria presupone:

a) La existencia de un delito y el concurso de dos o más personas para realizarlo; b) La intención, o sea la acción dolosa o psíquica, es decir, el conocimiento, propósito y voluntad de los cooperadores para cometer un hecho determinado; y c) La acción física en el sentido de que todos los cooperadores aporten una contribución para la existencia del hecho. Si las acciones no tienden al mismo delito, se rompe la unidad de concurso o coparticipación criminal, pues es la convergencia de las fuerzas objetivas y subjetivas las que dan vida a la coparticipación criminal.

En otros términos: "El fenómeno del concurso de delincuentes implica que dos o más personas quieren un delito determinado y hacen algo para realizarlo. Hay en ello una reunión de intenciones y de actividades individuales encaminadas a una meta común: el delito cometido. Concierto criminoso común de un lado, y distintos pero convergentes actos físicos de participación del otro, son los presupuestos necesarios del concurso. Por esa razón, en tal fenómeno, todos los colaboradores responden de un común de-

nominador, o de un solo hecho principal: la infracción ejecutada".

3—La riña para que sea circunstancia modificadora de la responsabilidad debe ser imprevista, es decir, intempestiva, de improviso, que no se prevee o conoce de antemano o con anticipación; es un lance que surge casualmente sin preparación anticipada y sin concierto previo en la intención y en la voluntad; es una circunstancia inesperada para uno de los contrincantes que lo pone en trance de repeler un ataque en la mayoría de los casos injusto e inmotivado. Pero la riña deja de ser imprevista para las personas que intervienen en ella, cuando previamente existe un episodio preliminar de mutuas ofensas de palabra que por lógica consecuencia los conduce a las vías de hecho. En estos casos no puede hablarse de imprevisión porque quien ultraja debe prever las consecuencias de la reacción; porque quien actúa voluntariamente y se traba en lucha con su contender, por anticipado prevee las consecuencias de su proceder y en estas condiciones no puede alegarse que la riña sea imprevista para quien fue su provocador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a **Salvador** y **Arcadio Naranjo González**, a la pena principal de un año de prisión, como responsables del delito de lesiones cometido en la persona de **Isidoro Barrera**.

Contra este fallo el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación. Cumplidas las formalidades legales, la Corte procede a su estudio.

Hechos

Isidoro Barrera y Salvador Naranjo celebraron una promesa de venta de un lote de terreno de propiedad del primero. El comprador entregó al vendedor parte del precio y vencido el término dentro del cual debía de otorgarse la escritura de venta, el vendedor se negó a hacerlo y manifestó que devolvería el dinero recibido. El veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta, los Barrera y Naranjo estuvieron en el establecimiento de Elisa García tomando algunas cervezas; al calor de las libaciones Naranjo reclamó a Barrera por el incumplimiento del contrato. Vinieron los insultos y palabras groseras del comprador para su vendedor y por último la agresión de hecho, en cuya riña tomó parte principal Arcadio Naranjo, hermano de Salvador. Como consecuencia de este altercado resultaron lesionados Isidoro Barrera y Salvador Naranjo.

Cumplidas las formalidades procedimentales, el Juzgado Promiscuo de Socha en providencia de diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, llamó a responder en juicio a Salvador y Arcadio Naranjo por un delito de lesiones personales cometido en Isidoro Barrera, dentro de la modalidad del artículo 385 del C. P.; y a Barrera por el mismo delito —lesiones personales— cometido en Salvador Naranjo.

Ejecutoriada esta providencia el Juzgado, en sentencia de diez de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, condenó a Salvador y Arcadio Naranjo a la pena principal de seis meses de prisión por violación de los artículos 373, inciso 2º, y 385 del Código de las Penas; y a Isidoro Barrera a un mes de arresto por violación de los artículos 372, inciso 1º, y 384 de la Ley Sustantiva.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal, en providencia de veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a Arcadio y Salvador Naranjo a la pena principal de un año de prisión para cada uno de los procesados, y a Isidoro Barrera a la pena de un mes de arresto con base en estas consideraciones:

a) Los hermanos Naranjo fueron llamados a responder en juicio "en su calidad de coautores del delito de lesiones personales". Pero en sentir del Tribunal la tesis del Juzgado es equivocada, porque de acuerdo con la prueba testimonial y con la aclaración de la madre del agraviado, quien ocasionó las heridas a Barrera no fue otro sino Arcadio Naranjo. "En consecuencia —dice el Tribunal— quedando plenamente demostrado y radicado el hecho material en sujeto determi

nado, no cabe entonces la aplicación del artículo 385 del C. P. que trata de la complicidad correlativa. Y,

b) "Probado está hasta la saciedad que el disgusto inicial y consiguiente reyerta se suscitó entre Salvador Naranjo González e Isidoro Barrera, disturbio éste sin el cual los hechos no hubiesen culminado en la forma como la relatan los autos. Por tanto, bien podemos situar a Salvador Naranjo en la casilla de los cómplices necesarios y, en consecuencia, habrá de aplicarse la sanción establecida para el delito, como así lo ordena el artículo 19 del Código Penal".

Demanda

El recurrente impugna la sentencia por la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y expresa que la errónea apreciación de la prueba, por una parte, llevó al Tribunal a considerar los hechos ejecutados por Salvador Naranjo como causa determinante o necesaria del delito cometido por Arcadio, y por otra, a negar la circunstancia modificadora de la responsabilidad —riña imprevista— para Arcadio Naranjo.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos, cuando en la sentencia se les atribuye un valor que no tienen o se les niega el que sí tienen, o no se les considera cuando están acreditados en el proceso, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la pena.

El recurrente impugna la sentencia porque —en su concepto— el hecho —riña— entre Salvador Naranjo e Isidoro Barrera fue erróneamente apreciado por el Tribunal "por cuanto que lo toma como causa eficiente del delito cometido por Arcadio, cuando en realidad no alcanza a ser sino una causa ocasional, pero no una causa determinante de la responsabilidad".

Dice el recurrente que si el Tribunal descartó el fenómeno jurídico de la complicidad correlativa y abicó la responsabilidad en la persona de Arcadio Naranjo, su hermano no puede ser cómplice necesario porque "no aparece probado que los hermanos Naranjo se hubieran puesto de acuerdo para atacar a Barrera. Salvador no sostuvo a Isidoro para que el otro lo hiriera, ni lo impidió la fuga, ni empleó actividad de cooperación especial distinta al acto de reñir".

"Las personas que discutan o riñen —dice el demandante— no pueden ser responsables de los actos de un tercero que se aprovecha de la ocasión, o que interviene en favor de alguno de los querellantes, con el propósito de herir o matar, si los que riñen no ejecutan actos especiales de cooperación en el delito. De otra manera, todo el que toma parte en una molestia tenía que ser castigado al igual que el directo responsable de un acto punible.

"A confirmar esto, es decir, que el solo hecho de tomar parte en una riña no es suficiente para acarrear responsabilidad de los delitos que en ella se cometan, viene la disposición del artículo 385 del Código Penal, el cual no establece sanciones para los que intervienen en una contienda, sino en el caso de que no se sepa cuál de ellos ha cometido el delito de homicidio o de lesiones".

Posteriormente analiza las pruebas para llegar a la conclusión de que Salvador Naranjo no fue el autor de las lesiones y que su intervención en los hechos no le acarrea la sanción establecida por el artículo 19 del C. P. en calidad de cómplice necesario.

Se considera:

Cuando varias personas participan en la ejecución de un delito de homicidio o lesiones y no se determinar el autor, la ley establece que todos los cooperadores deben responder penalmente por el hecho con el fin de evitar la impunidad. El fenómeno jurídico de la complicidad correlativa, sirvo para llenar un vacío de prueba en relación con el autor o autores del delito; pero esta modalidad —complicidad correlativa— no modifica el delito específico de homicidio o lesiones para tipificarlo como entidad delictual distinta. No. El artículo 385 del C. P. establece la responsabilidad para los cooperadores y atenúa la sanción en aquellos casos en que es imposible determinar el autor del ilícito. La complicidad correlativa no tiene el carácter de participación principal ni de secundaria; es un tipo intermedio equidistante entre las dos, cuya característica especial o dominante es la dificultad, la duda o perplejidad en la determinación del autor o autores. Cuando aquél o éstos se determinan, desaparece el fenómeno de la complicidad correlativa para dar paso a otra modalidad jurídica de coparticipación.

Excluída la modalidad —complicidad correlativa— y radicada la responsabilidad como autor del hecho en Arcadio Naranjo, su hermano Salvador -como lo afirma el Tribunal- ¿tiene la calidad de cómplice necesario, y debe ser penado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 del C. P.?

El artículo 19 de la Ley Sustantiva determina la coparticipación criminal de varias personas en la ejecución de un delito, bien sea porque tomen parte en la realización del hecho, ora porque presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el ilícito, o ya también porque determinen a otra persona a cometerlo. Dentro de estos términos claros y precisos, el legislador concreta las diversas formas de coparticipación principal, material o moral de los cooperadores en la ejecución del delito, y excluye en consecuencia, la cooperación secundaria o accesoria para establecerla posteriormente en el artículo 20 del Código de las Penas.

Son autores intelectuales los que conciben, crean o preparan la resolución criminal; y aquellos que la llevan a la práctica o la ejecutan, se denominan autores materiales; tanto éstos como aquéllos son penalmente responsables y la pena aplicable en ambos casos, es la que corresponde al delito aumentada o disminuída de acuerdo con la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y circunstancias de mayor o menor peligrosidad de cada uno de los cooperadores.

La coparticipación necesaria presupone:

a) La existencia de un delito y el concurso de dos o más personas para realizarlo; b) La intención, o sea la acción dolosa o psíquica, es decir, el conocimiento, propósito y voluntad de los cooperadores para cometer un hecho determinado; y c) La acción física en el sentido de que todos los cooperadores aporten una contribución para la existencia del hecho. Si las acciones no tienden al mismo delito, se rompe la unidad de concurso o coparticipación criminal, pues es la convergencia de las fuerzas objetivas y subjetivas las que dan vida a la coparticipación criminal.

En otros términos: "El fenómeno del concurso de delincuentes implica que dos o más personas quieren un delito determinado y hacen algo para realizarlo. Hay en ello una reunión de intenciones y de actividades individuales encaminadas a una meta común: el delito cometido. Conciencia criminosa común de un lado, y distintos pero convergentes actos físicos de participación del otro, son los presupuestos necesarios del concurso. Por esa razón, en tal fenómeno, todos los colaboradores responden de un común denominador, o de un sólo hecho principal: la infracción ejecutada".

No existe coparticipación criminal en los actos realizados por Salvador Naranjo y los ejecutados por su hermano Arcadio, para que pueda calificarse de "cómplice necesario" como lo hace el Tribunal. No hay unidad ni conexión en los elementos subjetivos y objetivos del delito; ellos obraron independientemente el uno del otro, sin intención y sin propósito de cometer conjuntamente un acto determinado. Aquella cofraternidad espiritual y material que caracteriza la coparticipación criminal en la realización del delito, no existe; y el auxilio o cooperación de Salvador Naranjo sin lo cual Arcadio no hubiera podido cometer el delito, no se demuestra ni revela de las pruebas del proceso. Al contrario, los testigos presenciales Mercedes Serrano, Camilo Márquez, Susana Fuentes y otros, opinan que el autor de los hechos que culminaron con las lesiones fue Arcadio, como lo sostiene el Tribunal.

Así, pues, los actos realizados por Salvador fueron indiferentes para la consumación del delito; entonces es lógico afirmar la calidad de "cómplice necesario" respecto de la persona que por uno u otro motivo dio lugar a una riña sin demostrar previamente que en el delito resultante de ella los cooperadores tuvieran unidad de intención y voluntad de ejecutarla, ya que en la coparticipación no basta la demostración de los elementos ideológicos y físicos del delito, sino que es necesario e indispensable probar que en los cooperadores había unidad de propósito y voluntad de realizarlo con actos exteriores que convergen a un solo fin, delito específico y determinado.

En estas condiciones la interpretación y apreciación de los hechos fue equivocada, pues de ellos se deduce una responsabilidad —complicidad necesaria— sin estar plenamente demostrada. Las lesiones causadas a Barrera no fueron producto de un acuerdo previo; luego Salvador sólo debe responder de sus propias acciones y no de las de su hermano, y como dichos actos no le acarrean ninguna responsabilidad, así habrá de resolverse.

Por lo tanto, la causal alegada prospera.

"Por errada apreciación o interpretación de los hechos —dice el recurrente— el H. Tribunal no tomó en cuenta respecto de Arcadio Naranjo la circunstancia de la riña imprevista, a pesar de

estar demostrada en el proceso. Tal circunstancia modifica la responsabilidad de este procesado".

Afirma el demandante que en el proceso se halla demostrada plenamente la circunstancia de que "Arcadio no podía prever esta riña dada la camaradería que en aquellos momentos demostraba Barrera para con Salvador" y que no se puede negar la riña porque hubo golpes de parte y parte por efecto de las bebidas embriagantes; por consiguiente, al negar la existencia de una circunstancia modificadora de la responsabilidad, "se ha negado va or probatorio a hechos que evidentemente las demuestran".

La comprobación de la circunstancia modificadora de la responsabilidad —riña imprevista— sólo puede hacerse mediante el examen de la prueba testimonial.

En efecto: Camilo Márquez expresa:

"El día por que se me está preguntando, yo entré a la tienda de 'María Bonita' en Tasco a eso de las dos de la tarde poco más o menos, estaban tomando en la tienda ya mencionada, cuando entré me saludaron los Barreras, los otros o sean los **Naranjos**, siguieron insultando a los Barreras, y los Barreras al principio decían: '¿Pero quién les hace caso a estos locos?", entonces los Naranjos dijeron: "Sí miren sus locos' y entonces se le mandaron los dos Naranjos a un Barrera, le agarraron, entonces yo los apartaba, pero como los Naranjos solamente le pegaban a un solo Barrera que era a Isidoro, porque el otro la permaneció parado quieto, como no lo molestaron, él ni siquiera ayudó a apartarlos, menos a defender al hermano, mientras yo retiraba al uno de los Naranjos entonces el otro le tiraba a Barrera. Los Naranjos me decían que dejara matar ese ladronazo, que no dejaba ni las cucharas, es decir, juntos los dos Naranjos eran muy groseros, como no los dejé que le pegaran, entonces Arcadio Naranjo cogió una botella y me la mandó por la cabeza pero no me causó herida ninguna y me decía que yo era un **alcahuete**, que no dejaba matar a Isidoro Barrera, después de que me pegó entonces me parece que **Manuel Sánchez** llegó y me sacó para afuera y mientras eso fue cuando el otro o sea Barrera apareció bañado en sangre, cuando estaba en la calle llegó la Policía y los llevó; había gente que decía pero no recuerdo quiénes que a Barrera lo habían herido con el pedazo de botella que tenía uno de los Naranjos o sea Arcadio".

Mercedes Serrano.—"Me consta que entré a la tienda donde estaban tomando Salvador y Arcadio Naranjo y también estaba allí Isidoro Barrera y cuando me di cuenta fue que Salvador Naranjo ultrajó a Isidoro Barrera con malas expresiones: luego Isidoro no le contestó nada y de golpe le metió una prendida Salvador a Isidoro y en ese momento le dijo Isidoro que plata le debería pero que no ultrajes, pues era que lo estaba ultrajando mal por un poco de plata que le debía Isidoro a Salvador. En seguida estaba ahí don Camilo Márquez y sacó para afuera a Salvador y a Arcadio para que no pelearan, y luego se entraron de nuevo y se prendieron ahí sí juntos y en ese momento se metió Arcadio Naranjo y le hizo tres viajes como en acción de picarlo y a otro momento resultó echando sangre".

Rafael Chiquillo.—"Estando yo allá donde llaman la tienda de María Bonita pero yo no le sé el nombre dicen que es María García yo no sé bien, y como yo estaba tomando trago desde por la mañana ya me encontraba en estado de embriaguez y vi cuando entraron los peleadores Isidoro Barrera, Salvador y Arcadio Naranjo, estos últimos son hermanos, y pidieron cerveza y se pusieron a tomar en dicha tienda, y estando ahí vi que le metieron un botellazo a Isidoro Barrera y en seguida yo me salí para afuera para la calle y se quedaron ahí pero yo no supe cuál sería cuien le metió el botellazo a Isidoro y no supe ni me consta más".

Ulpiano Fuentes.—"A mí me consta que el día veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta, estaba yo con ellos o sea **Isidoro Barrera, Elio Barrera, Susana Fuentes** (madre de los Barreras) y **Margarita Barrera**, estábamos desde por la mañana tomando cerveza en la tienda de Isidora Villamarín, en Tasco, por ahí al rato, no recuerdo a qué horas llegaron a la misma tienda **Salvador** y **Arcadio Naranjo**, Isidoro les brindó cerveza Bavaria, ellos recibieron y tomaron, luego salimos para afuera y yo me separé de ellos, habiendo seguido en la compañía todos cuatro o sean los Barreras y Naranjos, yo me entré a la tienda de Gerardo Castañeda y la permanecí ahí con Antonio Acero tomando una cerveza; cuando la acabamos de tomar yo salí a la puerta y vide (sic) que estaban en la puerta de la tienda de María Bonita, estaba en la puerta Salvador Naranjo y estaba sangrando, me fui para allá, estaba siendo grosero Arcadio Naranjo que decía

que eran unos hijueputas, entonces en seguida, se puso a desapartarlos don Camilo Márquez".

De conformidad con estos testimonios se demuestra que tanto los Naranjos como los Barrera estuvieron tomando cerveza en el establecimiento de Elisa García, y que el incidente tuvo su origen en el reclamo que Salvador Naranjo hiciera a Barrera por el incumplimiento de un contrato, que Naranjo hizo el reclamo con palabras agresivas y ultrajantes, que luego se trabaron en riña en cuyos episodios tomó parte activa Arcadio Naranjo, quien fue el autor de las lesiones.

La riña para que sea circunstancia modificadora de la responsabilidad debe ser imprevista, es decir, intempestiva, de improviso, que no se prevee o conoce de antemano o con anticipación; es un lance que surge casualmente sin preparación anticipada y sin concierto previo en la intención y en la voluntad; es una circunstancia inesperada para uno de los contrincantes que lo pone en trance de repeler un ataque en la mayoría de los casos injusto e inmotivado. Pero la riña deja de ser imprevista para las personas que intervienen en ella, cuando previamente existe un episodio preliminar de mutuas ofensas de palabras que por lógica consecuencia los conduce a las vías de hecho. En estos casos no puede hablarse de imprevisión porque quien ultraja debe prever las consecuencias de la reacción; porque quien actúa voluntariamente y se traba en lucha con su contendor, por anticipado prevee las consecuencias de su proceder y en estas condiciones no puede alegarse que la riña sea imprevista para quien fue su provocador.

La prueba testimonial demuestra que la riña no fue casual para Arcadio Naranjo, pues éste tomó parte activa no sólo en los reclamos y ultrajes de palabra que la precedieron, sino en sus resultados: luego los hechos fueron debidamente apreciados por el Tribunal, razón por la cual debió descartarse el fenómeno de la riña imprevista para Arcadio Naranjo.

Por esos motivos, no prospera la causal alegada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º Se invalida el fallo en lo relativo a la condena impuesta a Salvador Naranjo.

2º Se absuelve al mismo de los cargos que se le formularon en el auto de proceder. Y,

3º NO SE CASA la sentencia en lo relativo a Arcadio Naranjo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

SE NIEGA LA LIBERTAD DE UN PROCESADO

Tratándose del recurso extraordinario de casación, la competencia de la Sala se limita a tramitarlo y a proferir el fallo que lo desata, en el cual apenas le incumbe examinar los cargos formulados en la respectiva demanda contra la sentencia objeto de la impugnación, sin que pueda la Corte avocar oficiosamente cuestiones que son propias de los juzgadores de instancia. Sólo por excepción, podrá este Despacho ocuparse en incidentes extraños al recurso, cuando la ley así lo manda. Y una de esas excepciones es el beneficio de libertad del procesado, en el caso de que éste haya cumplido la condena en detención preventiva (artículo 411 C. de P. P.).

Pero so pretexto de tal petición, no puede pretenderse que la Corte abra una nueva investigación probatoria para esclarecer la inocencia del sindicado, cosa que únicamente puede hacerse en las fases ordinarias del proceso, o mediante el recurso extraordinario de revisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El preso Mario Enrique Ruiz T. pide nuevamente a la Corte lo ponga en libertad.

En la primera solicitud que hizo, adujo estas razones:

"El Juzgado Primero Superior de Bogotá, mediante sentencia me absolvió, por considerar que yo no era responsable del delito que se me imputaba.

"El Tribunal Superior de Bogotá me ha sentenciado en el mismo negocio penal, en donde fui absuelto en primera instancia, y como esta sentencia no está en firme, porque ha sido apelada (sic) ante esa H. Corte Suprema de Justicia, podría ocurrir que sea casada y, en tal virtud, reformada en todas sus partes, quedando en firme la de primera instancia, después de haber sufrido en detención injustamente, un largo tiempo".

La Sala, en providencia de fecha 24 de mayo de este año, negó la libertad de Ruiz T., por no ser el caso del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, ya que el procesado no había cumplido, en detención preventiva, la pena de seis años y medio de presidio que le impuso la sentencia acusada. Y agregó este Despacho:

"Mientras no se falle el recurso, la sentencia del Tribunal produce sus efectos en lo relativo a la orden de detención de... Ruiz".

Ahora, en esta segunda petición, Ruiz T. aduce motivos distintos para que se le ponga en libertad incondicional, a saber: que él no tuvo ninguna participación en el robo investigado en el presente negocio, porque en esa época, se encontraba en la ciudad de Cúcuta; y entonces —expresa Ruiz— "todo lo que hay contra mí, no es más que la coincidencia de mi nombre con el del posible autor de los hechos. En este caso se trata quizá, de un homónimo, muy explicable y natural, máxime cuando en ninguna parte del proceso se ha dicho cuál es la filiación personal del otro Mario Ruiz de que trata el informativo".

Y, al efecto, para comprobar la coartada, Ruiz pide que se recojan los testimonios de José Méndez y Rubén Rodríguez Lindarte, vecinos de Cúcuta.

Se considera:

El proceso ha subido a la Corte en recurso de casación interpuesto por el defensor de Edgar Augusto Rodríguez y por el acusado Diego Emilio Castellanos Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a cada uno de los reos a seis años y medio de presidio por el delito de robo.

A igual pena fue condenado, en el mismo fallo, Mario Ruiz, cuyo juzgamiento se hizo en contumacia. Ruiz fue capturado cuando el negocio estaba ya en la Corte, sin que su defensor hubiera recurrido en casación.

Tratándose de este recurso extraordinario, la competencia de la Sala se limita a tramitarlo y a proferir el fallo que lo desata, en el cual apenas le incumbe examinar los cargos formulados en la respectiva demanda contra la sentencia objeto de la impugnación, sin que pueda la Corte avocar oficiosamente cuestiones que son propias de los juzgadores de instancia. Sólo por excepción, podrá este Despacho ocuparse en incidentes extraños al recurso, cuando la ley así lo manda. Y una de esas excepciones es el beneficio de libertad del procesado, en el caso de que éste haya cumplido la condena en detención preventiva. (Artículo 411 C. de P. P.).

Pero tal hipótesis no se contempla aquí. Lo que el peticionario pretende es que la Corte abra una nueva investigación probatoria para esclarecer la inocencia de Ruiz T., cosa que únicamente puede hacerse en las fases iniciales del proceso, o mediante el recurso extraordinario de revisión.

Por eso, dice con todo acierto el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al conceptuar sobre la petición de Ruiz T.:

"A otras entidades debería dirigirse el mencionado procesado para el efecto de que determine su personalidad y la distinga, si ello es cierto, de la del sujeto Mario Ruiz de quien trata la sentencia, pues a la Corte no le incumbe analizar esos aspectos sino dentro de la técnica de casación, y mediante las causales pertinentes.

"Por otra parte, existe un recurso especial de revisión (artículo 571 C. de P. P.), que haría posible o viable lo que ahora se pretende por cauces perfectamente inconducentes".

No sobra observar al respecto que en el auto de fecha diez de abril de 1954 (fs. 154, cuaderno 1º), el investigador ordenó la detención, entre otros, de "Mario Ruiz Téllez", y este nombre corresponde al del peticionario y capturado Ruiz T., según aparece de la reseña que le hizo el Servicio de Inteligencia Colombiano (fs. 10, cuaderno último).

De suerte que, al aceptar la tesis del simple homónimo que plantea Ruiz T., habría que recurrir a una demostración probatoria para determinar el verdadero responsable, cosa que no es de la competencia de la Corte como Tribunal de casación, según se deja expuesto.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde con el señor Procurador, NIEGA la excarcelación pedida por Mario Enrique Ruiz T.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Zafra. José Amadeo Rey, Secretario.

EN CASACION, LA CORTE NO PUEDE DECLARAR LA CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO. — LIBERTAD DE APRECIACION POR EL JUEZ DE INSTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD, CUANDO NO SON MODIFICADORAS O CONSTITUTIVAS DEL DELITO. — TECNICA DE CASACION

1.— El veredicto es la fuente inmediata de la sentencia; y cuando los jurados desconocen palmariamente la verdad de los hechos probados, el único camino que le queda al Juez de derecho es el de declarar contraevidente la respuesta del Juri para que otro tribunal popular decida definitivamente sobre los cargos que pesan contra el acusado. Tal contraevidencia sólo pueden decretarla los juzgadores de instancia, y no la Corte, en el recurso extraordinario de casación (artículos 537 y 554 C. de P. P.).

La Corte únicamente tiene competencia para invalidar un veredicto, en el caso de que sus términos contengan una evidente contradicción (num. 7º, art. 567 ibidem). Así lo dejaron establecido los miembros de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal.

Si, pues, la Corte está jurídicamente imposibilitada para infirmar un veredicto que desconozca la evidencia de los hechos, A FORTIORI, ha de estarlo también para dictar un fallo absolutorio, llevándose de calle la contestación afirmativa del Jurado sobre la responsabilidad del reo, como lo pretende el actor. Ello implicaría poner la sentencia recurrida en desacuerdo con la voluntad de los jueces de conciencia, anomalía que es, precisamente, una de las causales de casación (la tercera).

2.— En la parte motiva del auto de proceder se consignan los elementos constitutivos del delito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial. Las circunstancias accesorias de la infracción imputada se aprecian y determinan únicamente en la sentencia, y sobre ellas no se interroga al Jurado (art. 499 C. de P. P.).

De manera que si, en el caso sub judice, los índices de peligrosidad que se tuvieron en cuenta para aumentar el mínimo de la pena no pertenecían al género ni a la especie de los homicidios porque fue condenado el reo, el Tribunal tenía plena libertad para computar aquéllos en la sentencia, aunque el pliego de cargos nada hubiera insinuado sobre el particular.

3.—El Tribunal analizó ampliamente las circunstancias agravantes de la pena, dando las razones para subir el mínimo de la sanción; y el autor del libelo omitió refutarlas debidamente, como es de rigor. Se limitó a hacer simples afirmaciones sobre la inexistencia de las agravantes, lo que sólo es de recibo en las instancias del juicio, mas no en el recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, nueve de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Está acusada en casación, con base en las causales primera, segunda y tercera, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha trece de mayo de 1955, que condenó a **José de los Santos Hernández** a la pena de quince años de presidio y accesorias consiguientes, como responsable de dos homicidios consumados en las personas de los hermanos Francisco y Adán Velásquez.

Causal segunda. — Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante —que lo es el defensor del procesado— sostiene que el Tribunal apreció mal los testimonios de Simón de Jesús Soto, Luis Aníbal Tejada y Abelardo Ballesteros, lo mismo que la confesión de Hernández, porque de esa prueba se

deduce que éste obró en legítima defensa. Y, al no reconocerlo así, violó el sentenciador los artículos 25, 362 y 37 (sic) del estatuto represivo.

Una tesis tan radical como la anterior, de hallarse demostrada, llevaría a la absolución de Hernández.

Pero ocurre que ese tema debe resolverlo el Jurado en esta clase de negocios que se fallan con su intervención. El veredicto es la fuente inmediata de la sentencia; y cuando los jurados desconocen palmariamente la verdad de los hechos probados, el único camino que le queda al Juez de derecho es el de declarar contraevidente la respuesta del Jurd para que otro tribunal popular decida definitivamente sobre los cargos que pesan contra el acusado. Tal contraevidencia sólo pueden decretarla los juzgadores de instancia, y no la Corte Suprema en el recurso extraordinario de casación (artículos 537 y 554 C. de P. P.).

La Corte únicamente tiene competencia para invalidar un veredicto, en el caso de que sus términos contengan una evidente contradicción (artículo 567, numeral 7º, ibidem).

Así lo dejaron establecido los miembros de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

"Hemos dicho que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el Jurado, y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia".

Si, pues, la Corte está jurídicamente imposibilitada para infirmar un veredicto que desconozca la evidencia de los hechos, a fortiori, ha de estarlo también para dictar un fallo absolutorio, llevándose de calle la contestación afirmativa del Jurado sobre la responsabilidad del reo, como lo pretende el actor. Ello implicaría poner la sentencia recurrida en desacuerdo con la voluntad de los jueces de conciencia, anomalía que es, precisamente, una de las causales de casación (la tercera).

Se rechaza, por lo tanto, la causal segunda.

Tercera causal.—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

El cargo consiste en que el sentenciador, al imponer la sanción, dedujo contra el acusado dos circunstancias de mayor peligrosidad —la 6ª y la 7ª del artículo 37 del Código Penal—, sin haberlas puntualizado en el llamamiento a juicio.

La acusación tampoco prospera. En la parte motiva del auto de proceder se consignan los elementos constitutivos del delito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial. Las circunstancias accesorias de la infracción imputada se aprecian y determinan únicamente en la sentencia, y sobre ellas no se interroga al Jurado. Tal es el mandato del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto dice:

"La apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al juez de derecho".

Y como en el caso **sub judice**, los índices de peligrosidad que se tuvieron en cuenta para aumentar el mínimo de la pena no pertenecían al género ni a la especie de los homicidios por que fue condenado Hernández, el Tribunal tenía plena libertad para computar aquéllos en la sentencia, aunque el pliego de cargos nada hubiera insinuado sobre el particular.

Primera causal.—Violación de la ley penal

Critica el actor las dos circunstancias de peligrosidad que la sentencia dedujo contra el procesado, a saber: su mayor insensibilidad moral en la ejecución de los homicidios, y el haber abusado de las condiciones desfavorables en que se hallaban las víctimas cuando fueron acometidas.

Pero es lo cierto que el Tribunal analizó ampliamente este aspecto del asunto, dando las razones para subir el mínimo de la sanción; y el autor del libelo omitió refutarlas debidamente, como era de rigor. Se limitó a hacer simples afirmaciones sobre la inexistencia de las agravantes, lo que sólo es de recibo en las instancias del juicio, mas no en el recurso extraordinario de casación.

"Sustancialmente —ha expresado la Corte—, la demanda de casación debe contener una solicitud, una motivación de la causal o causales que se invoquen, y la cita de las normas legales que se consideren violadas por el Tribunal. Ello, porque la casación se funda en una discordancia entre la sentencia impugnada y la ley, y corresponde, por lo tanto, al recurrente demostrar sus tesis para destruir la presunción de juridicidad que ampara al fallo acusado. La sustentación es el

recurso mismo y constituye la nota diferencial suprema que lo separa de los otros medios comunes que rigen en las instancias. Por eso, la casación es defensa extraordinaria de la legalidad, y como tal, está sometida a particulares requisitos de forma y de fondo". (Sentencia de 3 de noviembre de 1954. GACETA número 2149, página 307).

De ahí que diga acertadamente el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal.

"En casación —se ha repetido continuamente— un cargo que no se demuestre es como si no se hiciera.

"Y la comprobación del cargo no puede consistir en simples afirmaciones, o referencias, o negativas de carácter general, sin puntualizar exactamente dónde estuvo el error; o por qué determinada prueba no se podía considerar; o en qué consistió la apreciación equivocada de los hechos que llevaron al fallador a insistir en determinada circunstancia.

"El simple alegato en relación con inexistencia de pruebas al respecto en el expediente, no puede sustituir una demostración ordenada, categórica, precisa, de las afirmaciones con que se pretende sustentar el cargo.

"Y todos estos aspectos se echan de menos en la argumentación transcrita, sin entrar desde luego a refutar, como era lo indicado, la parte pertinente del fallo".

O sea que la causal primera invocada, resulta inoperante para desquiciar los considerandos del Tribunal sobre la individualización de la pena.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador, NO CASA la sentencia demandada del Tribunal Superior de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

REVISION Y CASACION. — EN EL RECURSO DE REVISION SE TRATA DE SUBSANAR UNA SERIE DE CUESTIONES DE HECHO, NO DE DERECHO, POR TANTO NO ES ADMISIBLE DISCUTIR LA LEGALIDAD DE LA SENTENCIA, LO QUE ES PROPIO DE LA CASACION—CAUSAL 5ª DE REVISION.—"HECHOS NUEVOS" Y "PRUEBA NO CONOCIDA AL TIEMPO DE LOS DEBATES"

1—El recurso extraordinario de revisión se ha establecido no con el fin de que se intente un análisis crítico-jurídico de la sentencia, sino encaminado a que se ofrezcan elementos de juicio, según los cuales pueda evidenciarse una de estas situaciones: a) que se ha condenado a dos o más personas por un delito que no pudo ser cometido sino por una solamente; b) que era indebida la condena por ser imposible el delito; c) que ella tuvo origen en un testimonio, peritazgo o documento falsos; d) que la sentencia se obtuvo mediante una prueba secreta que no obró en el proceso; y e) que después del juzgamiento apareció un hecho nuevo o se presentó una prueba ignorada al tiempo de los debates. Es decir, una serie de cuestiones de hecho y no de derecho, que es lo que tiende a subsanar la revisión.

Que la prueba sea apta o no para condenar, es algo que escapa a su naturaleza, porque el objeto de este recurso no es confrontar la sentencia con la ley, desde luego que se trata no de reponer el fallo sino el proceso mismo. De ahí que los elementos de juicio que se aduzcan deben ser otros distintos de los ya analizados, y de tal vigor y fuerza demostrativa que conduzcan a presumir, cuando menos, si no ya a evidenciar la irresponsabilidad del procesado. No es, pues, la sentencia, aisladamente, la que se va a modificar o a reemplazar, sino que ella desaparece como resultado de un procesamiento incompleto o de bases deleznables, bien porque se omitió considerar una prueba decisiva o porque su construcción fue falsa. Y al ordenar que se revise, principia uno nuevo, cuyas consecuencias no podrán ser menos favorables que las del anterior. De donde se concluye que, siendo la cosa juzgada lo que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la Ley Penal, el error al apreciar las pruebas y aun la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura en las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron.

2.—Quien invoque la causal 5ª de revisión (artículo 571 C. de P. P.), está obligado a manifestar el hecho nuevo, demostrándolo, o a presentar la prueba no conocida durante el juzgamiento.

Además, es bueno advertir que argumento o raciocinio nuevo no es lo mismo que "hecho nuevo" y que en calidad de "prueba no conocida al tiempo de los debates" no puede citarse la misma que se tuvo en cuenta en el juicio, por mal apreciada que haya sido, sino una enteramente original, para que así corresponda la condición impuesta por la ley, es decir, que no haya sido conocida, y por lo tanto, examinada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, diez de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El abogado Marino López Lucas solicita, mediante el recurso correspondiente, que se revise el proceso que se adelantó contra Mario Alberto

Garzón, su poderdante, y en el cual fue condenado, de acuerdo con los artículos 30 y 45 del Decreto 0014 de 1955, a la medida represiva de dos a ocho años de relegación en una colonia agrícola, por considerársele comprendido en el artículo 7º —numeral 25— de dicho ordenamiento legal, según sentencia de 28 de septiembre de 1955 pronunciada por el Juez Superior de Policía de Bogotá, en la que se confirmó la de 7 de los mismos mes y año de su inferior jerárquico (Juez Quinto Nacional de Policía).

Aduce el recurrente la causal 5ª del artículo 571 del C. de P. P., cuyo texto es como sigue:

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Quien invoque este motivo de revisión, está obligado, de consiguiente, a manifestar el hecho nuevo, demostrándolo, o a presentar la prueba no conocida durante el juzgamiento.

Debe, pues, estudiarse si se ha satisfecho tal requisito, y con ese fin es conveniente hacer —como se verá en seguida— un resumen no sólo comprensivo del motivo del procesamiento sino también de lo actuado en el recurso extraordinario que se ha interpuesto.

1º El 20 de mayo de 1955 los agentes de la seguridad números 13 y 19 capturaron en esta ciudad a los ocupantes de un taxi (placa número 64412), dentro del cual se encontraban cuatro copas para automóvil y una "greca", aparato este último que había sido sustraído del "Bar Turista" la noche anterior;

2º Uno de los ocupantes del vehículo resultó ser Mario Alberto Garzón, reseñado en la policía con la tarjeta dactilar número 171394, en donde se hallan los siguientes datos: "Entradas: Febrero 14/52. Hurto. Bogotá. Inspección 7ª Municipal de Policía. Sumario número 27. Se ignora el fallo.—Septiembre 17/53. Robo. Bogotá. Juez 9º de Instrucción Criminal. Libertad incondicional por falta de mérito. Juzgado 5º de Policía. Octubre 22/53. Septiembre 18/54. Robo. Bogotá. Vigilancia y Delitos Comunes. SIC. Oficio número 02074. Pasó Juez 7º de Instrucción Criminal. Libertad incondicional. Juez 5º de Policía. Marzo 14/55. Investigación de robo. Bogotá. Inspección 3ª de Policía. Oficio número 0995. SIC. Vigilancia y Delitos Comunes. Se ignora el fallo";

3º El artículo que se tuvo en cuenta para sancionar a Mario Alberto Garzón dice: "Se consideran en estado de especial peligrosidad:... La persona respecto de quien existan antecedentes delictivos o de policía por infracciones contra la propiedad, o incendio, o falso testimonio, o falsas imputaciones ante las autoridades, y a quien se dicte auto de detención preventiva por uno de estos delitos, o se le sindique del mismo con prueba suficiente para detener preventivamente";

4º La sanción se dedujo, como ya se dijo, de los artículos 30 y 45, en cuyos textos se lee: "A las personas de los numerales 25 y 26 podrá aplicárseles relegación a Colonia Agrícola de 2 a 8 años o la sanción ordinaria por la infracción cometida". "La sentencia que imponga cualquiera de las medidas previstas en este capítulo no señalará plazo fijo para la duración de ellas, sino que se limitará a disponer el mínimo y el máximo preceptuado en la respectiva disposición";

5º Durante el término probatorio del recurso, el sustentante pidió que se practicara como única prueba esta: "Que se oficie al Gabinete de Identificación del SIC, solicitando la Hoja Prontuarial de Mario Alberto Garzón para constatarla y debatir si son o no procedentes los que en tal Hoja Prontuarial obran en relación con los certificados que esta parte ha acompañado, como nueva prueba no aportada al expediente"; y

6º El Jefe de la Sección Técnica del Servicio de Inteligencia Colombiano, en oficio número 8243 de 20 de abril de este año (1956), informó que el T. D. 171394 —ya transcrito anteriormente— corresponde a Mario Alberto Garzón, quien también ha dicho llamarse "Jorge Alberto Pinillos Garzón" o "Cubillos", "Mario Oswaldo Jiménez García" y "Alberto Jorge Garzón".

Lo alegado:

Parte muy considerable del escrito del recurrente está dedicada a intentar una refutación del concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien considera, previo el estudio pormenorizado que es habitual en el colaborador de la Sala, que no habiéndose presentado el hecho nuevo o la prueba desconocida al tiempo de los debates, conforme a las exigencias de la causal que se invoca, no es el caso de ordenar la revisión del proceso fenecido con la sentencia de que antes se habló.

El resto del alegato se puede reducir, prescindiendo de inútiles circunloquios, a este argumen-

to: que al presuponer antecedentes delictivos en el procesado se prescindió de la advertencia que en el mismo decreto se hace en el aparte c) del artículo 4º, en donde se dice: "Cuando en este decreto se empleare la expresión 'antecedentes de policía', debe entenderse que, respecto del sujeto a quien se atribuye se han producido con anterioridad:... O tres o más aprehensiones, como consecuencia de las cuales haya sido conducido ante la autoridad como sindicado de infracciones no culposas. Sin embargo, no bastará la simple constancia de lo que comúnmente se llama 'entrada', es decir, de haber ingresado a cualquier sitio o establecimiento de detención; sino se requerirá que el antecedente acredite la imputación personal de un hecho concreto".

Conviene, no obstante lo expuesto precedentemente, acudir a las propias palabras del autor de la demanda al desarrollar este argumento. Son ellas: "...mi discrepancia está en que se ha confundido el concepto de 'entrada' con el concepto, 'antecedente' ya que 'entrada' puede ser un evento dentro del estado de inocencia, y 'antecedente' es una situación concreta de imputación con escalonamiento de prueba sobre el hecho imputado de lo cual se deduce: primero el estado de peligrosidad y después el concepto de responsabilidad ante la Ley Penal, y para la peligrosidad está el estatuto de antisociales, siendo para la responsabilidad la aplicación de la Ley Penal... Está claro, pues, que la aplicación del NRL. 25 no requiere el simple concepto del antecedente a que se refiere el num. c) del art. 4º sino que requiere además la situación cualificada que tal numeral 25 del artículo 7º determina que consiste en que el antecedente refleje el que se haya dictado auto de detención preventiva o que se le sindique con prueba suficiente para la aplicación del auto de detención, y el encarcelamiento preventivo.... Pero una cosa es el estado peligroso genérico y otra cosa es 'el estado de especial peligrosidad', que contempla el capítulo II del Decreto 0014, y como mi mandante, el señor don Mario Alberto Garzón ha sido condenado por estado de especial peligrosidad incurso en el copiado apartado 25 del artículo 7º, y yo he aportado las pruebas y creo que he demostrado que no está incurso en dicho apartado según los certificados que he analizado, considero que el recurso de revisión es procedente y debe prosperar con todos los pronunciamientos favorables".

Se considera:

Tanto en la sentencia de primera instancia como en la directamente recurrida, se hace expresa mención de la tarjeta dactilar número 171394 correspondiente a Mario Alberto Garzón, que registra los antecedentes en los cuales se fundaron los juzgadores para declararlo incurso —a raíz de haberle encontrado un objeto fruto de reciente robo— en las medidas del Decreto que prevee y sanciona ciertos estados de peligrosidad social.

Esta sola circunstancia es suficiente para desestimar el fundamento del recurso extraordinario de revisión, establecido no con el fin de que se intente un análisis crítico-jurídico de la sentencia, sino encaminado a que se ofrezcan elementos de juicio, según los cuales pueda evidenciarse una de estas situaciones: a) que se ha condenado a dos o más personas por delito que no pudo ser cometido sino por una solamente; b) que era indebida la condena por ser imposible el delito; c) que ella tuvo origen en un testimonio, peritazgo o documento falsos; d) que la sentencia se obtuvo mediante una prueba secreta que no obró en el proceso; y e) que después del juzgamiento apareció un hecho nuevo o se presentó una prueba ignorada al tiempo de los debates. Es decir, una serie de cuestiones de hecho y no de derecho, que es lo que tiende a subsanar la revisión.

Que la prueba sea apta o no para condenar, es algo que escapa a su naturaleza, porque el objeto de este recurso no es confrontar la sentencia con la Ley, desde luego que se trata no de reponer el fallo sino el proceso mismo. De ahí que los elementos de juicio que se aduzcan deben ser otros distintos de los ya analizados, y de tal vigor y fuerza demostrativa que conduzcan a presumir, cuando menos, si no ya a evidenciar la irresponsabilidad del procesado. No es, pues, la sentencia, aisladamente, la que se va a modificar o a reemplazar, sino que ella desaparece como resultado de un procesamiento incompleto o de bases deleznables, bien porque se omitió considerar una prueba decisiva o porque su construcción fue falsa. Y al ordenar que se revise, principia uno nuevo, cuyas consecuencias no podrán ser menos favorables que las del anterior. De donde se concluye que, siendo la cosa juzgada lo que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el

cargo desde un punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la Ley Penal, el error al apreciar las pruebas y aun la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello figura en las causales de revisión, limitada a los objetivos precisos que ya se puntualizaron. En este caso tan sólo se han formulado reparos al valor probatorio que se le dio al documento (tarjeta dactilar número 171394) utilizado para pronunciar la sentencia que se acusa. Lo que es, se repite, materia extraña al recurso interpuesto.

En resumen, después del juzgamiento de Mario Alberto Garzón, no surgió el hecho nuevo constitutivo de su inocencia o irresponsabilidad, ni el recurrente ha presentado una prueba ignorada por los juzgadores o no conocida al tiempo de los debates. Lo cual quiere decir que es improcedente la causal alegada. Porque parece innecesario advertir que argumento o raciocinio nuevo no es lo mismo que "hecho nuevo" y que en calidad de "prueba no conocida al tiempo de los debates" no puede citarse la misma que se tuvo en cuenta en el juicio, por mal apreciada que haya sido, sino una enteramente original, para que así corresponda a la condición impuesta por la ley, es decir, que no haya sido conocida, y, por lo tanto, examinada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, NIEGA LA REVISION del proceso que se adelantó en el Juzgado Quinto Nacional de Policía y en el Juzgado Superior de Policía de Bogotá, contra Mario Alberto Garzón, a quien se le aplicaron las medidas correspondientes indicadas en el artículo 30 del Decreto 0014 de 1955.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal— Bogotá, diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

En las primeras horas de la noche (8 p. m.) del 5 de octubre de 1954, en el Municipio de Bodega Central, varios individuos (Nicolás Pacheco García, Loreto Moreno, Antenor Pacheco, Carlos Rey y Heriberto Oliveros), en estado de embriaguez y armados de machetes y palos, causaron destrozos en bienes de Telésforo Tafur y de Miguel Zuluaga, cuya presencia requerían belicosamente, sin que éste hubiera acudido a la cita.

Este hecho, someramente investigado y que relata, confesándolo en su indagatoria el primero de los nombrados (Nicolás Pacheco García), lo consideró como constitutivo del delito de asonada el Juez Tercero Superior de Cartagena, y fundado en ello provocó, sin determinar el funcionario de la justicia castrense ante quien se planteaba, la respectiva colisión de competencias que inicialmente tuvo el siguiente desarrollo:

a) El Comandante de la Segunda Brigada de Barranquilla, al recibir lo actuado del Secretario del Juzgado Superior de Cartagena y sin adelantar concepto definitivo acerca del delito, dispuso pasarlo al Juez Once de Instrucción Penal Militar, con el fin de que aceptara la colisión o continuara el adelantamiento del sumario —todavía muy imperfecto—, por no ser el Comando de la Brigada Juez Instructor;

b) El Juez Once consideró, a su turno, que a pesar de que no se trataba de un delito atribuido al conocimiento de la justicia militar sino de hechos adscritos a la justicia ordinaria, sancionados en los artículos 426 y 427 del estatuto punitivo, a él no le correspondía determinar nada sobre el conflicto por ser tan sólo funcionario de instrucción; y así, resolvió remitir el pequeño expediente al Comandante de la Segunda Brigada de Barranquilla, quien estimó que lo más acertado era que el Juez Superior de Cartagena avanzara un poco más en la pesquisa y en el esclarecimiento del caso, para poder llegar a una conclusión que hiciera posible el debate, es decir, que se abstuvo de afrontar el incidente;

c) Enviadas las diligencias a la Sala Penal de la Corte, y no habiendo sobre qué decidir, aquí se ordenó (auto de 24 de enero de 1956) tramitar en forma debida la colisión, que ha vuelto ahora, sostenida por el Comandante de la Segunda Brigada de Barranquilla en estos términos: 'Este Comando no está convencido de que el sumario que cursa contra los señores Nicolás Pacheco García y otros sea de competencia de la Justicia Penal Militar y no de la jurisdicción ordinaria, y por consiguiente no acepta conocer del mismo". O sea, en definitiva, que es ya posible dirimir el conflicto surgido a iniciativa del señor Juez Tercero Superior de Cartagena.

Se considera

El caso no ofrece ninguna dificultad, si se tiene en cuenta la explicación que de los hechos dio el sindicado Nicolás Pacheco García, que dice así:

"Después que estaba bebiendo, como dije antes en el barrio La Loma salí con dirección a mi casa de habitación con el fin de dormir, antes de llegar a mi casa me encontré con un señor de apellido Villadiego, Neftalí Mendoza, Loreto Moreno (hijo), Pedro Pacheco, Carlos Rey, Heriberto Oliveros (el viejito) y otros más que no recuerdo, quienes me invitaron a beber y llegamos al establecimiento de propiedad del señor Miguel Zuluaga, nos bebimos todo lo que allí se encontraba y después destruímos todo cuanto allí se encontraba, después nos trasladamos a la casa del señor Telésforo Tafur, forzamos las puertas, algunos machetazos" (sic) "y el corral también fue destruído; vociferamos en la puerta que abrieran" (sic) "y que sacaran a Miguel Zuluaga lo mismo" (sic) "una casa de alcahuetería, después de todo esto y en vista que Miguel Zuluaga no salía, todos nos fuimos a dormir".

Como se acaba de leer, ni Pacheco García ni los que lo acompañaron tuvieron el propósito determinado que es indispensable en los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado. Ni por la forma de participar en los desmanes cometidos, ni en

cuanto a lo realizado y su procedimiento, podría sostenerse que García y sus secuaces se proponían una finalidad que hiciera necesaria la represión conforme a las normas que sancionan esa clase de infracciones, que se distinguen por la inspiración y tendencia de los autores y partícipes. Simplemente, dominados por la embriaguez y por motivos enteramente personales, se dieron a la tarea de injuriar a un ciudadano y destrozar la puerta de la casa de otro en donde se encontraba el que perseguían. Proceder delictuoso sí, pero que no puede confundirse con la asonada sólo porque hubiera producido alarma en el vecindario, lo que es apenas la consecuencia natural de todo delito que se consuma o se pretende consumar, especialmente si por la bondad de los bulliciosos agresores ocurre de noche y en lugares de escasa población.

De consiguiente, no tratándose de hechos de que debe conocer la justicia penal militar, corresponde dirimir el conflicto, como en efecto se dirime, en forma favorable al funcionario provocado. Así lo resuelve la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

En consecuencia, se ordena pasar las diligencias al Juez Tercero Superior de Cartagena, previo aviso de lo resuelto aquí al Comandante de la Segunda Brigada de Barranquilla, para que asuma el conocimiento del proceso, si así resulta de la cuantía que se establezca, o lo envíe al funcionario competente, en caso contrario.

Cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello R. Secretario.

LA SALA NIEGA LA SOLICITUD DE QUE SE DECRETE LA REVISION DE UN PROCESO PENAL

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Con fundamento en la causal 3ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, el doctor Pablo Salah Villamizar —apoderado de Marco Emilio Sánchez Rodríguez— propone recurso extraordinario de revisión "contra la sentencia" de fecha 16 de junio de 1955 por la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a su mandante a treinta y seis meses de prisión, al reformar en vía de apelación —confirmándola en lo demás— la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad para imponerle a Sánchez Rodríguez, con las accesorias de rigor, cinco años de igual pena, como responsable del delito de violencia carnal en la menor de catorce años Delfina Sánchez.

Tramitado legalmente el recurso, la Sala procede a decidir sobre su mérito previas las consideraciones siguientes.

Se hace consistir la causal invocada en la falsedad de la declaración que la ofendida rindió ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Neiva el 11 de agosto de 1954, que sirvió de base al proceso y ha sido la pieza incriminativa fundamental en el curso del mismo. Su tenor es como sigue:

"Desde hace ocho días estaba en la casa de mi denunciado señor Sánchez ubicada en esta ciudad, porque él mismo viajó a Garagoa y habló con mi mamá diciéndole que me dejara venir como niñera para su casa, y que si se amañaba se quedaba y que si no le daba la plata para volverse, arreglando precios de dos pesos mensuales ($ 2.00), recomendándome a la señorita Oliva Sánchez, hermana del señor Sánchez quien vive aquí para cuando ella se volviera para Garagoa me llevara a mí. Debo advertir que la señorita Oliva vive también en casa del señor Sánchez. Sánchez o sea mi denunciado no quería que se fuera la señorita Oliva ni yo, entonces la señorita Oliva le mandó prestar cien pesos ($ 100.00) a Alicia Romero para irnos con ese dinero para Garagoa, pero no se los prestó porque no tenía. La señora Amira Pastrana de Sánchez, esposa de mi denunciado, se fue hoy antes de las siete de la mañana para la Escuela Central de Varones a dar clase, porque ella es maestra allí. En la casa quedamos la señorita Oliva, la cocinera de nombre Julia, mi denunciado Sánchez y yo. La señora dejó orden de que la señorita Oliva y la cocinera Julia se fueran a hacer el mercado, como en efecto lo hicieron. Se quedó el señor Sánchez, quien se bañó y se arregló porque iba a llevar el niño pequeño Alvarito a donde estaba su esposa, dejándome a mí encargada de otro niño más pequeño de nombre Marco Emilio. Después de que mi denunciado se bañó se dirigió a su pieza y de allí me llamó y yo creí que era para que le extendiera la toalla como siempre lo hacía. Yo fuí a la pieza y le dije que si me hacía algo yo le contaba a la señora Amira. Me propuso y yo le dije que no me dejaba; me ofreció que me compraba un vestido y un par de zapatos y yo le contesté que nó, que sí quería que me diera eso, pero que yo no me dejaba; entonces él me dijo que me dejara por las buenas o por las malas, bajó a cerrar la puerta y luégo volvió a subir y cerró la de la pieza. Me dijo que tendiera la cama, después de hacer esto me iba a salir y entonces él me cogió por la fuerza y me tumbó sobre la cama, se me montó encima y cuando me dí cuenta era que estaba bañada en sangre. Entonces él me dijo que no le contara a ella, es decir a su esposa y en seguida procedió a poner dos inyecciones, una en cada cadera, diciéndome que era para que pronto me pasara la hemorragia. Luego me mandó a que lavara la sábana que estaba tendida sobre la cama, yo la lavé, le eché jabón y la puse sobre la cuerda para que se secara. Después de que lavé la sábana junqué otras prendas mías y entonces me llamó el señor Sánchez y me dijo que me fuera antes de que llegara ella (su esposa) y que no le fuera a contar a nadie porque entonces le contaba a mi mamá. La señorita Oliva y la sirvienta habían llegado y la sirvienta se dedicaba a preparar el almuerzo, en-

nces el señor Sánchez bajó, abrió la puerta, me llamó pasito y me dijo que me fuera. Yo salí y me fuí para una quebradita debajo de un puente y me puse a bañarme. No puedo indicar precisamente el sitio para donde cogí porque no conozco la ciudad. Estando ahí pasó una señora y al verme echando sangre me preguntó qué me había pasado y yo le conté todo a ella y dijo que conocía al señor Sánchez pero que no sabía dónde vivía. Me dijo que la esperara ahí mientras iba a la casa a coger un vestido y le preguntó a otra señorita de enfrente, que si tenía un vestido viejo para que me lo regalara y el que me sacaron me quedó chiquito, no me llevó para su casa porque estaba sucia, pero en esas llegó un señor quien me llevó para la Seguridad, después de que otra señora me preguntó que si estaba sin almorzar y al responderle que sí me dio una taza de caldo" (fl. 4v a 5).

Ya en las instancias se había intentado, con resultado negativo, desvirtuar el anterior relato atribuyéndolo a insinuaciones hechas a la declarante por el funcionario instructor y tratando de demostrar que la infracción se había cometido por sujeto distinto del inculpado. Ahora se traen a la Corte, con igual propósito, las declaraciones que, en lo pertinente, a continuación se transcriben.

A) Certificación jurada del doctor Cicerón Domínguez, Magistrado del Tribunal sentenciador, de fecha 4 de agosto de 1955, donde se lee:

"... la ofendida Delfina Sánchez se presentó a esta oficina acompañada de su madre cuando ya había transcurrido el término de prueba y el negocio estaba para sentencia, para decirme en privado que quien la había perjudicado a ella no había sido el señor Sánchez sino otro, a lo cual le respondí a la menor y a su madre que como ya había pasado el tiempo de prueba no podía recibirse su declaración, pero que podía entenderse con el defensor del señor Sánchez y decirle lo mismo para los efectos de su defensa, ya que por tratarse de un delito grave el negocio tendría casación y habría tiempo suficiente de agotar todos los medios en favor del procesado" (fl. 30v.).

B) Declaraciones de los señores Luis Carlos Sánchez y Luis Duque Caycedo, recibidas en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Neiva el 19 de julio del mismo año y tan uniformes, por no decir idénticas, que basta la reproducción de una para conocer el contenido de la otra. Dice Sánchez:

"...Al punto 2º El día nueve de mayo del presente año fuí llamado en compañía del señor Luis Duque Caycedo por el peticionario a la oficina del abogado del mismo con el fin de que escucháramos las declaraciones de una muchacha de nombre Delfina Sánchez, que había ido a formular ante el mencionado abogado. Al punto 3º. La mencionada muchacha una vez en el despacho del Dr. Tovar Silva, nos manifestó que quería hacer una rectificación acerca de una acusación que ella había formulado contra el señor Marco Emilio Sánchez, por fuerza y violencia, porque tal cosa no era cierta, dizque se había visto obligada a acusar al señor Marco Emilio Sánchez porque el verdadero autor del delito la había amenazado de muerte si no acusaba a su patrón que lo era el citado señor Sánchez. Acto seguido relató el caso informando que en uno de los puentes de La Toma se encontraba ella haciendo no sé qué diligencia, cuando un hombre con uniforme de soldado la abordó haciéndole charla e invitó para que bajaran a la parte baja del puente a lo cual ella accedió. Una vez allí el uniformado de militar la había forzado haciendo uso de ella. Este acto le produjo una intensa hemorragia, que la sangre le corría por las piernas. El uniformado de militar viendo lo ocurrido se retiró diciéndome que cuidadito iba a decir quién había cometido tal cosa, que se fuera para la casa y que dijera que había sido el patrón; que no había conocido quién era el tipo uniformado ni sabía cómo se llamaba. Al punto 4º. Fue evidente que nuestra presencia la citada menor manifestó que había ido a formular tales declaraciones porque un Magistrado del Tribunal la había mandado para donde el Dr. Tovar Silva" (fls. 32v. y 33).

C) Declaración rendida el 22 de junio de 1955 por Delfina Sánchez ante el Juez Municipal de Caragua, protocolizada en Escritura Pública número 736 de la Notaría 2ª de Neiva el 22 de julio siguiente, que reza:

"...Es verdad que un día del mes de agosto del año de 1954, en la ciudad de Neiva y en las horas de la mañana como a las siete más o menos, fuí víctima de un atropello sexual, en un sitio cerca a la quebrada de La Toma. Leída la aprobó y contestó al punto TERCERO. Fue cierto, que atropello de que fuí víctima y por el cual se me pregunta, fue hecho por un hombre distinto a Marco Emilio Sánchez que era mi patrón, individuo ese que me atropelló y que yo no conozco y el cual me dio un peso para que yo le echara la culpa a mi patrón y por eso fue que yo acusé injustamente a don Marco Emilio Sánchez. Lei-

da la aprobó y contestó al punto CUARTO. Fue cierto que varias personas me aconsejaron que señalara a don Marco Emilio Sánchez mi patrón, como el autor del atropello mío el mismo día cuando me iban a llevar al Hospital y antes del careo con don Marco Emilio, sus nombres no los sé pero entre ellas puedo citar al que hizo el hecho y que como lo dije antes no lo conozco y es persona distinta a mi patrón Marco Emilio Sánchez, a los dos que me tomaron el careo en el primer Juzgado que me llevaron y que queda para el lado de La Toma, estos dos señores además de aconsejarmen que le echara la culpa a mi patrón Marco Emilio Sánchez, me decían que cuando me llevaran a la Cárcel lo señalara con el dedo a él y dijera que él había sido. Leída la aprobó y contestó al punto QUINTO. Fue cierto que yo allá en Neiva, les manifesté a las señoras Ernestina Zambrano y Adelina Devia, que mi patrón Marco Emilio Sánchez, no había sido el del hecho, porque así es. La aprobó y contestó al punto SEXTO. Fue cierto que en los primeros días de mayo de este año, yo fuí con mi mamá a la oficina de un doctor Domínguez y le manifesté que el que me había atropellado había sido una persona distinta a la de mi patrón Marco Emilio Sánchez. La aprobó y contestó al punto SEPTIMO. Fue verdad que el Dr. Domingo Cicerón (sic) me dijo que lo que yo le acababa de contar fuera y se lo dijera al abogado de mi patrón Sánchez. Leída la aprobó y contestó al punto OCTAVO. También fue cierto, que yo en el mes de mayo de este año pues no recuerdo la fecha precisa fui con mi mamá a la oficina del Dr. Miguel Tovar Silva y le conté lo mismo que le había dicho al Dr. Domínguez Cicerón (sic), de que el que me había atropellado había sido una persona distinta del señor Marco Emilio Sánchez, y entonces el doctor Tovar llamó inmediatamente a dos señores a quienes yo no conozco y en presencia de éstos, yo relaté nuevamente lo que me había sucedido el once de agosto del año pasado. La aprobó y contestó al punto NOVENO. Igualmente fue muy cierto, que yo en la oficina del Dr. Tovar Silva como lo dije en la pregunta anterior, dije ante los dos señores que el Dr. Tovar llamó, que el señor Marco Emilio Snchez, no había sido el del hecho, sino una persona distinta a éste como ya lo he dicho..." (fls. 36 y 36v.).

III

Con apoyo en las pruebas que acaban de relacionarse, el apoderado del actor estima que la imputación original de Delfina Sánchez contra el sentenciado ha perdido toda su virtualidad, haciendo necesaria la revisión de la causa. Pero son muy otras las consecuencias que del examen crítico de aquélla se desprenden, a la luz de la actuación traída en copia a la Corte.

En efecto, no habría podido expresarse la ofendida en términos más claros y precisos al historiar inicialmente el hecho con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, y al señalar como responsable único de su deshonra al individuo en cuyo hogar había venido desempeñando, desde ocho días antes, el oficio de niñera, acusación que no lograron debilitar en lo más mínimo los careos o confrontaciones a que fue sometida la menor a lo largo de la investigación. El 11 de agosto de 1954 instaura su denuncia, y en la audiencia pública, celebrada el 25 de noviembre, sale airosa del prolongado y difícil interrogatorio que el Juez y el procesado le formulan, del cual se transcriben estos apartes: "PREGUNTADO NUEVAMENTE (por el Juez): Quién fue, pues, en conclusión, el autor del atropello? CONTESTO. E. profesor Sánchez. PREGUNTADO POR EL PROCESADO A LA OFENDIDA. Cuando a Ud. la encontraron (sic) debajo del puente bañándose en que las personas que le hablaron a Ud. en ese momento qué le dijeron? (sic) CONTESTO. Me dijeron que qué me había pasado y yo les dije que el profesor Sánchez me había atropellado" (fl. 10).

Igual seguridad observó Delfina en los careos que se le practicaron en el Tribunal meses después en los días 30 y 31 de marzo de 1955 —con Ernestina Zambrano y Adelina Devia de Losada. Habían dicho estas declarantes que, por referencias de la ofendida, sabían que Sánchez no era el violador sino persona diferente, y ahora la menor le replica a la Zambrano: "Sí fue el señor Sánchez el que me violó; yo no le he contado a Ernestina Zambrano que no fue el señor Marco Emilio Sánchez el que me perjudicó pues dicho señor fue el del asunto conmigo..."; y a la Devia de Losada: "Yo no le dije así a la señora, yo le dije fue que había sido el profesor y salí corriendo". (fls. 21 y 21v.).

Tal es la primera versión de Delfina Sánchez, que nace de manera libre y espontánea en el mismo día del suceso, cuando la menor —contrariando sus propias conveniencias— inculpa al jefe de la familia en cuyo seno se amparaba; y lo que allí se narra con profusión de detalles e impresiones que persisten con firmeza hasta la culminación del proceso en la segunda instancia,

sólo se explica no pudiendo atribuírse a insanidad de la testigo o a su interés en faltar a la verdad— por la realidad del hecho atestiguado, sobre el cual deponen, también a raíz de la violencia carnal investigada y coincidiendo con la exposición de la ofendida, Ana Julia Vargas, Oliva Sánchez y Leticia González (fls. 6 a 6v.).

La **segunda versión**, en cambio, sobreviene casi al cumplirse un año de haberse producido la primera, cuando Delfina comparece extrajudicialmente ante el Juez Municipal de Garagna, a absolver un cuestionario propuesto por el mismo ofensor cinco días después de notificarse éste del fallo condenatorio de segundo grado, y no para relatar los hechos en la forma pormenorizada en que lo hiciera al principio sino para confirmar —desmintiéndose a sí misma— las sospechosas declaraciones que, a petición del apoderado de Sánchez, habían rendido ante el Tribunal Ernestina Zambrano y Adelma Devia de Losada, en el sentido de haberlo oído decir a la menor que el autor del agravio había sido persona distinta del procesado.

Ya se vio antes que la Zambrano y la Devia de Delfina; pero, además, es evidente que el acuerdo de última hora entre las tres mujeres, así como el respaldo que le prestan los testimonios de Losada fueron reiteradamente contradichas por Luis Carlos Sánchez y Luis Duque Caicedo —recibidos por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Neiva, a solicitud del defensor de Sánchez, con la notoria intención de reforzar la nueva posición asumida por la menor después de la sentencia de segunda instancia— concurren única y exclusivamente a fijar la imputabilidad del hecho en la persona del sujeto desconocido que, en un sitio cercano a la quebrada de "La Toma", habría desflorado a Delfina, exigiendo y obteniendo de ésta, por la exigua suma de un peso, la inculpación de su patrón, doble conducta inverosímil que supondría en el supuesto victimario y en su víctima un estado de relajación moral no conforme con lo que de ordinario sucede.

Ni en el despacho del señor Magistrado del Tribunal Superior doctor Cicerón Domínguez, ni en la oficina del defensor del proceso doctor Miguel Tovar Silva —a donde fueron citados Luis Carlos Sánchez y Luis Duque Caicedo para escuchar a la menor que iba a desdecirse y declarar después sobre lo allí manifestado por ella— hizo Delfina relato alguno de la forma en que los hechos se hubiesen cometido por el ofensor imaginario y anónimo; y están en pie, por esa razón, los indicios que militan contra Marco Emilio Sánchez y que el Tribunal analiza y enumera de este modo:

"1º — Indicio de oportunidad para delinquir, porque está demostrado plenamente que Sánchez quedó solo en el hogar con la víctima y dos niños de corta edad entre las siete y nueve de la mañana del once de agosto momento en que se cometió la infracción según la denuncia.

"2º — Indicio de las huellas materiales, pues es igualmente inconcuso que la ofendida presentaba manchas de sangre hacia la parte posterior del vestido poco después de la hora en que pudo cometerse la infracción, según las declaraciones de la sirvienta de la casa, de la enfermera que ocasionalmente pasaba por el puente de 'La Toma" y como consta al final de la denuncia; sin hacer mérito por su vaguedad, de las manchas al parecer de sangre en las prendas decomisadas por los auxiliares de la justicia en casa del sindicado, las cuales fueron reconocidas en parte por éste;

"3º — Indicio de la fuga de la menor de casa de sus patrones sin que nadie la hubiera despachado, a no ser por lo que dice la denuncia, hecho acaecido después del tiempo en que pudo cometerse el ilícito, antes de que llegara la señora de Sánchez, en forma precipitada y sin esperarse a almorzar, lo que sólo se explica porque algo extraordinario debió ocurrirle a esa niña en las primeras horas de la mañana en la casa donde trabajaba que era también hasta cierto punto su hogar por el paisanaje con los dueños y por estar recién venida a esta ciudad.

"4º — Aunque de menor gravedad, el indicio deducido de la actitud sospechosa del sindicado con posterioridad al hecho ante los comentarios callejeros, la fuga de la menor, su búsqueda y ante las autoridades;

"5º — También muy leve y que se enlaza con el anterior, el indicio deducido de una justificación a veces forzada, como aquello de que la ofendida hubiera andado en solicitud de trabajo de anteriano porque quería salirse del lado de los esposos Sánchez-Pastrana, cuando apenas hacía ocho días estaba con ellos, no siendo esta muchacha una **mujer de iniciativa** sino una humilde campesina desplazada que se aprestaba para regresar a su tierra en cuanto el sindicado o su prima tuvieran tiempo para ir a dejarla según lo pactado con la madre de Delfina; y cómo no anotar aquí también el fracaso del sindicado ante el empeño de hacerle decir a la menor, que la imputación delictuosa contra él se debía a sugerencias extrañas especialmente de parte del

funcionario que instruía la investigación? (fls. 7v. a 8).

Basta la anterior confrontación de las declaraciones contrapuestas de Delfino Sánchez para concluir, como se concluye en efecto, que la ajustada a la verdad de los hechos no fue la rendida el 22 de junio de 1955 ante el Juez Municipal de Garagoa, sino la recibida el 11 de agosto de 1954 por el Juzgado Primero Promiscuo del Municipio de Neiva. Pero hay una razón que habría sido suficiente por sí sola para desechar el primero de esos testimonios, así como los de Luis Carlos Sánchez y Luis Duque Caycedo traídos en corroboración de aquel, y es la de no haberse solicitado, ni por consiguiente cumplido ante la Corte, en el respectivo término de pruebas, la ratificación bajo juramento de ninguno de ellos.

IV

La Sala comparte, finalmente, las observaciones hechas por su Colaborador Fiscal cuando, al pedir que se niegue la revisión demandada, dice que las pruebas allegadas al expediente para sustentar el recurso demuestran, sin lugar a dudas, que el sujeto pasivo del ilícito —"por motivos tácitos pero no muy difíciles de desentrañar"— se retractó de su primitiva declaración, pero no que incurriera en falsedad o mentira, como fruto de indebida constricción moral; que su primer testimonio, coherente y lógico, abunda en detalles y circunstancias que no dejan pensar en una fábula urdida por miedo o perversidad, en tanto que su rectificación —"hecha a modo de un cuadro de posiciones"— carece de espontaneidad y se resiente de vaguedad e imprecisión, que en las sentencias de los falladores de instancia se amerita el dicho de Leticia González, que fue la primera en recoger de labios de Delfina la historia del insuceso y en oír mencionar al profesor Sánchez, a quien no conocía, como el autor del maleficio; que en la perjudicada no se adivina intento maligno de imputarle el hecho a su patrono desde el primer momento; que la falsedad de un declarante no puede darse por demostrada sino mediante "una sentencia en firme o, al menos, prueba testimonial o indiciaria capaz de confutar el testimonio de cargo"; y que la simple posibilidad de ser falsa una declaración no autoriza la revisión de una sentencia, pues "se sentaría un precedente de ilimitadas y previsibles consecuencias disociadoras, ya que no sería gran hazaña conseguir retractaciones en nuestro medio".

V

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia del señor Procurador Primero Delegado y acorde con él, NIEGA LA REVISION impetrada.

Remítanse las presentes diligencias al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, para que sean agregadas al proceso original.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — NULIDAD. — PROCEDIMIENTO. — OPINION DE UN JURADO

1.—La nulidad proveniente del quebrantamiento de un precepto de superior jerarquía, se deriva del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando afirma que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En esta norma se condensan los fundamentos esenciales del proceso en cuanto a leyes que previamente definen los delitos, la existencia de Tribunales que deben juzgarlos y las normas procesales que deben observarse.

Es evidente que nadie puede ser juzgado sino "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", es decir, mediante el cumplimiento exacto de lo que se manda y ordena en la ley; en esto radica, precisamente, la plenitud de las formas del juicio, o sea la observancia de las normas procesales en su contenido substantivo y adjetivo, porque la integridad del proceso depende de que en su juzgamiento no falte ninguno de los actos propios a la actuación.

Las formas procesales son el conjunto de diligencias y solemnidades requeridas por la ley para hacer efectivo el derecho, y la plenitud es la totalidad de las mismas. Puede que la integridad de las formas propias del juicio quede afectada en lo sustancial o en lo adjetivo, por omisión del Legislador o por descuido del juzgador en el trámite del proceso. En previsión de estos errores y como tutela a los derechos individuales, el constituyente estableció como garantía de indispensable cumplimiento en los juicios, las prescripciones del artículo 26, y cuando por cualquier causa estos preceptos se quebrantan, se incurre en la llamada nulidad constitucional.

Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional.

2.—El hecho de que un miembro de Jurado exprese que tiene formada opinión en torno al proceso y la circunstancia de que en el curso de la audiencia pública pida informes sobre la opinión política de los que intervienen en el proceso, no incide en la violación de la norma del artículo 26 de la Carta. Estas hipótesis no desquician el procedimiento ni afectan los derechos y garantías del acusado en el ejercicio de su defensa. Mientras el concepto u opinión del Jurado permanezca en los planos de la inteligencia, mientras ella no sea expresada oralmente o por escrito, nadie puede saber cuál es el verdadero alcance de esa opinión, ni mucho menos afirmar que ese concepto del dominio intelectual sin expresión externa, sea violatorio de la Ley o de la Constitución.

Tampoco se puede afirmar que no hubo imparcialidad en el juzgamiento respecto del Jurado Cardona Londoño, porque éste —se repite— no expresó la forma como iba a pronunciar su veredicto. Deducir la opinión porque el veredicto fue desfavorable, es nada menos que anticipar un concepto personal de la defensa, porque con el mismo argumento se podría llegar a la conclusión opuesta, y la opinión sólo es conocida a través del veredicto como resultado de las deliberaciones de los Jueces de Conciencia.

"Si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron —ha dicho la Corte— se observan las for-

malidades de los artículos 471, 528, 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el Jurado, es indudable que en esos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la Ley a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que realiza un miembro del Jurado, conlleva una responsabilidad personal pero no un cercenamiento de las garantías constitucionales". (G. J. Tomo LIX, pág. 1021).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a **Serapio López Osorio** a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de un delito de homicidio intencional cometido en la persona de **Héctor Ruiz**.

Contra esta sentencia el procesado y su defensor interpusieron recurso de casación.

Hechos

El veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, en la cantina de Martín Londoño, sección "El Crucero", comprensión del Municipio de Risaralda, se hallaban reunidas varias personas quienes se dedicaban a bailar y a tomar cerveza. A las nueve de la noche, procedente de Risaralda, llegó un carro del cual bajaron varios señores, uno de ellos López Osorio, quien antes de entrar a dicho establecimiento hizo un disparo, haciendo blanco en una de las bombillas que daban luz al corredor de la mencionada casa. Acto seguido José Efraín Galvis —Agente de Policía— le pidió guardara el arma e insinuó que no dañara la fiesta; por su parte Héctor Ruiz solicitó a López Osorio "que entrara a hacerles compañía que la fiesta estaba muy buena". Estas frases amistosas fueron motivo para que López Osorio le hiciera un disparo que lo hirió en la frente, cuyo proyectil penetró en la masa encefálica causándole la muerte.

Cuestionario

A la consideración de los miembros del Jurado fue sometida la siguiente pregunta:

"¿El procesado Serapio López Osorio, de las condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle causado la muerte al señor Héctor Ruiz, con el propósito de matar y por medio de herida inferida con arma de fuego (pistola) hecho que tuvo lugar a eso de las nueve y media de la noche del veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y dos en la cantina denominada 'El Crucero' ubicada en la carretera que de la población de Risaralda conduce al Corregimiento de Arauca, en comprensión de aquel Municipio, perteneciente a este Distrito Judicial?"

Respuesta

"SI, pero en estado de embriaguez".

Demanda

El recurrente impugna la sentencia por la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Y argumenta así:

"La nulidad existente en este proceso es de índole constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, según la cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio' ".

Afirma el demandante que: "el jurado Augusto Cardona Londoño manifestó ante los testigos Barrera Ortiz y Alejandro Restrepo Calle, en un receso de la Vista Pública de la causa, que era inútil la actuación del defensor porque él ya tenía formada su opinión. Aún más: expresó que el Fiscal no debía seguir hablando, porque su criterio no iba ya a modificarse. Actitud que se confirmó al inquirir por la filiación política del procesado, al reanudarse la audiencia, y al afirmar que era ese el único punto que le faltaba aclarar para responder al cuestionario propuesto".

"Este hecho —dice el demandante— viola una de las formas procesales que es la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en el juicio, de manera temporal —como los jurados—, o per-

mente, como los Jueces de derecho. De nada sirve el que los trámites se hayan seguido con perfección si el contenido de los mismos está viciado por el interés o el cálculo, o por el fanatismo, o simplemente por el preconcepto. La defensa se afecta y la garantía individual para el correcto juzgamiento se reduce cuando el Tribunal de conciencia ha adoptado previamente una actitud cualquiera, menospreciando el análisis jurídico de los hechos, encerrándose en una opinión vaga, parcial o rencorosa".

Posteriormente, dice el recurrente, que al revocar el Tribunal el auto del Juzgado por el cual declaraba la nulidad de lo actuado con base en la causal que hoy se invoca ante la Corte, lo hizo sobre la base de configurar la actitud del Jurado "una posible infracción punible, pero no una causal de nulidad"; y en orden a defender su tesis argumenta así:

"Si existe un delito en el acto parcializado del Juez Cardona Londoño, como lo reconoció el Tribunal, no puede ser justo ni siquiera correcto el veredicto que deriva de esa infracción. Una finalidad sana no puede tener origen en un medio criminoso. El Juez que ha comprometido su voto responde penalmente, pero la tramitación procesal se resiente por ello, sin que sea suficiente para restaurar las transgresiones al derecho saber que contra ese funcionario se dictó una condena. Afirmar la posibilidad de que un veredicto parta de una fuerza ilícita, es también admitir que no hubo imparcialidad o limpieza moral en el juzgamiento, lo cual es ya mucho adelantar en el reconocimiento de la nulidad invocada". Y concluye así:

"Si el Juez de conciencia prevaricó lo hizo por odiosidad, o por venganza, o por cualesquiera de los sentimientos que sintetiza la ley con el término 'animadversión'. Y un veredicto proferido en tales circunstancias, está contra las formas propias del juicio y ha violado, por consiguiente, el artículo 26 de la Carta Fundamental".

Concepto del Procurador

Después de analizar la actuación de Cardona Londoño, dice la Procuraduría:

"...la ley exige a los jurados calificar los hechos en conciencia y de acuerdo con su íntima convicción, no puede coartarse, sin desvirtuar la misma naturaleza del juicio, la libertad que ellos tienen de ilustrar su criterio sobre el asunto puesto bajo su decisión, en cuyo ejercicio tienen la facultad de interrogar a las partes, a los peritos y a los testigos, como a bien lo tuvieron.

"Por ello, este Despacho no entiende la razón que pueda asistir al demandante —razón que por otra parte no se ha expresado claramente— para tomar la pregunta que hizo el Jurado Cardona Londoño sobre la filiación política del procesado y del occiso como índice de imparcialidad y motivo de casación".

Manifiesta que la prueba —declaraciones— con la cual se pretende comprobar los hechos "no es viable para acreditarlos", y expresa sus conclusiones así:

"1ª—El hecho de haber querido saber el Jurado Cardona Londoño la filiación política de los agentes del delito, como dato para llegar a un completo conocimiento del asunto sobre el cual iba a pronunciar su veredicto, no sólo no es irregular, sino que revela en aquel miembro del Jurado la inquietud de agotar todas las fuentes de ilustración para pronunciar su decisión, con plena conciencia, como se lo exige la ley.

"2ª—La cuestión relativa al hecho de haber manifestado el mismo Jurado, antes de terminar el debate, que ya tenía formada su opinión, no está demostrada legalmente; y no existiendo la certeza jurídica de que en realidad tal hecho hubiera sucedido, no es pertinente estudiar las consecuencias que pudiera tener ante la validez del juicio".

Se considera:

Las nulidades tanto en el proceso penal como en el civil, son medidas protectoras y eficaces para el reconocimiento de los derechos de las partes, la sociedad o de las personas que intervienen en el proceso penal, mediante el cumplimiento de todas y cada una de las formas procedimentales establecidas por la ley para cada juicio y para cada caso concreto en especial.

En el procedimiento penal las nulidades son absolutas o relativas: las primeras son insubsanables porque afectan el fondo mismo del juicio: las segundas no, porque no afectan el contenido de la acción y son reparables por el transcurso del tiempo o por las condiciones determinadas por la ley. La finalidad intrínseca de las nulidades es garantizar los derechos colectivos del Estado, de la sociedad, o de las personas que intervienen en el proceso. La existencia de ellas y su reconocimiento no tiene otro alcance sino el de

que el acto no está ceñido a las formas procedimentales.

Las nulidades, por ser materia que la ley regula, deben estar consagradas previamente por el legislador; ellas no surgen de la interpretación analógica de la ley, sino de hechos o condiciones reconocidas por la misma como cuestiones previas a la declaración del derecho en cada caso particular. Por esto es por lo que, en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, se determinan los hechos que las generan.

Las nulidades son taxativas no enumerativas: su interpretación y aplicación es restringida y no analógica, es decir, que impide extenderse a casos semejantes cuando ellas no han sido preestablecidas en la ley. De no ser así, los procesos se harían interminables, porque las nulidades no dependerían —en este caso— de la ley sino de la voluntad de las partes.

Lo anterior no obsta para que en algunos casos la Corte haya admitido la existencia de ciertas nulidades llamadas constitucionales, que sin estar consagradas expresamente en la ley, por violar las bases esenciales del procedimiento o por implicar un cercenamiento de garantías a los derechos de la persona humana, configuran la llamada nulidad supralegal.

La nulidad proveniente del quebrantamiento de un precepto de superior jerarquía, se deriva del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando afirma que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En esta norma se condensan los fundamentos esenciales del proceso en cuanto a leyes que previamente definen los delitos, la existencia de Tribunales que deben juzgarlos y las normas procesales que deben observarse.

Es evidente que nadie puede ser juzgado sino "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", es decir, mediante el cumplimiento exacto de lo que se manda y ordena en la ley; en esto radica, precisamente, la plenitud de las formas del juicio, o sea la observancia de las normas procesales en su contenido substantivo y adjetivo, porque la integridad del proceso depende de que en su juzgamiento no falte ninguno de los actos propios a la actuación.

Las formas procesales son el conjunto de diligencias y solemnidades requeridas por la ley para hacer efectivo el derecho, y la plenitud es la totalidad de las mismas. Puede que la integridad de las formas propias del juicio quede afectada en lo sustancial o en lo adjetivo, por omisión del legislador o por descuido del juzgador en el trámite del proceso. En previsión de estos errores y como tutela a los derechos individuales, el constituyente estableció como garantía de indispensable cumplimiento en los juicios, las prescripciones del artículo 26, y cuando por cualquier causa estos preceptos se quebrantan, se incurre en la llamada nulidad constitucional.

Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional.

El hecho de que un miembro de Jurado exprese que tiene formada opinión en torno al proceso y la circunstancia de que en el curso de la audiencia pública pida informes sobre la opinión política de los que intervienen en el proceso, no incide en la violación de la norma del artículo 26 de la Carta. Estas hipótesis no desquician el procedimiento ni afectan los derechos y garantías del acusado en el ejercicio de su defensa. Mientras el concepto u opinión del Jurado permanezca en los planos de la inteligencia, mientras ella no sea expresada oralmente o por escrito, nadie puede saber cuál es el verdadero alcance de esa opinión, ni mucho menos afirmar que ese concepto del dominio intelectual sin expresión externa, sea violatorio de la ley o de la constitución.

Tampoco se puede afirmar que no hubo imparcialidad en el juzgamiento respecto del Jurado Cardona Londoño, porque éste —se repite— no expresó la forma como iba a pronunciar su veredicto. Deducir la opinión porque el veredicto fue desfavorable, es nada menos que anticipar un concepto personal de la defensa, porque con el mismo argumento se podría llegar a la conclusión opuesta, y la opinión sólo es conocida a través del veredicto como resultado de las deliberaciones de los Jueces de conciencia.

"Si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron ha dicho

la Corte— se observan las formalidades de los artículos 471, 528, 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el Jurado, es indudable que en esos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la ley a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que realiza un miembro del Jurado, conlleva una responsabilidad personal pero no un cercenamiento de las garantías constitucionales". (G. J. Tomo LIX, página 1021).

Por otra parte, el Tribunal no ha afirmado la existencia de un delito de prevaricato sino la simple posibilidad de ser investigado.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

EL ESTAR LA VICTIMA PREVENIDA PARA EL ATAQUE LE QUITA A SU DEFENSA TODA LEGITIMIDAD. — LA IRA CAUSADA POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION DEBE INVOCARSE POR EL QUE LA EXPERIMENTA. - NO PUEDE LLAMARSE PROVOCADO QUIEN RECLAMA UN DERECHO EN FORMA INJURIOSA. — CAUSALES SEGUNDA Y QUINTA DE CASACION

1 — Siempre que en casación aparezca alegada la causal segunda y que ella proceda, se impone verificar lo actuado en el proceso y agotar el estudio de las pruebas porque toca con la apreciación de los hechos, bien porque se les haya negado su adecuado valor probatorio o porque hayan sido mal interpretados.

2 — La defensa, bien comprenda la de los bienes, o bien se refiera a la vida o a la integridad personal es legítima cuando es necesaria. Necesidad y legitimidad son, pues, dos conceptos que no pueden separarse cuando se trata de apreciar el hecho con el fin de saber si está justificado.

VIOLENCIA, INJUSTICIA Y PROPORCION son circunstancias que deben aparecer claras y patentes en el acto que se pretende sacar de la esfera punitiva de la ley. La primera debe ser ACTUAL, es decir, que haya principiado o cuando menos implique un peligro cierto para quien rechaza el ataque; pero este peligro tiene que ser concreto y real, no abstracto ni eventual. La segunda, injusticia, debe ser objetiva y efectiva. Y la tercera, la proposición, es igualmente indispensable, porque este último requisito constituye —como lo dice Maggiore— la línea de demarcación entre la defensa y la lucha privada sin medida y sin ley.

3 — La sola circunstancia de hallarse la víctima prevenida para el ataque le quita a su defensa el carácter justificativo en orden a cualquiera de los bienes defendibles: el de la existencia o el de la propiedad.

4 — El testigo mejor calificado para invocar la ira causada por grave e injusta provocación es aquél que la experimenta, se ha dicho, y ello es de una evidencia irrebatible. Si quien pasa por tal estado espiritual, que perturba y altera el entendimiento, puesto que la ira se define corrientemente como una locura breve, no la alega, no la presenta como causa del acto que cometió bajo su impulso, entonces, substraído ese elemento importante de juicio, habrá que averiguarlo a través de un estudio comparativo del hecho y de la personalidad del infractor, porque siendo subjetivos los caracteres humanos, no a todos impresiona el mismo hecho en igual grado, ni en análogas circunstancias todos obran de idéntica manera.

Pero esta tarea le corresponde —cuando se acusa una sentencia— a quien aduzca como fundamento de un recurso extraordinario esa especial modalidad, circunscrita en el art. 28 del C. P., que exige un cuadro psicológico muy preciso, para que pueda concederse que el proceder del inculpado se ajustó a los términos exactos de tal norma, que comprende los delitos llamados de ímpetu, ajenos, por lo tanto, a cualquier deliberación, sin que ésto quiera decir nada con respecto al factor tiempo. Porque el dolor, emoción adinámica, suele cobrar intensidad en el transcurso de horas o de días, y porque la ira, a pesar de su dinamismo, puede también crecer y expresarse mucho después de haber ocurrido el acontecimiento que la estimuló. Y éste debe ser grave e injusto, pues lo que exensa o atenúa no es la ira en sí sino la causa justa de la ira. Sólo en tales condiciones es posible hablar de que ella transforma la delincuencia como resultado de una provocación. Y mal puede llamarse provocado el que acude a palabras injuriosas para reclamar un derecho. Sencillamente entonces desmejora su posición y plantea una lucha, cuyas consecuencias, por estar previstas o ser previsibles, pesan sin modificación alguna sobre el que dio lugar a ellas.

5 — Un fallo es casable con motivo de la causal quinta, no cuando es deficiente

la exposición sino cuando carece en realidad de aquellos presupuestos que le son propios y que facilitan la defensa del procesado. Para que éste sepa de qué se le acusa, la ley ha dictado normas a que deben atemperarse los jueces en la redacción de las sentencias. Y en este caso, el hecho de haber tratado el demandante de rebatir los fundamentos del pronunciado por el Tribunal, al sustentar otra causal, está indicando que sí existieron aquellos presupuestos, porque de otra manera no se hubiera podido hacer el cargo relativo a las pruebas. Si en sentir del autor de la demanda a los hechos se les dio un valor probatorio que no tienen o se les negó el que en verdad tienen, ello quiere decir que sí aparecen expuestos en el fallo cuáles fueron los que se consideraron probados.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Por haber sido recurrida en casación la sentencia de 7 de marzo de 1956 dictada por el Tribunal Superior de Buga, en la que se condena a Félix Antonio Ramírez Montoya a tres años de presidio como responsable del delito de lesiones personales, corresponde analizar los fundamentos del escrito que para sustentar este recurso dirige a la Sala Penal de la Corte el doctor Libardo A. Palacio, a nombre del mencionado reo.

Pero antes, conviene hacer un resumen de los hechos y saber cómo fueron ellos apreciados por los funcionarios competentes para juzgarlos:

El 6 de mayo de 1954, en las horas de la mañana, Félix Antonio Ramírez Montoya, a quien acompañaban Gabriel Aragón y Pastor Montoya —trabajadores a su servicio—, se dedicaba a coger café en una finca de su propiedad, situada en el Municipio del Cairo (Valle del Cauca), y como en un determinado momento se diera cuenta de que Marco Aguilar, su cuñado, hacía lo mismo, se dirigió a él increpándole el abuso. Entre Ramírez y Aguilar, quien aducía tener igual derecho para aprovecharse de los frutos de la heredad, por hacer parte de una sucesión iliquida en la que él figuraba como interesado, se cruzaron entonces palabras no suficientemente precisadas en la investigación pero que debieron ser coléricas e injuriosas; y acto seguido Ramírez, ante un amago de Aguilar de esgrimir su machete, sacó rápidamente el suyo e hirió a su contrincante, amputándole la mano derecha desde el tercio inferior del antebrazo.

Por este delito cuya justificación, alegada por el defensor, no se reconoció, fue llamado a responder en juicio criminal Félix Antonio Ramírez Montoya y luego condenado en primera instancia (sentencia de 9 de noviembre de 1955 del Juez 1º Penal del Circuito de Cartago) a la sanción mínima deducida del artículo 375 del estatuto punitivo, la que el Tribunal, ante quien también se expuso la tesis de la legítima defensa, estimó correctamente impuesta.

La demanda

Tres son las causales que invoca el actor como fundamento de la casación del referido fallo, y vienen expuestas no en orden a su importancia sino siguiendo el meramente numérico. Son ellas la primera, segunda y quinta del art. 567 del C. de P. P. Así, pues, el demandante principia por rechazar la condena de su patrocinado, de quien dice que procedió en ejercicio de un derecho legítimo al oponerse al menoscabo de sus bienes y al contrarrestar un posible ataque que habría puesto en peligro su vida.

La primera tesis la apoya en haber demostrado que el predio en donde se encontraba Marco Aguilar cogiendo café pertenece a su defendido Ramírez Montoya; y la segunda aseveración, en el hecho de estar acreditado que al reclamarle a Marco Aguilar su procedimiento arbitrario, éste "intentó sacar la peinilla", lo que lo determina a afirmar que Ramírez Montoya "tenía necesidad de defenderse de una violencia 'actual e injusta' contra su persona, y al obrar así, evitó que Aguilar muy posiblemente estuviera hoy condenado por un homicidio".

Al sustentar la causal segunda que, como es de sobra sabido, toca con la apreciación de los hechos, bien porque se les haya negado su adecuado valor probatorio o porque hayan sido mal interpretados, impugna el fallo en cuanto el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba que acredita que Marco Aguilar había invadido terrenos ajenos, e igualmente en cuanto desconoció lo declarado por Pastor Montoya, según el cual "Aguilar, antes de recibir la lesión motivo de este pro-

ceso había intentado sacar el machete, desde luego para agredir a Ramírez".

Como fundamento de la causal quinta alega el recurrente que la sentencia del Tribunal de Buga no "declara cuáles son los hechos que se consideran probados limitándose a sacar la conclusión de dos cosas: a) que no existe legtima defensa, y b) que por lo tanto Ramírez Montoya es responsable del delito imputado".

A continuación, y como si hiciera parte de la misma causal 5ª, interpela el recurrente lo que en forma textual se transcribe:

"Me permito proponer ante la H. Corte, también como tesis subsidiaria, esta de la ira o intenso dolor. Los argumentos nos los dá el expediente. Aguilar penetró en forma arbitraria en el predio del sindicado, y luego de haber penetrado se dedicó a coger café que no era de su propiedad. Se necesita que un hombre no sienta el calor de la sangre cuando al circular por sus venas le da vida, para que no sufra una profunda indignación al presenciar semejante afrenta contra sus legítimos derechos. El H. Tribunal de Buga al desestimar la tesis subsidiaria, también dio aplicación indebida al art. 375 del C. P. dejando de dar aplicación al art. 28 de la misma obra, y por esta razón su providencia es violatoria de la ley penal, dando cabida a la causal que primero he invocado, como también a las otras causales alegadas".

Conceptos del Ministerio Público

Al estudiar la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo hace de acuerdo con el orden y método apropiados, es decir, empezando por la segunda, para lo cual toma "las argumentaciones que sirvan para sustentar esta causal, aunque anden" —advierte— "incorporadas en otras como sucede aquí, ya que la H. Corte en doctrina que acusa cierta benevolencia comprensible no reconoce, por lo general, deficiencia en la demanda por involucración de los argumentos en las diversas causales invocadas, sino, más bien, por la razón de no ofrecer ninguno".

Después de este preámbulo, que le permite pasar por alto la falta de técnica del escrito en que se acusa el fallo, entra en el examen de las pruebas conforme a las cuales cree el demandante que el proceder de su asistido está justificado, para concluir así el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"Es indudable que la conducta de Ramírez Montoya obedeció exclusivamente al impulso de defender sus bienes. Ambos protagonistas están de acuerdo en que Ramírez Montoya había prohibido ya a Marco T. Aguilar, desde el miércoles anterior al día de estos sucesos, que cogiera café en lo que era propiedad de Ramírez Montoya. Aguilar hizo caso omiso de aquella prohibición e insistió sobre la violación del derecho ajeno, cuando fue sorprendido por Ramírez Montoya, quien consideró necesario pasar a expresiones fuertes y a las vías de hecho, en defensa de lo suyo, ya que no había sido suficiente la simple prohibición cordial. Pero esa necesidad que Ramírez Montoya sintió de actuar como lo hizo, no es la que exige el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal como elemento de la justificación del hecho. El estado de necesidad de que habla la ley es aquel que surge cuando no es posible acudir a otros medios legítimos para obtener el mismo fin. Y bien se ve que siendo el agresor de su derecho persona conocida y de su familia, Ramírez Montoya hubiera podido libremente acudir a la autoridad competente para amparar sus derechos de propiedad y hacerse resarcir los daños, antes de pasar a las vías de hecho. Por este solo aspecto cae la tesis de la legítima defensa de los bienes, alegada por el recurrente.

"Y en cuanto a la legítima defensa de la vida, que también se alega en favor de Ramírez Montoya, los presupuestos procesales no dan base para considerarla. Cuando Marco T. Aguilar 'mandó la mano a sacar el machete' existía ya en pleno desarrollo una riña que había empezado con violentas expresiones verbales, y ya ambos contendientes estaban en estado de repeler cualquier mayor ataque. No cabe aquí, para ninguno de los dos, la figura jurídica de la legítima defensa.

Pasa luego a ocuparse en lo relativo a la solicitud subsidiaria incorporada, como ya se ha visto, en la exposición destinada a sustentar la causal quinta o, por lo menos, presentada a renglón seguido de ésta.

Admite el señor Procurador que es inobjetable el presupuesto de la sentencia en cuanto que la primera agresión verbal partió de Ramírez Montoya, es decir, que éste fue el provocador. Sin embargo observa:

"Pero si se tiene en cuenta, como ya se ha dicho, que Ramírez Montoya tenía derechos de propiedad que consideraba indiscutibles en el cafetal materia de autos; que había prohibido ya a Marco T. Aguilar que siguiera cogiendo de ese café que consideraba suyo (de Ramírez Montoya); que a pesar de aquella prohibición vuelve a

sorprenderlo en el acto de apropiarse indebidamente del café; que, entonces, se dirige a Marco T. Aguilar y con fuertes expresiones "le llamó la atención", a lo cual éste opone resistencia "mandando la mano a coger el machete", resulta de una sencilla lógica considerar, que Ramírez Montoya entró en incontenible estado de ira, causado por la grave e injusta provocación de Marco T. Aguilar, consistente en la sistemática violación del derecho de propiedad de aquél, y al impulso de aquélla emoción dinámica, asestó el machetazo con las consecuencias que los autos describen, quedando dentro de los preceptos del artículo 28 del Código Penal.

"Por donde se ve que, apreciados los hechos como en este concepto se presentan; bajo la recta interpretación de las piezas procesales, prospera la causal segunda de casación invocada".

En consecuencia, pide que se invalide el fallo por ese motivo y porque hallándose Ramírez Montya en las circunstancias del artículo 28 del C. P. la pena debe ajustarse a esa modalidad; o sea, que también —en su opinión— prospera la causal primera, por haberse aplicado indebidamente el artículo 375 ibidem.

Se considera

Siempre que en casación aparezca alegada la causal segunda y que ella proceda, se impone verificar lo actuado en el proceso y agotar el estudio de las pruebas, que en este caso no son muy abundantes, pues se limitan a los testimonios de las personas que acompañaban a los contendores, a lo confesado por Ramírez en su indagatoria y a la explicación que el lesionado Aguilar dio sobre el motivo de hallarse en el sitio de los acontecimientos. Y como su actitud fue el origen del delito que se investigó y sancionó, lo indicado parece concoer en primer lugar los términos de esa explicación. Dijo así Aguilar:

"Yo trabajo en una sucesión del finado Agustín Ramírez y María Agustina Montoya, y ayer estaba yo recogiendo café en la finca de la citada sucesión y en eso llegó Félix Ramírez Montoya y me dijo que eso era de él y en seguida me metió un machetazo y me trozó la mano derecha..., cuando yo sentí que el señor Ramírez me cortó la mano, yo arranqué a correr con la mano colgando y la que me acabaron de amputar aquí en el hospital..., esa es una sucesión que yo la he estado administrando y si él tiene derecho yo también lo tengo, ya que la sucesión no ha sido liquidada, únicamente ha sido escriturada a su nombre de éste y de otro hermano... Me pertenece por parte de mi señora esposa, como heredera, y cuyo nombre es Rosalía Ramírez..."

De la indagatoria del sindicado Ramírez se transcribe lo que viene a continuación:

"Ayer a eso de las ocho de la mañana, más o menos, encontré a Marco Aguilar cogiendo café en mi propiedad y por tal motivo fuí a privarle que cogiera café y el me dijo que le presentara las escrituras de que éso era mío y cuando me dijo éso, mandó la mano a sacar la peinilla y yo también saqué la mía y le anduve adelante y le tiré con lo cual lo baldé y él salió corriendo..."

Al ser preguntado si Aguilar tenía algún derecho en la finca, contestó: "Ellos sí han tenido derecho por parte de la mortuoria ya que la señora de él es heredera, pero yo le prohibí a Marco que cogiera café en el lote por haber sido partido éste en varias partes. La señora de Marco Aguilar es hermana mía...".

Ya se ha dicho que con Ramírez se hallaban Pastor Montoya y Gabriel Aragón; mas éste manifestó no haber visto las particularidades del lance en que fue herido Aguilar, aunque sí afirma que Ramírez lo citó como testigo de encontrarse aquél cogiendo café. Montoya, en cambio, relató en tres oportunidades lo ocurrido: la primera, en la denuncia, la segunda en una diligencia de careo con Ramírez, y la última, en otro careo con Nepomuceno Morales, compañero de Aguilar.

Morales, quien también fue procesado por lesiones en Ramírez, dijo:

"El día seis de los corrientes, me encontraba en el trabajo y me ocupaba de coger café en la finca de la sucesion de los señores Ramirez... cuando en eso llegó el señor Félix Ramírez y le dijo a Marco Aguilar que por qué estaba cogiendo café allí y Marco le dijo 'pues hombre siendo la parte de la mujer mía por qué no puedo coger café?' y cuando Marco le decía eso Ramírez le tiró un machetazo a Marco y lo hirió, y luego Marco salió corriendo y enseguida Ramírez se me avanzó a mí y no tuve más que hacerle la defensa con una mochita (sic) de peinilla que tenía para atajarle los peinillazos que me tiraba..."

Véase ahora lo declarado por Pastor Montoya en las tres ocasiones mencionadas:

"Hoy a eso de las nueve de la mañana, estando trabajando en la finca de Félix Ramírez, en un cafetal, en el cual se encontraba el mismo Félix Ramírez y Gabriel Aragón todos los cuales nos encontrábamos cogiendo café, y resulta que

Félix Ramírez vio a Marco Aguilar cogiéndose el café de su propiedad o sea de Ramírez, motivo por el cual nos dijo que sirviéramos de testigos para comprobar que Aguilar estaba cogiendo café en lo que no era suyo y entonces le llamó la atención a Aguilar y le dijo que si eso era de él y Marco le contestó que sí tenía seguridad y se cruzaron varias palabras y Félix le dio un peinillazo a Marco en una mano. Cuando Marco se sintió herido se fue". (Denuncia de 6 de mayo de 1954).

"...Enseguida se dijeron unas palabras o sea que Félix le metió la madre a Marco y Marco a Félix y enseguida sacaron las peinillas y se tiraron y Félix hirió a Marco... Félix la sacó primero... Félix le tiró a la mano, pero el otro ya había intentado sacar la peinilla". (Diligencia de careo entre Ramírez y Pastor Montoya del 25 de mayo de 1954).

"...vio Félix Ramírez a Marco Aguilar cogiendo café, en su propiedad, se le acercó Félix y le dijo que si no sabía que eso por allí, donde estaba cogiendo café, era de él, a esto Marco le contestó que le mostrara la seguridad, a lo que le contestó Félix que qué más seguridad que el sudor que había derramado levantando esa cafetera, entonces le dijo Félix que no fuera 'hijueputa' y entonces empezaron ambos a tratarse mal. Entonces yo vi a Marco que sacando la peinilla le intentó tirar a Félix, éste le anduvo adelante y le tiró un peinillazo que le cortó la mano; al verse Marco Aguilar con la mano trozada, arrancó a correr para su casa". (Diligencia de careo con Nepomuceno Morales, del 5 de marzo de 1955).

La legítima defensa

Parece innecesario recordar cuáles son las condiciones que exige la situación jurídica de la legítima defensa, bien comprenda ésta la de los bienes, o bien se refiera a la vida o a la integridad personal. Porque las razones que figuran en el concepto de la Procuraduría son, en cuanto a este punto, inobjetables. La defensa es legítima cuando es necesaria. Necesidad y legitimidad son, pues, dos conceptos que no pueden separarse cuando se trata de apreciar el hecho con el fin de saber si está justificado.

Violencia, injusticia y proporción son circunstancias que deben aparecer claras y patentes en el acto que se pretende sacar de la esfera punitiva de la ley. La primera debe ser **actual**, es decir, que haya principiado o cuando menos implique un peligro cierto para quien rechaza el ataque; pero este peligro tiene que ser concreto y real, no abstracto ni eventual. La segunda, injusticia, debe ser objetiva y efectiva. Y la tercera, la proporción, es igualmente indispensable, porque este último requisito constituye —como lo dice Maggiore— la línea de demarcación entre la defensa y la lucha privada sin medida y sin ley.

Aplicadas tales exigencias al caso **sub judice**, se advierte que por lo menos una de éllas dejó de cumplirse. En efecto, el peligro en que se halló Ramírez no fue real. Ante el amago de Aguilar de desenfundar el machete, aquél, que llevaba listo el suyo, lo lesionó en forma grave. Es verdad, que el peligro puede ser inminente, pero esta inminencia tampoco aparece evidente. La realidad es ésta: Ramírez, preparado para una disputa, lo cual elimina la posibilidad de cualquier sorpresa de su parte, pues sabía que Aguilar estaba igualmente armado, se dirigió a él y tras de algunas palabras tomó la delantera en el ataque y le cercenó la mano. Luego se ve muy bien que llevaba el propósito de castigar una falta, es decir, un hecho cumplido, y que lo hacía con los aprestos suficientes para repeler la probable reacción de Aguilar. Esta sola circunstancia —el hallarse prevenido— le quita al hecho su carácter justificativo en orden a cualquiera de los bienes defendibles: el de la existencia o el de la propiedad.

La ira causada por grave e injusta provocación

El testigo mejor calificado para invocar esta situación anímica es aquél que la experimenta, se ha dicho, y ello es de una evidencia irrebatible. Si quien pasa por tal estado espiritual, que perturba y altera el entendimiento, puesto que la ira se define corrientemente como una locura breve, no la alega ni la presenta como causa del acto que cometió bajo su impulso, entonces, substraído ese elemento importante de juicio, habrá que averiguarlo a través de un estudio comparativo del hecho y de la personalidad del infractor, porque siendo subjetivos los caracteres humanos, no a todos impresiona el mismo hecho en igual grado, ni en análogas circunstancias todos obran de idéntica manera.

Pero esta tarea le corresponde —cuando se acusa una sentencia— a quien aduzca como fundamento de un recurso extraordinario de esa especial modalidad, circunscrita en el artículo 28 del Código Penal, que exige un cuadro psicológico muy preciso, para que pueda concederse que el

proceder del inculpado se ajustó a los términos exactos de tal norma, que comprende los delitos llamados de ímpetu, ajenos, por lo tanto, a cualquier deliberación, sin que ésto quiera decir nada con respecto al factor tiempo. Porque el dolor, emoción adinámica, suele cobrar intensidad en el transcurso de horas o de días, y porque la ira, a pesar de su dinamismo, puede también crecer y expresarse mucho después de haber ocurrido el acontecimiento que la estimuló. Y éste debe ser grave e injusto, pues lo que excusa o atenúa no es la ira en sí sino la causa justa de la ira. Sólo en tales condiciones es posible hablar de que ella transforma la delincuencia como resultado de una provocación. Y mal puede llamarse provocado el que acude a palabras injuriosas para reclamar un derecho. Sencillamente entonces desmejora su posición y plantea una lucha, cuyas consecuencias, por estar previstas o ser previsibles, pesan sin modificación alguna sobre el que dio lugar a ellas.

Entre Félix Antonio Ramírez y Marco Aguilar —parientes en grado de afinidad— se había creado una situación que los enemistaba. El 6 de mayo de 1945, Ramírez ofendió verbalmente a su cuñado y a continuación lo hirió, sin darle tiempo para la defensa. Esta es la verdad de lo ocurrido. Cuando más podría admitirse que a la actitud provocadora de Aguilar al insistir en un acto que Ramírez le había prohibido y que Aguilar realizaba convencido a la vez de su derecho, siguió la de aquél, quedando la una en calidad de mediata y de inmediata la de Ramírez.

Además —ya se dijo—, el demandante, aparte de haber colocado en sitio inadecuado de su escrito la solicitud a que se refieren las consideraciones anteriores, no entró en el análisis indispensable para demostrar que era pertinente el cargo en este particular. Lo cual obliga a desechar las causales segunda y primera, pues ésta generalmente —y aquí debe entenderse así— es consecuencial de aquélla.

Causal quinta

Un fallo es casable con motivo de la causal quinta, no cuando es deficiente la exposición sino cuando carece en realidad de aquellos presupuestos que le son propios y que facilitan la defensa del procesado. Para que éste sepa de qué se le acusa, la Ley ha dictado normas a que deben atemperarse los jueces en la redacción de las sentencias. Y en este caso, el hecho de haber tratado el demandante de rebatir los fundamentos del pronunciado por el Tribunal Superior de Buga, al sustentar la causal segunda, está indicando que sí existieron aquellos presupuestos, porque de otra manera no se hubiera podido hacer el cargo relativo a las pruebas. Si en sentir del autor de la demanda a los hechos se les dio un valor probatorio que no tienen o se les negó el que en verdad tienen, ello quiere decir que si aparecen expuestos en el fallo cuáles fueron los que se consideraron probados.

No es admisible, de consiguiente, la causal quinta invocada y no demostrada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de 7 de marzo del año en curso, del Tribunal Superior de Buga, en la cual se condenó a Félix Antonio Ramírez Montoya a la sanción principal de tres años de presidio como responsable del delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

LA INDIGNACION CAUSADA POR EL DELITO Y LA CALIDAD DE LA VICTIMA NO SON MOTIVOS SUFICIENTES PARA CAMBIAR LA RADICACION DE UN PROCESO PENAL SINO CUANDO SE DEMUESTRE CON ACTOS POSITIVOS QUE ESTOS HECHOS PODRAN INFLUIR DECISIVAMENTE EN LA DETERMINACION QUE HAN DE TOMAR LOS ENCARGADOS DE IMPARTIR JUSTICIA

1 — Todo delito produce reacción en un ambiente sano porque el delito, no obstante su frecuencia, es lo opuesto al orden social, que impera en cualquier parte en donde el índice de moralidad conserve su natural preponderancia.

De manera que el temor de que la colectividad repudie cuanto lastime o trastorne ese orden, propio de toda comunidad bien organizada, no es extraño ni puede alegarse como fundamento para que se cambie la radicación de un proceso, medida extraordinaria que sólo debe adoptarse en presencia de circunstancias afirmativas de una realidad y que esta realidad sea susceptible de perturbar el sereno juicio de quienes en forma permanente o temporal administran justicia. En otras palabras, el hecho que sea capaz de alterar la imparcialidad de los juzgadores debe estar manifiesto, o por lo menos, tener características de probable como ocurrencia anómala del proceso y no como resultado lógico del delito, que produce indignación en cualquier medio, porque no hay que suponer que la sensibilidad es privilegio de uno sólo. Y entre más "salvaje y vulgar" más conturba, desazona y aún llega a encolerizar. Pero de éstos, que son sus resultados obvios o regulares, no hay por qué esperar que la justicia sufra menoscabo o se afecte en su integridad hasta el punto de que sea aconsejable buscarle otro escenario para que allí se cumpla imparcialmente. Porque la sospecha de que ella no se va a impartir con rectitud en el distrito judicial en que el delito se consumó, tiene que aparecer de actitudes manifiestas y ostensibles y no provenir de opiniones que, por respetables que sean, carecerán siempre de la fuerza demostrativa necesaria para adoptar una medida de tanta importancia, como es la de sustraer del conocimiento de sus naturales jueces un determinado proceso criminal.

2 — En cuanto a la calidad de las víctimas y preeminente posición social e intelectual de sus allegados, se ha dicho que sólo son factores dignos de tenerse en cuenta para sacar un proceso del territorio que por disposición de la ley le corresponde cuando se demuestra con actos positivos que han obrado u obrarán de seguro en la conciencia de los jueces creando un clima de apasionamiento inapropiado para los intangibles intereses de la justicia. (Véanse conceptos de julio 19 y agosto 30 de 1946 y octubre 26 de 1954).

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal. Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Con el oficio número 18677 de 18 de los corrientes, remite el Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia la solicitud del doctor Pablo Alzate Fernández sobre el cambio de radicación del proceso que por homicidio se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Manizales contra Ricaurte Rojas Jiménez, Esnoraldo Gaviria y Aracsio Rengifo, defendido este último por el solicitante.

Corresponde, pues, a esta Sala de la Corte emitir su concepto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8º de la Ley 50 de 1933 y 50 del C. de P. P., y a ello procede, en vista de los siguientes documentos: a) declaraciones de los abogados Roberto Ramírez y Jaime Chávez Echeverri y del señor Jesús María Flórez, encaminadas a acreditar el motivo que se invoca para pedir el cambio de radicación; b) certificación del Director del Departamento de Personal de la Gobernación de Caldas, según la cual el doctor Roberto Cal

dona Arias, hijo de Raimundo Cardona y hermano de Gabriel Cardona Arias, víctimas del homicidio, es en la actualidad Director del Departamento de Extensión Cultural y que también desempeñó las funciones de Alcalde, de Secretario de Gobierno y de Personero Municipal de Manizales, además de haber ocupado cargos en la diplomacia; y c) certificación del Juez Segundo Superior de Manizales, según la cual el proceso contra Arcesio Rengifo, de quien es defensor el doctor Pablo Alzate Fernández, curso en el Juzgado a su cargo y se halla en trámite de señalar fecha para la audiencia pública.

Los declarantes a quienes se interrogó en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, de acuerdo con el formulario presentado por el doctor Pablo Alzate Fernández, respondieron así:

Doctor Roberto Ramírez: "Sé y me consta que el finado don Raimundo fue el padre legítimo del Dr. Roberto Cardona Arias, y el finado Gabriel fue hermano legítimo del mismo Dr. Cardona Arias, notable hombre de letras, ciudadano muy apreciado en esta ciudad de Manizales y en todo Caldas, bien por sus virtudes de gran caballero, ora por su cultura, o bien por las importantes posiciones oficiales que ha desempeñado y ocupa actualmente... Por el aprecio que se les tenía en esta ciudad y en el Municipio de Neira a los señores Raimundo Cardona y su hijo Gabriel, y por el hecho de haber sido padre y hermano, respectivamente, del citado doctor Roberto Cardona Arias, dejaron una huella de hondo pesar en esta ciudad de Manizales y en todas las esferas sociales existe una marcada y bien justificada animadversión para quienes figuran como sindicados, porque no solamente el crimen fue cometido en forma salvaje y vulgar, sino por haber segado (sic) dos vidas meritorias, por lo que puedo asegurar que existe un notorio ambiente de prevención contra esos sindicados o cierta atmósfera que puede entrabar la recta aplicación de la justicia, ya que en esta ciudad de Manizales se tiene este hecho delictuoso, como acto infame cometido contra su propia sociedad y no puede existir esa necesaria libertad para juzgar que es precisa en los juzgadores de hecho o del pueblo, siendo incompatible dicho ambiente con el que demanda la recta administración de justicia, por lo que opino y estimo que es necesario el cambio de radicación de este proceso, para que se juzgue a los procesados con las formas propias de cada juicio y sin prevención alguna".

Doctor Jaime Chávez Echeverri: "Yo intervine en este negocio como apoderado de oficio de uno de los sindicados, circunstancia que justifica el conocimiento que tengo sobre la situación por la cual se me pregunta... Me consta que el doctor Roberto Cardona Arias es hijo legítimo del finado Raimundo Cardona y hermano también legítimo del extinto Gabriel Cardona Arias. También sé que el doctor Cardona Arias es persona muy apreciada en esta ciudad, tanto por sus dotes de caballero como por su reconocida trayectoria de hombre muy vinculado a la administración municipal y departamental. En cuanto a la posible influencia social, personal y psicológica que pueda tener el doctor Cardona Arias en el ambiente manizalita y en relación con las actividades oficiales no considero que sea decisiva ni suficiente para determinar un cambio de postura en la conducta de las personas encargadas de los destinos administrativos de este Departamento, ya que mi experiencia de abogado me ha indicado que en Caldas y particularmente en Manizales existe un criterio tan recto por parte de las autoridades que ninguna influencia sería suficiente para torcerlo. Es innegable la conmoción social que ocasionó en esta ciudad la muerte violenta inferida a los señores Raimundo y Gabriel Cardona, tanto por la calidad de las personas ofendidas como por las circunstancias violentas en que se produjo su deceso. En cuanto a la animadversión que puede existir contra los sindicados, considero que apenas alcanza el nivel moral de todos aquellos delitos consumados en forma violenta y que inciden sobre personas de alguna importancia social. También es posible que exista alguna prevención contra los individuos que figuran como sindicados en el negocio a que me vengo refiriendo, pero creo que tal prevención no tenga la fuerza suficiente para determinar a los funcionarios que conocen del negocio a adoptar una conducta reñida con la ley y que puede considerarse como arbitraria. No sé hasta qué punto esa prevención pueda influir en el ánimo de las personas a quienes toque intervenir como jurados de conciencia, pero en mi modesto concepto sí sería conveniente el cambio de radicación del negocio porque como abogado dedicado por vocación al ejercicio de la profesión en la rama penal, siempre he creído que la justicia debe estar al margen de la más leve sospecha".

Don Jesús María Flórez: "Me consta que el finado D. Raimundo fue el padre legítimo del doctor Roberto Cardona Arias, y el finado Gabriel fue su hermano legítimo del mismo doctor Cardona Arias, notable hombre de letras, ciudadano

muy apreciado en Manizales y en todo Caldas, bien por sus virtudes de gran caballero, ora por su cultura, o bien por las importantes posiciones oficiales que ha desempeñado y ocupa actualmente... Es verdad que los finados no sólo por haber sido el padre y hermano respectivamente del doctor Cardona Arias sino también por haber sido caballeros de todo aprecio, de respetable sociedad, y aprecio general en Neira y Manizales, dejaron una huella de hondo pesar en Manizales y en todas las esferas sociales y me imagino que por razones de las cualidades que adornaban las personas de los occisos, puede ser difícil la situación con relación a los posibles sindicados en este vulgar asesinato y es mi humilde concepto que dicho proceso investigativo quedaría mejor que se radicara en lugar distinto de Manizales porque como he dicho tanto la personalidad de los occisos como la del doctor Roberto Cardona Arias puntualizan en esta sociedad un ambiente desfavorable para los sindicados".

Como se acaba de ver, cada una de las personas que declara aprecia de distinta manera la repercusión que en la ciudad de Manizales pueda tener lo connotado de las víctimas, los méritos actuales y pasados de uno de sus deudos y lo "salvaje y vulgar" del homicidio.

Todo delito produce reacción en un ambiente sano. Porque el delito, no obstante su frecuencia, es lo opuesto al orden social, que impera en cualquier parte en donde el índice de moralidad conserve su natural preponderancia.

De manera que el temor de que la colectividad repudie cuanto lastime o trastorne ese orden, propio de toda comunidad bien organizada, no es extraño ni puede alegarse como fundamento para que se cambie la radicación de un proceso, medida extraordinaria que sólo debe adoptarse en presencia de circunstancias afirmativas de una realidad y que esta realidad sea susceptible de perturbar el sereno juicio de quienes en forma permanente o temporal administran justicia. En otras palabras, el hecho que sea capaz de alterar la imparcialidad de los juzgadores debe estar manifiesto, o por lo menos, tener características de probable como ocurrencia anómala del proceso y no como resultado lógico del delito, que produce indignación en cualquier medio, porque no hay que suponer que la sensibilidad es privilegio de uno solo. Y entre más "salvaje y vulgar" más conturba, desazona y aún llega a enceguecer. Pero de éstos, que son sus resultados obvios o regulares, no hay por qué esperar que la justicia sufra menoscabo o se afecte en su integridad hasta el punto de que sea aconsejable buscarle otro escenario para que allí se cumpla imparcialmente. Porque la sospecha de que ella no se va a impartir con rectitud en el distrito judicial en que el delito se consumó, tiene que aparecer de actitudes manifiestas y ostensibles y no provenir de opiniones que, por respetables que sean, carecerán siempre de la fuerza demostrativa necesaria para adoptar una medida de tanta importancia, como es la de sustraer del conocimiento de sus naturales jueces un determinado proceso criminal.

Y en cuanto a la calidad de las víctimas y preeminente posición social e intelectual de sus allegados, se ha dicho que sólo son factores dignos de tenerse en cuenta para sacar un proceso del territorio que por disposición de la ley le corresponde, cuando se demuestra con actos positivos que han obrado u obrarán de seguro en la conciencia de los jueces creando un clima de apasionamiento inapropiado para los intangibles intereses de la justicia.

En este punto es muy copiosa la doctrina de la Sala Penal de la Corte, expuesta en diferentes conceptos, como puede verse en los que se transcriben a continuación:

"Una cosa es la posición social, o sea la categoría o condición que posee determinada familia o persona en sus diversas actividades dentro de la sociedad, y otra muy distinta la influencia o predominio moral que ellas puedan ejercer para que se impongan sus determinaciones, con preferencia a las de la persona sobre la cual se tiene ese ascendiente moral". (Concepto de 19 de julio de 1946).

"Si cada vez que por la mera afirmación de que la víctima del delito ocupaba una destacada posición social en el sitio en que el hecho ocurrió, se temiera —por eso nada más— una situación desventajosa para el infractor y por ello hubiera que acudir al traslado del proceso a otro lugar, se establecería una práctica viciosa y ya la medida no sería extraordinaria sino ordinaria o común. También hay que tener en cuenta que en medios poblados, en grandes ciudades, en donde no es fácil indicar qué grupo o agrupación de la sociedad es la verdaderamente influyente y en donde la posibilidad de que ella juegue u obre en los procesos penales se reduce muchísimo, aquel factor no tendrá nunca el mismo acento que en otros de escasa población". (Concepto de 30 de agosto de 1946).

Y, por último, en otro más reciente que se refería también a un proceso ventilado en el

mismo Juzgado Segundo Superior de Manizales, quedó definido el criterio de que únicamente cuando los parientes de la víctima se han servido de su prestigio y eminencia para desviar la justicia, procede la adopción de la medida de que ahora se trata, y que, por lo mismo que obedece a razones de orden público y social, debe tomarse muy limitadamente y en casos excepcionales. En esa oportunidad se dijo:

"En resumen: lo que se deduce de estas diligencias es que la muerte violenta del doctor Delio Duque Gómez produjo en Manizales honda conmoción por la calidad de los protagonistas; pero sin que aparezca el más leve indicio de que la familia de la víctima o sus amigos hayan puesto sus influencias para torcer el curso del proceso y perjudicar los intereses del sindicado". (Concepto de 26 de octubre de 1954).

En mérito de las precedentes consideraciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conceptúa que no se ha demostrado la conveniencia de cambiar la radicación del proceso que en el Juzgado Segundo Superior de Manizales se adelanta contra Arcesio Rengifo y otros, por homicidio.

Cópiese y devuélvanse las diligencias.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

EL JUEZ QUE RECIBE DINERO POR CONCEDER PERMISOS A LOS DETENIDOS PARA SALIR DE LA CARCEL COMETE EL DELITO DE COHECHO; Y EL QUE CELEBRA CONTRATOS DE SERVICIOS PROFESIONALES CON LOS PRESOS QUE SE ENCUENTREN BAJO SUS ORDENES, COMETE EL DE CONCUSION

1 — Sobre los delitos de concusión y cohecho la Corte reitera la doctrina expuesta, entre otros, en fallos de septiembre 15 de 1955 y abril 25 de 1956, publicados en los Tomos LXXXII, pág. 274 y LXXXIX, pág. 376 de la GACETA JUDICIAL.

2 — Si un Juez recibe dinero por un acto que debía ejecutar en el desempeño de su investidura, cual era el de conceder permisos a los detenidos para salir de la cárcel (art. 160 Decreto-Ley 1405 de 1934), tal comportamiento encaja dentro de la figura del cohecho que prevé el art. 160 del C. P.

3 — En lo que atañe a los contratos sobre servicios profesionales celebrados por un Juez con los detenidos que se hallan por cuenta de su Juzgado, la Corte está de acuerdo en que ello debe enfocarse por el aspecto de la concusión. Realmente, ese vínculo oficial que ligaba a los presos con su juzgador, los colocó en una situación desventajosa y coactiva que los obligaba a aceptar la ilegítima propuesta del funcionario, porque, de no hacerlo, su causa podría correr algún peligro. Es natural entonces que los sindicados experimentaran temor al no acceder a los deseos de quien tenía en sus manos la libertad de aquéllos, y por eso no les quedó más camino que entregar el dinero exigido. Es natural que el Juez no hubiera obtenido tales resultados, si los pactos los celebra como simple particular.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo penal Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Zafra)

VISTOS:

La parte resolutiva del fallo que va a examinar la Corte en grado de consulta, dice así:

"Por lo expuesto, el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, oído el concepto de su Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en Sala Penal de Decisión, declara EXTINGUIDA LA ACCION PENAL, por PRESCRIPCION, en esta investigación".

Ocurrió lo siguiente:

El día 15 de septiembre de 1945, el doctor Filemón Cardoso Torres tomó posesión del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, el cual desempeñó hasta el 24 de julio de 1947;

2º Hallándose en Trinidad el Juez 21 de Instrucción Criminal adelantando unas investigaciones que le confió el Ministerio de Justicia, varias personas respetables le informaron sobre actuaciones irregulares del Juez de Circuito de Orocué, de quien dijeron que "era tiempo perdido pensar en la justicia". Ese mismo día —15 de mayo de 1947—, en las horas de la tarde, el investigador mencionado observó que un sujeto se dedicaba a poner avisos en determinados lugares de la población, cuyo contexto decía:

"FILEMON CARDOSO TORRES. - ABOGADO TITULADO. - PRACTICA: Juez de varios Circuitos, Fiscal, etc. - NEGOCIOS PENALES, CIVILES, DEL TRABAJO. - EJERCE EN CASANARE, INTENDENCIA Y TRIBUNALES RESPECTIVOS. - OFICINA PRINCIPAL: VILLAVICENCIO".

Y agrega el investigador.

"A todas las personas les llamó la atención este hecho por lo insólito y el Juez de esta constancia se dedicó a interrogar a algunas personas sobre el particular, y fue informado de que Filemón Cardoso Torres era precisamente el Juez del Circuito (Promiscuo) de Orocué, y que quien ponía los avisos era Pedro Abigail Reyes, sujeto sindicado por el delito de robo de ganado mayor, cuyo negocio se encontraba en Orocué y que tal sujeto estaba preso, pero que él como otros presos salía a distintas partes con permiso del señor Juez";

3º Con fecha 20 de mayo de 1947, el instructor inició la correspondiente acción penal contra el

Juez Cardoso Torres, por concusión, cohecho o prevaricato;

4º El Juez Cardoso Torres, según documentos que obran en el sumario, concedió permisos a numerosos presos para salir de la Cárcel y permanecer en el poblado y en lugares distantes de la Cabecera del Circuito, algunos de los cuales estuvieron ausentes hasta por treinta días. Entre los beneficiados, aparecen Pablo E. Holguín, Silvestre Barrera, Marcelino Heredia, Pablo E. Sánchez, Félix Antonio Luna, Pedro Abigail Reyes, Julio Albarracín, José Ramón Adán, Régulo Mosquera, Mauricio Mejía, Isaías Alvarez, Miguel Orozco, Gabriel Ruiz Tello, Eduardo Villamizar y Baudilio Martínez.

Este último declara:

"Sí fue cierto que el Juez de este Circuito Dr. Filemón Cardoso Torres, me concedió un permiso para salir de la cárcel de Orocué en donde me encontraba detenido y por el tal permiso le dí en dinero la suma de cien pesos. Los hechos se sucedieron de la siguiente manera: El veintiseis de marzo del presente año (1947) hablé yo con Joselyn Espitia, entonces Director de la cárcel de este lugar, diciéndole que si sería posible conseguir un permiso para ir hasta mi fundación y él me dijo que si estaba resuelto a darle algunos centavos al Juez, que era posible que consiguiera el tal permiso; yo le dije que lo autorizaba para que hablara con el Juez y en seguida me informara qué había dicho; el día siguiente, por la mañana, o sea el veintisiete de marzo de este año, me dijo el señor Espitia que el Dr. Cardoso había dicho que hiciera el memorial y lo presentara; yo hice el memorial y lo presenté e inmediatamente me mandó a llamar el señor Juez con el mismo Joselyn; fui al Juzgado y el Dr. Cardoso me dijo que consiguiera una persona que me fiara y conseguí a don Teodoro J. Amézquita y él me fió y en seguida hice un negocio con Alejandro Cala, vecino de Campohermoso, por el cual yo le vendía diez novillas, y como Cala no tuvo en el momento todo el dinero para dármelo, se valió de don Teodoro Amézquita, quien nos hizo el documento y quien le facilitó a Cala los cien pesos y en su presencia Cala me los entregó; inmediatamente me fuí a llevárselos a Joselyn Espitia, quien estaba recomendado por el Dr. Cardoso para recibir el dinero y llevárselo; al llevarle yo el dinero a Espitia, resolvimos que era mejor que yo los entregara personalmente al señor Juez Dr. Cardoso, lo que así verifiqué en la pieza donde dormía... El dinero se lo entregué al Dr. Cardoso Torres personalmente en su pieza y sin que presenciara la entrega ninguna persona, pues estaba solo y no me firmó recibo alguno... El detenido Pablo Holguín me dijo que él y otros detenidos habían conseguido del señor Juez permiso en las mismas condiciones".

Algunos de esos presos declararon, pero sin comprometer al Juez en cuanto a recibo de dineros para otorgarles los permisos;

5º El Juez doctor Cardoso Torres, estando conociendo de los respectivos procesos, celebró con varios detenidos un contrato de mandato para defenderlos cuando hiciera dejación del empleo. Por ese concepto, recibió sumas de dinero y letras de cambio, así: del preso Pedro Abigail Reyes cien pesos y una letra por $ 300.00; y del preso José Ramón cien pesos y una letra por $ 600.00.

A su vez, el detenido Félix Antonio Luna declaró lo que sigue:

"Después de las vacaciones judiciales, sin precisar la fecha porque no la recuerdo, pero sí fue en este año (1947), estando yo de Ordenanza, me acerqué un día a la pieza en que dormía el Dr. Filemón Cardoso Torres y le pregunté qué había de mi asunto, él me dijo que todavía no había venido el expediente, pero que él iba a hacer el deber de ayudarme; en seguida me dijo que le diera prestados doscientos pesos, y yo le contesté que no tenía los doscientos pero que podía conseguirle cien pesos, los que le entregué ese mismo día en la misma pieza; los cien pesos los saqué ese mismo día de la Dirección de la cárcel en donde los tenía el entonces Director de la cárcel señor Joselyn Espitia, quien me los entregó; el dinero lo entregué al Dr. Cardoso estando los dos solos y hasta la fecha no me los ha devuelto ni yo se los he cobrado, pues él se comprometió a hacerme la defensa por doscientos pesos, una vez que fuera reemplazado en el Juzgado";

6º Hallándose el procesado Baudilio Martínez en Yopal, le dirigió al Juez Dr. Cardoso el telegrama que en seguida se transcribe:

"Yopal, 27 may/47. Doctor Cardoso. - Orocué. Severo Reyes necesítalo para defensa hurto ganado adelántale este juzgado, anticípale quinientos pesos, hacer arreglo vista negocio. Avise urgente. Servidor. Baumartínez".

Y el doctor Cardoso le contestó:

"Orocué, 3 junio 1947. Baudilio Martínez. Yopal. Puede girar Severo Reyes, iré término distancia. Adviértole avión viaja regularmente. Avisaré salida. Puede usted esperar allá. Agradézcole. Filemón Cardoso";

7º Con fecha 19 de marzo de 1947, el doctor Cardoso Torres, siendo Juez, dirigió una carta al Presidente de la Sociedad de Ganaderos del Llano, residente en Bogotá, donde le dice, entre otras cosas:

"Deseamos terminar nuestro mandato para retirarnos a otras ocupaciones; a propósito, una de las causas de impunidad en que los dueños de hatos o encargados dan el denuncio y nunca más vuelven a suministrar dato alguno o les prohibe informarse la reserva del sumario; no ocurrirá esto con un acusador, experto en trucos de la región y así, si el primero de julio consideran que puedo servir a esa sociedad (no en general, es claro), pueden discutirlo y determinar la manera como pudieran ayudarme en la profesión, para no tener que servir más bien a los acusados, sin remedio; pienso en establecerme en Villavicencio y de allí podría movilizarme, con viáticos a ésta, Arauca y Santa Rosa de Viterbo, creyendo poder servirles a satisfacción, e invirtiendo unos pesos Uds. se procurarían mayor defensa a sus intereses, seriamente amenazados hoy. Quedo su atento servidor, Filemón Cardoso Torres";

8º En escrito de fecha 29 de julio de 1947, dirigido al señor Procurador General de la Nación, los presos Félix Antonio Luna, Baudilio Martínez y Pedro Abigaíl Reyes se quejaron contra el Juez doctor Cardoso Torres, porque —dicen— "con engaños nos sacó el dinero que teníamos para nuestra defensa"; y

9º En su indagatoria, el doctor Cardoso Torres da estas explicaciones sobre los hechos que se le atribuyen:

Que concedía salidas a los presos "por sentimientos de humanidad", en vista de que la ración que tenían era de sesenta centavos, y con los permisos otorgados iban a trabajar para atender a su alimentación; que a otros los dejaba salir para que visitaran a sus parientes; que es falso que él hubiera recibido dinero por dar tales permisos; y que como pensaba retirarse del Juzgado para ejercer la profesión, varios de los sindicados le ofrecieron voluntariamente la defensa y aceptó el encargo, porque no existe prohibición legal al respecto; que recibió de Félix Antonio Luna, Pedro Abigaíl Reyes y José Ramón Adán, en calidad de arras, la suma de cien pesos de cada uno; que el último de los nombrados le firmó también una letra; y que el indagado le dirigió un telegrama a Baudilio Martínez, porque éste ofreció girar quinientos pesos para hacerle la defensa a Severo Reyes.

"Yo le contesté telegráficamente -agrega- que girara para trasladarme, lo que suponía naturalmente renunciar previamente el Juzgado y como no giraron, yo no podía renunciar".

El Tribunal, en la providencia consultada, considera que los contratos que el Juez celebró con Félix Antonio Luna, Pedro Abigaíl Reyes y José Ramón Adán para hacerles una futura defensa, constituyen un delito de concusión, por cuanto, en forma sutil y fina, el funcionario percibió indebidos beneficios económicos "de quienes estaban cortados psicológicamente para discutir con su Juez las estipulaciones" de esos pactos. Y respecto a los permisos concedidos a los presos, los califica de prevaricato, ya que el funcionario violó abiertamente las disposiciones legales sobre libertad provisional de los procesados, por un móvil posible de simpatía hacia los detenidos.

Sin embargo, encontró el fallador que la acción penal estaba prescrita, y así lo declaró.

Oído el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, opina que el Juez no prevaricó, porque al menos es dudoso que éste hubiera concedido los permisos "a sabiendas de que ello era ilegal".

Tampoco cometió abuso de autoridad en los términos del artículo 171 del estatuto represivo, pues no aparece establecido el perjuicio de una persona o de una propiedad con los salidas de los sindicados a la calle. Y en lo que atañe a la concusión, observa el Colaborador de la Sala que "no está demostrado que el acusado se hubiera prevalido de su cargo para hacerse a la defensa de los presos Félix Antonio Luna, Pedro Abigaíl Reyes y José Ramón Adán, y haber obtenido por ese concepto el anticipo de algunas sumas de dinero. Repugna desde luego la conducta del acusado, por ser contraria a los más elementales principios de ética, pero en el concepto de la Procuraduría tampoco el segundo cargo es constitutivo de delito".

Concluye así el señor Procurador:

"Por tanto, la orden de cesar el procedimiento debe obedecer a que los hechos imputados al ex-Juez Cardoso Torres, así constituyan graves indelicadezas, no los considera la ley como infracción penal". Y en tal sentido, pide que se modifique el fallo objeto de la consulta.

Se considera:

Ninguna de las actuaciones del Juez acusado configura, en verdad, el delito de prevaricato, porque no se descubre en ellas el móvil sentimental de la simpatía o de la animadversión, que caracteriza el elemento psíquico de dicho ilícito.

Pero, en cambio, todo indica que el funcionario lo animaba, en sus abusivos procederes, el fin de lucro o enriquecimiento, que es propio de la concusión y el cohecho.

La Corte se ha pronunciado sobre la esencia de estas dos infracciones contra la administración pública.

En efecto, ha dicho que la concusión, genéricamente, consiste en el hecho del funcionario o empleado público que, con abuso de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo oficial público o a un tercero, dinero u otra utilidad; y que el concusionario no sólo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con extralimitar sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente—, mediante hábiles y sutiles procedimientos para atrapar a la víctima e inducirla a dar o prometer lo que se le pide sin justa causa. Por eso, la concusión puede ser explícita o implícita. Explícita, cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus codiciosos propósitos. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta forma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto que el ardid proviene de persona investida de autoridad pública.

Y respecto del cohecho, él radica en la aceptación que hace el funcionario, para sí o para un tercero, de dinero, dádivas o promesas remuneratorias, no debidos, con el fin de ejecutar, omitir o retardar un acto propio del cargo, o para realizar uno contrario a los deberes oficiales.

En la concusión, obra la violencia o el engaño de parte del funcionario público, y sólo hay un sujeto activo de la infracción; en el cohecho, por el contrario, no existen esos medios coactivos o fraudulentos, y el ilícito es bilateral, porque requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado. Hay aquí un verdadero "contrato ilícito", en que ambos sujetos son codelincuentes. Además, en el cohecho el acuerdo versa sobre un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir; en tanto que la concusión no requiere ese acto futuro y preciso. En ella "todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia" (Soler); en el cohecho, "la consumación de este delito está en la consumación del contrato" (Carrara). (Fallo de 15 de septiembre de 1955, Gaceta números 2157-2158, página 274).

Y en reciente sentencia, de fecha 25 de abril último, expresó la Corte que si bien el cohecho y la concusión son similares en el interés jurídico que lesionan (el servicio público), "se diferencian en que el primero es un ilícito bilateral que mira a un acto futuro; mientras que en el segundo no es posible el acuerdo, puesto que la voluntad del sujeto pasivo está viciada por el temor, y el acto que debe realizarse puede ser concomitante con la exigencia indebida". (Gaceta números 2165-2166, página 377).

Viniendo al caso **sub judice**, se tiene:

De los varios presos a quienes el Juez Cardoso Torres concedió permisos para salir a la calle, Baudilio Martínez es el único que, en declaración jurada y luégo en un careo, le hace al funcionario el cargo concreto de haber pagado a éste la suma de cien pesos por obtener ese permiso. Y el dicho de Martínez, tan explícito y completo, resultó corroborado, en gran parte, con los testimonios de Teodoro Amézquita, Roberto Palencia y Jesús Acevedo, lo mismo que con la orden escrita del Juez, expedida el 27 de marzo de 1947 y con destino al Director de la Cárcel, autorizando la salida del procesado. Esa fecha (27 de marzo de 1947) corresponde, cabalmente, a la que citó Martínez en sus declaraciones.

Obsérvese, además, que el propio Director de la Cárcel Joselyn Espitia, a quien Martínez hace aparecer como intermediario para el pago de los cien pesos al Juez, no desmiente al citado preso, pues se limita a manifestar: "No recuerdo haberle dicho (a Martínez, aclara la Corte) que le llevara los cien pesos que le había exigido el doctor Filemón Cardoso, para concederle el permiso, de veinticinco o más días... No me consta tampoco si le entregaría al doctor Cardoso esos cien pesos, porque de acuerdo con la cita que se me leyó, él manifiesta que se los entregó personalmente y sin testigos de ninguna índole" (Subraya la Sala).

Más antes expresó el mismo testigo Espitia:

"En el ambiente flotaba que el señor Juez del Circuito, doctor Filemón Cardoso, concedía permisos, en forma ilícita, pues los agraciados daban dinero al citado funcionario, para el logro de ese propósito".

Por lo tanto, existe fundamento suficiente para pensar que el Juez sí recibió dinero por un acto que debía ejecutar en el desempeño de su investidura, cual era el de conceder permisos a los detenidos para salir de la cárcel. (Art. 160 del Decreto-Ley Nº 1405 de 1934). Y tal comportamiento encaja dentro de la figura del cohecho que prevé el artículo 160 del Código Penal.

En lo que atañe a los contratos sobre servicios

profesionales celebrados por el Juez con los detenidos que se hallaban por cuenta de su Juzgado, la Corte está de acuerdo con el Tribunal en que ello hay que enfocarlo por el aspecto de la concusión. Realmente, ese vínculo oficial que ligaba a los presos con su juzgador, los colocó en una situación desventajosa y coactiva que los obligaba a aceptar la ilegítima propuesta del funcionario, porque, de no hacerlo, su causa podría correr algún peligro. Es natural entonces que los sindicados experimentaran temor al no acceder a los deseos de quien tenía en sus manos la libertad de aquéllos, y por eso no les quedó más camino que entregar el dinero exigido. Es seguro que el Juez no hubiera obtenido tales resultados, si los pactos los celebra como simple particular. Tanto es así, que cuando cesó en sus funciones oficiales, los presos se quejaron ante el Procurador General de la Nación, poniéndole de presente que el doctor Cardoso Torres les había sacado el dinero con engaños, lo que significa que él les incumplió la promesa de defenderlos, estando ya en posibilidad de hacerlo.

De otra parte, el ánimo indebido de lucro que embargaba al funcionario, queda de manifiesto con el telegrama que le dirigió al procesado Baudilio Martínez para que Severo Reyes le girara los quinientos pesos que había ofrecido por hacerle la defensa, con la promesa del Juez, de trasladarse a Yopal en el "término de la distancia".

A pesar de todo lo visto, nada puede hacerse hoy para reprimir al culpable, porque las acciones nacidas de la concusión y el cohecho están prescritas, conforme a los artículos 105, 156 y 160 del Código Penal. La pena máxima correspondiente a la concusión es de seis años de prisión, y de cuatro la del cohecho. Los ilícitos ocurrieron en 1947. De suerte que la acción penal quedó extinguida, para el más grave —la concusión— en 1953.

Por este motivo no procede tampoco ordenar que se investigue la conducta del ex-Director de la Cárcel Joselyn Espitia, acusado de copartícipe en el cohecho, pues la acción penal está igualmente prescrita respecto de él. Lo mismo puede decirse del preso Baudilio Martínez.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador, FALLA:

DECLÁRASE que la acción penal iniciada contra el doctor Filemón Cardoso Torres por los delitos de concusión y cohecho, en su carácter de Juez del Circuito de Orocué, no puede proseguirse, por hallarse prescrita. En consecuencia, ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO contra dicho doctor.

Queda, en estos términos, sustituída la providencia materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra** — **Julio E. Argüello**, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRUEBA DE LA REALIZACION DEL TRABAJO PUBLICO EN EL CASO DE QUE SE EDIFIQUE DE ACUERDO CON LA LICENCIA DE CONSTRUCCION, CEDIENDO UNA ZONA PARA AMPLIACION DE LA VIA

No es voluntaria sino obligada la cesión que hace el propietario de la zona cuando proyecta la construcción de su predio y obtiene para ello la licencia, condicionada ésta de antemano al paramento que determina la Administración, y luego, al someterse al plano de ensanche de la vía, deja una parte de su inmueble para ese objeto. La resolución administrativa que señala el paramento, por sí sola limita el derecho de dominio del particular sobre su inmueble, puesto que no lo puede usar o gozar en su totalidad, y al propio tiempo expresa tal resolución el reconocimiento de la Administración de que necesita y reclama parte del inmueble privado para el ensanche de la vía pública. Al levantarse la construcción se produce instantáneamente la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público. Es decir, la ocupación y el trabajo. El ensanche de la vía queda realizado. De ahí que no parezca necesario demostrar que sobre el terreno se han ejecutado determinados trabajos de pavimentación, etc., porque el trabajo público es la ampliación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por apelación interpuesta por el señor Personero Municipal de Bogotá procede revisar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio, promovido por el señor Juan A. Villamizar contra el Municipio de Bogotá, a efecto de obtener de éste el pago de una indemnización por haber ocupado, al ampliar la vía, una zona del inmueble de su propiedad ubicado en la intersección de la calle 11 con la carrera 15 de esta ciudad, zona que tiene un área de 80 varas cuadradas.

La sentencia en su parte resolutiva expresa:

"1º—Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al señor Juan Antonio Villamizar M., tan pronto como quede ejecutoriado el presente fallo, la suma de doce mil novecientos cuatro pesos moneda legal ($ 12.904.00);

"2º—Previamente y, para obtener el pago, el señor Juan Antonio Villamizar M. deberá otorgar a favor del Municipio de Bogotá el correspondiente título traslaticio de dominio;

"3º—Es entendido que el título traslaticio de dominio que deberá otorgar al Municipio de Bogotá el señor Juan Antonio Villamizar M. es por las ochenta varas cuadradas con cincuenta y dos centímetros de vara cuadrada (80 V2. 52 cm.)".

El trámite pertinente a la segunda instancia se surtió ante el H. Consejo de Estado, y ha correspondido a la Corte Suprema proferir la decisión que corresponda en virtud de lo dispuesto por el Decreto 0203 de 1955, dictado como consecuencia del fallo de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, de fecha 20 de junio de 1955.

La acción fue sustentada así:

Primer hecho: que el demandante es propietario del inmueble objeto de la ocupación.

Este presupuesto está acreditado en los autos con la copia de la escritura pública número 905, de 8 de marzo de 1945, Notaría Primera de Bogotá, que se halla debidamente registrada. Consta en ella que el señor Juan Antonio Villamizar Martínez adquirió por compra a la señora Mercedes Montoya viuda de Martínez, con la reserva del usufructo de por vida en favor de la vendedora, "un lote de terreno junto con las edifi-

caciones en él levantadas situado en esta ciudad de Bogotá en la carrera quince (15) con calle once (11) y marcado en su puerta de entrada con los números catorce noventa y seis (14-96) y catorce noventa y ocho (14-98)", por los linderos que allí se expresan. Que el terreno lo hubo la compradora en mayor extensión por habérsele adjudicado en la mortuoria de su esposo Guillermo Martínez Montoya (fs. 3 a 5 cuad. número 1). Se acompañó también la partida de defunción de la señora Mercedes Montoya de Martínez, con lo cual se demuestra que la propiedad se consolidó en favor del nudo propietario señor Juan A. Villamizar (f. 8 ibidem). Y por último, se acompañó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre tradición de la finca en más de treinta años y libertad de la misma (fs. 6 y 7 ibidem).

Segundo hecho: Que la Administración de Bogotá fijó el paramento con destino al ensanche de la carrera 15, recortando el terreno descrito, por el costado occidental, en una superficie de ochenta varas cuadradas.

Se ha probado este hecho con los siguientes documentos, que obran en el cuaderno número 2: Copia tomada del archivo de la Secretaría de Obras Públicas Municipales sobre la demarcación número 3675, referente al inmueble números 14-54 y 14-72 de la calle 11. "Retroceder —dice el documento— el paramento 2 m. 70 en el extremo sur y 2-94 en el extremo norte...." (f. 8). Certificado expedido por la Secretaría de Obras Públicas Municipales en que se hace constar: "3) Que con fecha 18 de noviembre de 1949 la Secretaría de Obras Públicas Municipales, concedió licencia pedida por los señores Rafael Villamizar Martínez y Juan Antonio Villamizar Martínez para construir un edificio de un piso en el lote situado en la calle 11 entre carreras 14 y 15, esquina con la carrera 15, ciñéndose a la demarcación número 3675 de 1949, que contempla un retroceso del nuevo edificio por la carrera 15, con el fin de regularizar y ampliar esta vía... 4) Que la ampliación de la carrera 15 fue notificada a los señores Villamizar por medio de la demarcación del nuevo paramento ya que la licencia está condicionada al cumplimiento de tal demarcación, expedida el 3 de septiembre de 1949..." (fs. 18 y 16 vuelto). Copia autenticada del plano o croquis elaborado por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio que registra la demarcación del nuevo paramento del inmueble del demandante, y señala la zona segregada en una superficie de 78.30 V2. (f. 19). Nueva certificación de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá sobre la demarcación que corresponde al inmueble de la carrera 15 (f. 20). Acta de la inspección ocular (f. 27), en donde se lee: "Luego después de haber sido leídos por el secretario, en alta voz, los autos y piezas pertinentes del expediente, se procedió a identificar por el personal de la diligencia el lugar de la controversia con el siguiente resultado: En la carrera quince (15) en la esquina de la calle once (11) de esta ciudad de Bogotá se observa la ampliación con andenes de la referida carrera quince (15) con la calle once (11), en el lugar donde existen actualmente un edificio de una sola planta de construcción en concreto, con tres locales para arrendar, marcados dichos locales con los números "14-73" el de la esquina del edificio y "11-12" y "11-14" los dos restantes, y dentro de la siguiente demarcación...". Y más adelante expresa: "Con la anterior identificación se estableció por el personal de la diligencia que el edificio y lugar visitados en la calle once (11) con la carrera quince (15) de esta ciudad de Bogotá, es la finca raíz y lugar materia de la controversia". Por último, dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia anterior, en el cual después de reiterar lo apreciado en ella respecto de la ampliación de la vía, conceptúan los peritos: "...esta ampliación de la vía, carrera 15, trajo como consecuencia la disminución del área de la mencionada propiedad de don Juan Antonio Villamizar en una extensión de **ochenta varas cuadradas con cincuenta y dos centímetros de vara cuadrada** (80.52 V2. en total".

Y explican: "El área disminuída y a que hemos aludido, corresponde en parte a la determinada y expresada en el plano o croquis elaborado por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, el cual tuvimos oportunidad de estudiar en la Secretaría de dicho despacho, a donde nos trasladamos en compañía del señor Magistrado y demás firmantes de la diligencia: allí mismo nos fue enseñada la copia de un certificado expedido en fecha 16 de noviembre de 1951 por la Oficina del Plan Regulador de Bogotá, en el cual se determina que la zona tomada a la propiedad del señor Villamizar, para vía pública, y que se expresa en el citado plano o croquis, fue de **setenta y ocho varas cuadradas con treinta centímetros de vara cuadrada** (78.30 V2). Y en la parte a lo que comúnmente se determina como "aproche" o sea un ángulo tomado para la vía, en

toda la esquina Nororiental de la carrera 15 con la calle 11, correspondiente a la misma finca del señor Villamizar, ángulo o "aprueche" que no aparece en el plano o croquis elaborado y certificado por el Municipio de Bogotá, y cuya área en total es de **dos varas cuadradas con veintidós centímetros de vara cuadrada** (2.22 V2.)" (fs. 23 y 24).

Tercer hecho: Que el valor de cada vara cuadrada de terreno del lote del demandante era de doscientos pesos ($ 200.00) en la época de la ocupación.

Este punto fue igualmente sometido al dictamen de los peritos, quienes confirman la apreciación del demandante respecto del valor de cada vara cuadrada, diciendo en consecuencia que el terreno segregado vale en total **dieciseis mil ciento treinta pesos moneda corriente.** Avalúo éste ratificado en ampliación posterior y debidamente fundamentado (f. 26, cuad. número 2).

Las pruebas relacionadas fundamentaron el fallo del Tribunal. La indemnización decretada acoge el avalúo de los peritos y deduce el 20% por concepto de valorización conforme a lo dispuesto por el artículo 268 del C. C. A.

El señor Fiscal del Consejo de Estado, en su vista de fondo para la segunda instancia, acepta que se halla debidamente comprobada la propiedad del demandante respecto del inmueble, y que la licencia concedida a éste para construir un edificio fue condicionada al cumplimiento de la demarcación oficial, por la cual quedó una zona para la ampliación de la vía. Pero agrega: "Se observa, sin embargo, que en los autos no están debidamente comprobados ni la ocupación de hecho ni los trabajos públicos que realizara el Municipio de Bogotá para la ampliación de las citadas vías públicas, trabajos públicos que se alegan como determinantes de los perjuicios reclamados, por lo cual se llega a la conclusión de que no es posible ubicar la acción aquí instaurada dentro del Capítulo XXII del Código de lo Contencioso Administrativo, como indebidamente lo ha hecho el actor, siendo procedente por tanto, reconocer y declarar probada la excepción de "petición de modo indebido".

Consiste pues el reparo que la Fiscalía hace para deducir la improcedencia de la acción, en que no se hallan probados la ocupación ni el trabajo público. La Sala disiente de tal parecer por las siguientes razones: No es voluntaria sino obligada la cesión que hace el propietario de la zona cuando proyecta la construcción de su predio y obtiene por ello la licencia, condicionada ésta de antemano al paramento que determina la Administración, y luego, al someterse al plano de ensanche de la vía, deja una parte de su inmueble para ese objeto. La resolución administrativa que señala el paramento, por sí sola limita el derecho de dominio del particular sobre su inmueble, puesto que no lo puede usar o gozar en su totalidad, y al propio tiempo expresa tal resolución el reconocimiento de la Administración de que necesita y reclama parte del inmueble privado para el ensanche de la vía pública. Al levantarse la construcción se produce instantáneamente la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público. Es decir, la ocupación y el trabajo. El ensanche de la vía pública queda realizado. De ahí que no parezca necesario demostrar que sobre el terreno se han ejecutado determinados trabajos de pavimentación, etc., porque el trabajo público es la aplicación. Por otra parte, en los autos sí se halla probado en forma directa el trabajo público. Las diligencias de inspección ocular y dictamen pericial lo demuestran. En la primera se dice: "En la carrera quince (15) esquina de la calle once (11) de esta ciudad de Bogotá, **se observa la ampliación con andenes de la referida carrera quince** con la calle once". Esta observación del Magistrado y demás personal de la diligencia constituye plena prueba al tenor de lo dispuesto por el artículo 730 del Código Judicial. Los peritos por su parte reiteran el hecho en la siguiente forma: "Allí podimos apreciar lo siguiente: que la carrera 15 entre calles 11 y 12, acera oriental, **se halla ampliada** en una extensión dentro de la cual se localiza el frente de la propiedad del señor Juan Antonio Villamizar".

Es pues la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, de que trata el artículo 263 del C. C. A., la que se desprende de los hechos en que se apoya la demanda. Los presupuestos de ella han tenido su comprobación en los autos. Propiedad del demandante sobre el inmueble ocupado para el ensanche de la vía. Intervención del Municipio de Bogotá en tal ampliación de la calle y ocupación del terreno particular, y daño ocasionado al propietario. Por consiguiente, la excepción propuesta por el Ministerio Público no tiene asidero legal.

El fallo materia de la apelación que reconoce el derecho del actor a la indemnización demanda-

da y ordena su pago, previa deducción del 20% por concepto de valorización, tiene apoyo en lo prescrito por el artículo 268 de la ley 167 de 1941, aplicable al caso. En cuanto a la prevención de que el demandante debe otorgar el título traslaticio de dominio al Municipio de Bogotá, fundada en el artículo 269 de la misma ley, vigente entonces, debe asimismo mantenerse. La Corte ha considerado que si el demandante tiene derecho a que se le pague el terreno que se ha incorporado al servicio público, correlativamente está en la obligación de transferir el dominio del mismo a la entidad pública. Así lo ha resuelto en diversos fallos. La sentencia del Tribunal debe pues confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 5 de marzo de 1954.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para los efectos del artículo 139 del C. C. A.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán **Manuel Buenahora.**

Roberto Goenaga — **Camilo Rincón Lara**—El Secretario, **Jorge García M.**

EL DEMANDANTE EN JUICIO SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR TRABAJOS PUBLICOS DEBE DEMOSTRAR LA FECHA EN QUE SE REALIZO LA OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD. — COMO SE ESTABLECE ESA FECHA EN EL CASO DE UNA VIA PUBLICA

1 — Además de los requisitos necesarios para ejercitar la acción de indemnización de perjuicios causados con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada para realizar trabajos públicos, el art. 263 del C. C. A. establece que las demandas de esta clase deberán presentarse ante el Tribunal competente a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el hecho o de verificada la ocupación.

Pero se pregunta cuál es la fecha exacta que sirve para contar ese término en aquellos casos en que, dada la naturaleza de los trabajos, la ocupación no puede llevarse a cabo en un sólo día, como ocurre cuando se trata de la construcción de una vía pública. Es evidente que cuando los trabajos de construcción de una vía pública llegan al límite de un predio determinado, se inicia la ocupación del mismo; mas como éstos son trabajos continuos y la realización de la obra sobre el predio en cuestión puede ser más o menos demorada, es evidente también que el fenómeno de la ocupación por parte del Estado continúa verificándose a diario, a medida que avanzan los trabajos y que, el propietario no está en capacidad de saber, en ese primer instante, la extensión del terreno que a la postre será objeto de ocupación, ni tampoco la cuantía del daño. En estas condiciones lo equitativo parece ser, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en casos como éstos el término de caducidad se cuente a partir de la terminación de los trabajos sobre el predio en cuestión, ya que solamente en ese momento su propietario está en condiciones de conocer la extensión ocupada y la cuantía de los daños que en virtud de ella se hayan podido ocasionar. Lo que no podría aceptarse sin quebrantar el claro sentido de la disposición que se comenta es que la caducidad se contara a partir de la terminación de la obra completa, tomando ésta en toda su extensión y conjunto, o por zonas determinadas, porque finalizados los trabajos sobre un inmueble cualquiera, bien puede ocurrir que en la terminación del resto de la vía, hasta la llegada al punto final, se empleen varios años. Y no podría aceptarse esta interpretación porque terminada la ocupación de un predio determinado, su propietario se halla en condiciones de conocer y probar con exactitud todos los elementos esenciales de la acción, y porque esperarse a la terminación completa de la obra sería tanto como prorrogar indefinidamente el término que en forma perentoria señala el art. 263.

2 — Las decisiones basadas en el Decreto 0293 de febrero 15 de 1956 no se oponen a las demandas que conforme al derecho común puedan presentarse para obtener el pago de terrenos privados ocupados permanentemente por causa de trabajos públicos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio nueve (9) de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel Buenahora)

En ejercicio de la acción consagrada por los Arts. 261 y ss. de la ley 167 de 1941, con fecha 16 de octubre de 1948 don José Vicente Vargas presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander demanda contra el Departamento del mismo nombre y contra el Municipio de Rionegro, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el Departamento de Santander y el Municipio de Ríonegro son solidariamente, o por partes iguales, responsables de los perjuicios sufridos por José Vicente Vargas en un predio rústico conocido con el nombre de LA ESMERALDA DE SAN PABLO, con motivo de la construcción de la carretera que une la cabecera muni

cipal de Rionegro con el corregimiento de Llano de Palmas;

"Segunda: Que, en consecuencia, el Departamento de Santander y el municipio de Rionegro están obligados a pagar al demandante o a su orden, dentro del término que señale la sentencia, a título de indemnización de perjuicios, la cantidad de siete mil pesos en que el demandante estima el valor de sus daños, solidariamente o por partes iguales".

En derecho apoyó su demanda en los arts. 261 y ss. de la ley 167 de 1941 y como fundamentos de hecho el actor manifiesta:

Que es propietario del predio rústico denominado La Esmeralda de San Pablo, ubicado en el municipio de Rionegro y alinderado como lo dice la escritura pública 167 de 21 de diciembre de 1938, otorgada en la Notaría de Rionegro;

Que el municipio de Rionegro construyó para el Departamento, "a principios de 1947" un sector de la carretera que une la cabecera municipal de Rionegro con su corregimiento del Llano de las Palmas, atravesando, con ella el inmueble de que se hizo mención;

Que con tales trabajos se perjudicó al demandante por habérsele destruído cafetales, plantaciones y potreros que allí tenía y que tales perjuicios los estima en la suma de $ 7.000.00, incluyendo en este valor la zona ocupada.

Tanto la Gobernación del Departamento como la Personería Municipal de Rionegro se oponen a que se hagan las declaraciones pedidas negando los hechos fundamentales de la demanda.

En su respuesta esta última oficina plantea como defensa la caducidad de la acción porque según ella los trabajos de la carretera en la zona que afecta la finca del demandante se realizaron en el año de 1945, y no en el de 1947, precisamente cuando su propietario y demandante señor Vargas, era personero del Municipio de Rionegro. De donde deduce que la demanda fué presentada después del vencimiento del término que para hacerlo concedía el artículo 263 de la ley 167 de 1941.

También el Gobernador y el Fiscal del Tribunal, en sus respuestas observaron lo siguiente sobre este particular:

El Gobernador:

"La demanda en general carece de la precisión y de los requisitos de forma exigidos por la ley para los juicios sobre indemnizaciones por trabajos públicos. Así, por ejemplo, no consta en ella la fecha de la ocupación de la zona. Por otra parte, hay cierta vaguedad respecto al tiempo en que ocurrieron los daños determinantes de la acción intentada, y no es posible localizar por abscisa la zona de la carretera de un kilómetro correspondiente a la finca denominada **La Esmeralda de San Pablo**, lo cual hace casi imposible o dificulta el esclarecimiento de los puntos materia de la litis".

El Fiscal.

"Hago además la observación de que la demanda carece de la precisión requerida por el juicio intentado, ya que no consta en ella la fecha de ocupación de la zona a que se refiere ni la fecha en que pudieron causarse los daños determinantes de la acción, siendo esto de gran trascendencia dentro del juicio por el posible cumplimiento de la prescripción establecida en el artículo 283 del Código Administrativo".

Tramitado el negocio, el Tribunal Administrativo le puso término mediante sentencia de fecha 24 de agosto de 1950 conforme a la cual se condena al Departamento a pagar al demandante la suma de $ 613.00 por concepto de los perjuicios ocasionados y ordena al demandante señor Vargas otorgar a favor del Departamento el correspondiente título traslaticio de dominio.

El Gobernador del Departamento apeló de esta providencia para ante el H. Consejo de Estado, entidad ésta que con fecha 29 de noviembre de 1955 remitió el negocio a la Corte Suprema en virtud de la sentencia de 20 de junio del mismo año que declaró la inexequibilidad de los arts. 261 y siguientes de la ley 167 de 1941.

Habiéndose ritualado legalmente el negocio se procede a resolver, previas las consideraciones siguientes:

La Corte es competente para conocer del negocio en virtud de lo dispuesto por el Decreto Nº 0363 de 16 de febrero de 1956; y por tratarse, como evidentemente se halla demostrado en los autos, de un caso que implica la ocupación permanente por parte del Estado de una propiedad inmueble.

Del contexto general de la demanda se ve claramente que en el presente caso el demandante ejercita la acción indemnizatoria consagrada en los arts. 261 y ss. de la ley 167 de 1941, encaminada a obtener las reparaciones que todo dueño de una propiedad inmueble que ha sido ocupada a causa de un trabajo público, puede obtener de la Nación, Departamento o Municipio que haya realizado la obra. Acción basada en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, menos el Estado a quien por mandato constitucional no le es dable ocupar ni expropiar bienes de par-

ticulares sin que medie la indemnización correspondiente.

Los requisitos esenciales para el éxito de estas acciones los tiene de antiguo establecidos la jurisprudencia: 1º Demostración de la propiedad, por parte del demandante, sobre el inmueble afectado por el trabajo público; 2º Carácter público y realización del trabajo por parte del Estado; 3º Demostración del perjuicio y su cuantía.

Pero además de los requisitos anteriormente anotados, el artículo 263 ibidem establece que las demandas de esta clase deberán presentarse ante el Tribunal competente a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el hecho o verificada la ocupación. Por donde se deduce también el deber en que se encuentra el actor de demostrar la fecha exacta en que la ocupación se llevó a cabo a fin de que pueda determinarse si la demanda de indemnización ha sido o no presentada dentro de los términos legales.

Dado que en el caso de autos tanto la Gobernación de Santander como la Personería del Municipio de Rionegro han alegado que la demanda se presentó expirado ya el término de caducidad establecido por el art. 263 citado, debe estudiarse en primer término este aspecto del problema.

Esta disposición ordena contar dicho término a partir de la fecha en que ocurra el daño o se verifique la ocupación. Pero se pregunta cuál es la fecha exacta que sirve para contarlo en aquellos casos en que, dada la naturaleza de los trabajos, la ocupación no puede llevarse a cabo en un solo día, como ocurre en casos como el presente en que se trata de la construcción de una vía pública. Es evidente que cuando los trabajos de construcción de una vía pública llegan al límite de un predio determinado, se inicia la ocupación del mismo; mas como éstos son trabajos continuos y la realización de la obra sobre el predio en cuestión puede ser más o menos demorada, es evidente también que el fenómeno de la ocupación por parte del Estado continúa verificándose a diario, a medida que avanzan los trabajos y que, el propietario no está en capacidad de saber, en ese primer instante, la extensión del terreno que a la postre será objeto de ocupación, ni tampoco la cuantía del daño. En estas condiciones lo equitativo parece ser, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en casos como éstos el término de caducidad se cuente a partir de la terminación de los trabajos sobre el predio en cuestión, ya que solamente en ese momento su propietario está en condiciones de conocer la extensión ocupada y la cuantía de los daños que en virtud de ella se le hayan podido ocasionar. Lo que no podría aceptarse sin quebrantar el claro sentido de la disposición que se comenta es que la caducidad se contara a partir de la terminación de la obra completa, tomando ésta en toda su extensión y conjunto, o por zonas determinadas, porque finalizados los trabajos sobre un inmueble cualquiera, bien puede ocurrir que en la terminación del resto de la vía, hasta la llegada al punto final, se empleen varios años como es lo que generalmente ocurre. Y no podría aceptarse esta interpretación porque terminada la ocupación de un predio determinado, su propietario se halla en condiciones de conocer y probar con exactitud todos los elementos esenciales de la acción que la ley le otorga frente al Estado y porque de esperarse a la terminación completa de la obra sería tanto como prorrogar indefinidamente el término que en forma perentoria señala el artículo 263.

Sentado lo anterior, se observa para el caso de autos lo siguiente:

a) En su demanda, el actor se abstuvo de determinar con exactitud la época durante la cual se llevaron a cabo los trabajos de ocupación. En los hechos de la demanda se limitó a decir que éstos se habían realizado "a principios de 1947".

b) La demanda fue presentada al Tribunal Administrativo de Santander el 16 de octubre de 1948, de donde se desprende que al tenor de lo dispuesto por el art. 263 tantas veces citado y de lo dicho anteriormente, para poderse tener como válidamente presentada la demanda, debe aparecer en el proceso la prueba desde que el último de los trabajos de ocupación en el predio del demandante se llevó a cabo con posterioridad al día 16 de octubre de 1946.

c) Al respecto, y como de ninguna de las certificaciones traídas al juicio para demostrar la construcción de la obra se pudiera deducir la fecha exacta del último acto de ocupación, el Tribunal de primera instancia expidió dos autos para mejor proveer (folios 72 vto. a 73 vto. y 84 del C. Nº 1) encaminados a obtener esta prueba y la relativa a la terminación, también exacta, de las abscisas dentro de las cuales se encuentra el inmueble perjudicado. Como resultado de estas providencias se obtuvieron los certificados que obran a los folios 74 vto. 75 vto. 76 y 85 vto. del C. Nº 1, y se practicó la inspección ocular sobre el terreno por el Alcalde de Rionegro.

Basado en estos documentos el Tribunal de pri-

mera instancia profirió su sentencia condenatoria diciendo:

"Debemos analizar el caso para ver si el señor Vargas, propietario del fundo en el cual se ocasionaron los perjuicios, o su apoderado judicial, presentaron oportunamente su reclamación, o si por el contrario dejaron transcurrir el término que tenían para intentar la acción, y para eso tomaremos orientación de los datos existentes en el negocio, así:

"a) Se sabe por los datos existentes, que la carretera se inició partiendo del Corregimiento de "Llano de Palmas", en donde se encuentra ubicada la abscisa K.0.000;

"b) No se estableció en qué épocas fueron construidos los kilómetros comprendidos entre las abscisas K.0.000 a K.7.000, pero según certificación posiblemente lo fueron en los años de 1940 a 1943, y tampoco se estableció en qué época fue construído el sector comprendido entre las abscisas K.13-080 a K.14.-080;

"c) Se sabe que el Departamento contrató con el municipio de Rionegro la construcción del trayecto de carretera comprendido entre las abscisas K. 7-000 a K. 14-000, según aparece del expediente;

"d) Se sabe igualmente que el Municipio de Rionegro subcontrató con el señor Samuel Pulido A., la construcción de tres kilómetros de carretera, comprendidos entre las abscisas K. 11-000 a K. 14-080;

"e) Se sabe también por certificación expresa que el Departamento de Santander construyó por su propia cuenta, el sector comprendido entre las abscisas K. 7-000 a K. 9-080, lo cual hizo en dicha forma a pesar (sic) de haber contratado con el Municipio la construcción de dicho sector, conforme aparece del contrato celebrado con éste;

"f) El Departamento de Santander construyó dicho sector en el lapso comprendido de la primera quincena de julio de 1946, a la segunda quincena de noviembre de 1947; y

"g) La finca del señor Vargas que se dice perjudicada, se halla comprendida entre los kilómetros seis (6) y siete (7) partiendo de Rionegro, es decir, que encaja precisamente entre los kilómetros siete y nueve con ochenta metros que construyera el Departamento, en la época antes dicha, y de manera directa.

"En estas condiciones, bien se ve que los trabajos de explanación terminaron en la segunda quincena de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), y como la demanda fue introducida en diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), ella fue presentada dentro del término legal, es decir, dentro de los dos años siguientes al en que se ocasionaron los perjuicios, siendo por consiguiente presentada en tiempo al tenor del art. 263 del Código antes citado".

No puede la Sala, sin embargo, compartir los anteriores razonamientos pues si bien es cierto que se halla comprobado de autos que la construcción de la vía se inició a partir del corregimiento denominado "Llano de las Palmas" con dirección hacia Rionegro; que la abscisa cero fue ubicada en el primero de los mencionados lugares; que el Departamento construyó por su cuenta el sector comprendido entre las abscisas K. 7.000 a K 9.080; y que estos trabajos se realizaron entre la primera quincena de julio de 1946 y la segunda de noviembre de 1947, de estos datos no puede deducirse que los trabajos sobre la finca perjudicada se realizaron con posterioridad al 16 de octubre de 1946, ni tampoco que el inmueble se halle ubicado entre las abscisas K 7.000 a K 9.080.

En efecto: para aceptar que la demanda fue presentada oportunamente, el Tribunal parte del hecho de que los trabajos de la zona construída por el Departamento fueron terminados en noviembre de 1947, conforme al certificado que obra al folio 85 vto. pero como anteriormente se vio, el término de la caducidad debe contarse a partir de la fecha de la terminación de los trabajos en el inmueble afectado por la ocupación y no desde la terminación de los mismos en la zona construída por la Entidad departamental.

Y como ni del certificado en referencia, ni de ninguna de las demás pruebas traídas al proceso puede saberse la fecha en que principiaron y terminaron los trabajos de ocupación en la finca del demandante, no puede la Sala saber si la demanda fue o no presentada dentro del término legal.

Se explica: tanto con el certificado del folio 85 vto. como de los demás traídos a los autos se comprueba que los trabajos en el sector comprendido entre las abscisas 7 a 9.80 se iniciaron en julio de 1946 y se terminaron en noviembre de 1947.

En este sector existen varios inmuebles y aún aceptando la hipótesis de que la finca del demandante se halle ubicada en él, estos documentos no prueban que los trabajos sobre la finca del demandante se llevaron a cabo con posterioridad al 16 de octubre de 1946 pues nada impide pensar que se realizaron antes de la fecha expresada, es

decir, entre julio de 1946 y octubre del mismo año, hipótesis tanto más posible cuanto que según la inspección del Tribunal la carretera sólamente atravesó la finca en 277 metros.

Respecto a la ubicación del predio no explica el Tribunal los motivos que lo indujeron a aceptar como cierto el hecho de que la propiedad del demandante se halle ubicada entre las abscisas 7 a 9.80, pero según se desprende del capítulo que la sentencia denomina "Conclusiones", parece que lo hizo dando crédito a la constancia dejada por el Alcalde de Rionegro en la diligencia de inspección ocular practicada el 29 de mayo de 1950 (F. 80, C. 1) que dice: "La finca del citado Vargas se halla ubicada dentro de los kilómetros 6 y 7 a partir del Rionegro... y en extensión de 300 metros".

De aceptarse este dictamen sería preciso concluir que la misma finca se halla dentro de la zona construida por el Departamento entre 1946 y 1947.

Pero aparte de que, como observa el señor apoderado del Departamento, esta diligencia carece de valor probatorio por no haberse señalado con anticipación la fecha en que se llevaría a cabo, ni haberse ordenado el traslado a las partes del dictamen pericial que ella contiene, la afirmación de que la finca afectada por los trabajos está ubicada entre los kilómetros 6 y 7 a partir de Rionegro, **se halla desvirtuada por** la observación hecha por el propio Tribunal sentenciador en la inspección ocular que éste practicó sobre el terreno el 27 de octubre de 1949 (F. 55 v. mismo cuaderno) en la cual se lee: "En este estado deja constancia el Tribunal que la finca de La Esmeralda de San Pablo dista de la población de Rionegro aproximadamente cuatro kilómetros". De esta observación que para la Sala merece pleno crédito por haber sido hecha directamente por el Tribunal sentenciador, se deduce con claridad que la finca en mención se halla **ubicada entre** las abscisas 10 y 11 contadas éstas a partir del Llano de las Palmas, y si esto es así, quiere ello decir que el inmueble del demandante se halla fuera de la zona construida directamente por el Departamento entre los meses de julio de 1946 y noviembre de 1947.

De lo expuesto hasta aquí se obtienen las dos siguientes conclusiones:

1ª Que ni el Departamento ni el Municipio demandados lograron comprobar los hechos en los cuales funden la caducidad alegada por ellos y que por lo mismo no podrá declararse.

2ª Que tampoco el demandante ha cumplido con el deber procesal de acreditar que la acción propuesta lo fue dentro de los dos años siguientes a la ocupación de su predio como lo establece el artículo 263 de la ley 167 de 1941.

No sobra advertir que las decisiones como la que se pronuncia en este juicio, basadas en el Decreto 0293 de 15 de febrero de 1956, no se oponen a las demandas que conforme al derecho común puedan presentarse para obtener el pago de terrenos privados ocupados permanentemente por causa de trabajos públicos.

En tales condiciones a la Sala se le presenta la duda de si la acción fue o no promovida dentro del término legal, duda que no podrá ya ser despejada en auto para mejor proveer, porque el intento que para obtener una prueba al respecto hizo el Tribunal de instancia fracasó, al responder las oficinas preguntadas sobre el particular que carecían de los datos que les fueron solicitados, y porque tampoco podría ordenarse otra clase de pruebas ya que ello implicaría suplir lo que ha debido hacer practicar el demandante.

Esta duda vale tanto como afirmar que el demandante dejó de cumplir su deber procesal de allegar al expediente la prueba de que los trabajos públicos se realizaron durante los dos años anteriores a la presentación de su demanda, que no se ha acreditado uno de los requisitos esenciales de la acción que se ejerce, todo lo cual conduce a la absolución de la parte demandada, sin que haya necesidad de estudiar, por innecesario, si se cumplieron o no los demás requisitos mencionados atrás como fundamentales para el éxito de la demanda propuesta.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en 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 ABSUELVE a los demandados de los cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS. — EL DEMANDANTE DEBE PROBAR EL HECHO CONSTITUTIVO DE LA CULPA PARA QUE OPERE DICHA PRESUNCION A SU FAVOR.—PRUEBA DE INDICIOS—CASO DE UNA LOCOMOTORA CUYAS CHISPAS PRODUCEN INCENDIO EN PREDIOS ALEDAÑOS A LA VIA FERREA

1.—La jurisprudencia de la Corte tiene de antiguo establecido que al igual que los particulares, las entidades de derecho público son responsables, en principio de los daños que causen a consecuencia de descuidos, imprudencias y omisiones en la prestación de los servicios, y que cuando se trata de actividades que de suyo se reputan peligrosas, se presume la responsabilidad de la empresa que presta el servicio; igualmente, en virtud de esta presunción de responsabilidad se invierte la carga de la prueba que corresponde en tal caso al demandado que puede alegar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño. Pero al aplicar estas nociones no puede olvidarse, como ya lo dijo la Corte en sentencia de junio 10 de 1952 (LXXII, 393) 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 deberá destruir si quiere liberarse".

En consecuencia, y habiéndose afirmado en la demanda que los daños causados al actor se ocasionaron por un incendio y que éste se produjo debido a las chispas arrojadas a su paso por la locomotora de propiedad del Ferrocarril, la prueba de esta causa generadora del perjuicio debe aparecer plenamente comprobada.

2.—Las disposiciones de los artículos 660 y ss. del C. J. tienen establecido el medio probatorio de la presunción, librando a la conciencia del juzgador su valoración en juicio. Pero como la presunción no es sino la inferencia que mediante el raciocinio se hace de un hecho desconocido partiendo de la existencia de otro y otros, exige la plena prueba de éstos a fin de rodear ese raciocinio de mayores garantías de acierto.

De conformidad con el artículo 663 del C. J., la presunción basada en indicio necesario hace plena prueba y entiende por tal aquel en que la correspondencia entre el hecho indicio y el hecho que se investiga es tal que existiendo el primero, no puede menos que existir o haber existido el segundo.

Puede también obtenerse plena prueba de indicios no necesarios al tenor del artículo 665 ibidem cuando existiendo un número plural, sean graves, precisos y conexos, de suerte que todos concurran a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

3.—Del hecho de que una locomotora pasara por un sitio, más o menos a la hora en que se produjo un incendio; de que la máquina utilizara ese día carbón mineral; de que se viviera por entonces una época de verano; y de la existencia de malezas secas en la zona del ferrocarril, no puede deducirse NECESARIAMENTE que la locomotora produjo chispas, ni que fueron éstas las causantes del incendio. Porque a pesar de la concurrencia de todas estas circunstancias, a diario las locomotoras en idénticas condiciones hacen el mismo recorrido sin que se ocasionen incendios. Es decir, la correspondencia que existe entre tales hechos y el que se investiga como causa del incendio no es tal que aún dándose aquéllos por probados, no pueda menos de haber existido éste.

Lo anterior quiere decir que se trata de indicios no necesarios, y si bien es cierto que la pluralidad de tales indicios induce al ánimo a considerar que pudo la locomo-

tura producir las chispas y también que pudieron ser éstas las causantes del incendio y no la imprudencia de un transeúnte o de un pasajero del ferrocarril, también lo es que ellos dejan una fuerte duda que impide al juzgador formarse una conciencia cierta de la existencia del hecho desconocido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio nueve (9) de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

Según el relato que de los hechos de la demanda hace el actor en el presente juicio, el domingo 28 de agosto de 1949, en horas del medio día y debido a las chispas arrojadas a su paso por la locomotora número 77, que arrastraba un pesado convoy de vagones de carga y que estaba al servicio del Ferrocarril del Pacífico, se inició un incendio en la misma zona perteneciente a la dicha empresa ferroviaria, incendio que se comunicó a las plantaciones de azúcar que tenía el señor **Luis Carlos Villegas** en un lote de terreno contiguo a la zona incendiada, denominado "Zabaletas", ubicado en jurisdicción del municipio de Andalucía, Departamento del Valle del Cauca.

"Como consecuencia de dicho incendio se produjo la destrucción y pérdida de la mayor parte de las plantaciones de caña existentes en aquel lote de terreno, en extensión total de 39 plazas, cuyos cultivos se encontraban en distintas edades...".

Agrega el demandante que toda la zona de Ferrocarril del Pacífico con la única excepción de una franja central de balastro, en la parte que daba frente al lote Zabaletas, se encontraba llena de malezas, secas a consecuencia del fuerte verano de aquel año y por lo mismo propicias para una rápida e intensa combustión: que por existir una pequeña pendiente en aquel sitio, las locomotoras deben impulsarse un poco más adelante del kilómetro 271-600, con el natural aumento de combustión: que la locomotora nombrada consumía como combustible por aquella época carbón mineral y que no estaba provista de mecanismo técnico alguno "tendiente a evitar o disminuir la impulsión de carbones encendidos", hechos todos éstos que constituyen culpas por omisión y que fueron la causa inmediata y única del incendio de los cañaverales.

Por escritura pública número 507, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Tuluá el 7 de diciembre de 1951, **Luis Carlos Villegas** confirió poder a los doctores Joaquín E. Penilla y Jorge Herrán Tejada B., a fin de que como abogados, principal y sustituto respectivamente, demandasen a la Nación para el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados por el incendio dicho: igualmente, y como remuneración por los servicios profesionales, cedió a los mismos abogados a título de "dación en pago" el 40% del crédito correspondiente a la misma indemnización. Mas como el doctor **Tejada B.** se encontrase imposibilitado para ejercer la profesión, a su turno confirió poder al señor doctor Penilla a fin de que lo representara en el juicio.

Propuesto éste por el doctor Penilla el 26 de junio de 1952 ante el Tribunal Superior de Buga y contra la Nación Colombiana, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y éste por su Administrador General, se tramitó legalmente hasta decidirlo por sentencia de fecha 6 —seis— de septiembre de 1955 contra la cual se interpuso apelación por el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales.

En la Corte el negocio ha recibido la tramitación que le es propia, advirtiéndose que por ninguna de las partes se solicitó la práctica de pruebas ni se alegó de conclusión.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal después de referirse a la personería de la parte demandada y concluir que la demanda, de acuerdo con la jurisprudencia, había sido bien establecida contra la Nación, representada por los Ferrocarriles Nacionales, estudia las pruebas presentadas y concluye aceptando la responsabilidad de la Empresa Ferroviaria en la destrucción de los cañaverales incendiados y consecuencialmente la obligación en que se halla de indemnizar los perjuicios causados al demandante, en su doble aspecto de daño emergente y lucro cesante. Sólo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, rechazó el valor probatorio de la diligencia de inspección ocular practicada dentro del juicio y del avalúo de los perjuicios hecho por los expertos nombrados en esa diligencia por no aparecer comprobado el pago de los honorarios de éstos, causa por la cual hace la condenación en abstracto.

Para deducir la culpa y consiguiente responsabilidad de la empresa dijo el Tribunal:

"Cursan en el expediente, como ratificación de las rendidas extrajuicio el primero de diciembre de 1948, las declaraciones de Ignacio Alzate y de Noé Tovar, y, a folios 29, 31, 33 y 35 del cuaderno segundo, curso, respectivamente, el testimonio de José Leonidas Serna R., de Santiago Concha Mercado, de Jesús Antonio Paredes E., de Juan de Jesús Serna Vasco y de Daniel Sarmiento Lora. Desde luego, en nada habrá de atenderse aquí al testimonio de Serna Vasco, porque, siendo él trabajador, al momento de declarar, del demandante, incurre en el impedimento de' numeral 2º del artículo 669 del C. J. Por lo que hace a las declaraciones de Sarmiento, ellas, lejos de representar la ratificación buscada para la certificación del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Tuluá, expedida el 15 de septiembre de 1949, actuante en copia a folios 4 vto., 5 y 5 vto. del cuaderno primero y firmada por el declarante Sarmiento como Comandante del Cuerpo dicho, ella es una negativa de las constancias de los hechos que, como personalmente vistos por el declarante, fueron consignados en el certificado aludido.

"Los testigos Alzate y Tovar, trabajadores ambos de Villegas el día de su declaración extrajuicio, pero fuera ya de esa dependencia al momento de su ratificación, muy acordes uno y otro, dan cuenta de que el incendio en la finca "Zabaletas" tuvo lugar el 28 de agosto de 1949 en horas después del medio día, hecho, cuya determinación en fecha precisa, no acertaron a establecer José Leonidas Serna, Santiago Concha ni Jesús A. Paredes, quienes, al igual que los dos primeros, trabajaban a órdenes del demandante por los días del incendio.

"Sin que quepa la contradicción en que quiso hacer caer el doctor Guillermo Millán T. al primero de los declarantes, ya que él se refiere a que 'al llegar a la portada' de la hacienda y desmontarse del carro fue cuando vio el humo que salía 'en dirección a la carrilera', y a que, 'cuando pararon el carro' fue cuando se dio cuenta de que 'iba pasando un tren', cuyo bulla oyó, o sea, que coincidiendo con el paso de ese tren fue que advirtió el testigo el incendio. Para Alzate y Tovar el incendio se originó, sin lugar a dudas, por las chispas encendidas que arrojó a su paso el tren, por lo demás, que 'cayeron primero en la zona de' ferrocarril', y luego, 'con la ayuda del viento', abrasaron los cañaduzales de Villegas. Es esa también la declaración de Leonidas Serna, pero advirtiendo el testigo que así lo afirma porque el incendio coincidió con el paso del 'tren que pasó en ese momento' y cuyo ruido sintió desde la casa donde se encontraba descansando ese 'día domingo', de donde salió para Tuluá a llamar al Cuerpo de Bomberos'. Sobre el particular declara Concha Mercado que, 'cuando principió el incendio..., me encontraba en la casa de la hacienda 'Zabaletas' descansando por ser día festivo, y más o menos entre la una y las dos de la tarde, vimos desde la casa una columna de humo que se levantaba hacia los lados de la carrilera del ferrocarril... y... vino la alarma... pocos momentos antes alcanzamos a oír el ruido del paso de un tren... que se dirigía hacia el Norte'. Por su parte, refiere Paredes que, 'cuando ocurrió el incendio... yo me encontraba con los demás compañeros de trabajo en la ranada del trapiche', y 'alcanzamos a ver una humareda al lado de la carrilera del ferrocarril...'. 'Yo no puedo asegurar que fue a ciencia cierta las chispas de una máquina del ferrocarril del Pacífico que produjeron ese incendio', pero, 'en todo caso... alcanzamos a oír el ruido de un tren... que pasó momentos antes del incendio...'. Al revés de para Leonidas Serna quien no recuerda 'si la zona del Ferrocarril del Pacífico existente entre el alambrado o cerco y la carrilera... permanecía limpia o por el contrario enmalezada' en el sitio donde se produjo el incendio, para Alzate Chica, para Tovar, para Concha y para Paredes, esa zona estaba por los días de agosto de 1949 enmalezada y sucia. No así el callejón hecho por el señor Villegas entre el límite de la zona del Ferrocarril y los cultivos de caña materia del incendio, para evitar los incendios que se producen al paso de los trenes, pues tal callejón para Alzate, Tovar, Serna y Concha se encontraba el día del incendio limpio de rastrojos, estado permanente de la zona, según Concha, Tovar y Serna. Paredes, en cambio, sostiene que, tanto la zona del ferrocarril y el callejón ancho entre los cultivos de caña y la cerca de alambre que los divide de la carrilera, 'todo eso permanecía sucio, con pasto y maleza'. Por lo demás, si para Alzate, Tovar y Paredes fueron cuarenta y dos las plazas de caña destruídas por el incendio, para Serna y Concha ellas alcanzaron a un número de cincuenta.

"Así presentadas las cosas por el lado de la prueba testimonial, tiénese que demostrado está que el 28 de agosto de 1949, a las horas ya conocidas, pasó por frente a la hacienda de 'Zabaletas' y por el lote sembrado de caña por don Luis Carlos Villegas, un tren del Ferrocarril del Pacífico

y que, a los pocos momentos del paso de ese tren, estalló en los cañaduzales del señor Villegas un incendio que consumió cuarenta y dos plazas sembradas de caña. Se tiene, asimismo, que la zona del ferrocarril existente entre el alambrado que separa la carrilera del terreno sembrado de caña, se hallaba llena de maleza. Sin que pueda echarse en olvido la declaración de Leonidas Serna y de Santiago Concha sobre que los malezas y rastrojos sin destruir en la zona del ferrocarril se hallaban completamente secos. También aparece probado con el testimonio concorde de Alzate, Tovar, Serna y Concha que el callejón de defensa hecho entre la carrilera del tren y los cultivos de caña incendiados, se encontraba en el día del incendio perfectamente limpia (sic).

"Dado que, para el esclarecimiento de los que han quedado establecidos sí es admisible la prueba testimonial, y visto que se trata en algunas de declaraciones de mudo hecho ratificadas y, en las demás, de testimonios rendidos dentro del juicio y concordantes con las otras en las circunstancias atendidas, no puede caber duda de que los hechos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno de la demanda están suficientemente acreditados de autos.

"Frente a esa prueba, podrá decirse seguramente que fue el tren que, entre una y dos de la tarde del 28 de agosto de 1949, pasó por frente a los cañaduzales de 'Zabaletas' el que produjo el incendio motivo de las indemnizaciones demandadas?...

"Existe en autos, a folio 24 vto. del cuaderno segundo, una certificación del Administrador de la División Pacífico de los Ferrocarriles Nacionales por la que, en agosto 31 de 1953 y desde Cali, se hace constar que 'el día domingo 28 de agosto de 1949, el tren número 40 conducido por la locomotora número 77 llegó a Tuluá a las 11-40 y salió a las 13-45'. Además, y es lo importante para el caso, que ese mismo tren llegó 'a Andalucía a las 13-52 y salió a las 14-23, llevando 20 carros de carga' y que la tal locomotora prestaba 'en ese día y en ese viaje servicio a la Empresa, consumiendo como combustible carbón mineral'.

"Si se atiende a que un documento semejante procede de una Sección del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, persona jurídica establecida por la Nación para lo que mira a los transportes férreos en esta sección del Pacífico, tiénese que esa certificación, en la forma que la presenta en juicio, ha sido expedida por un funcionario competente, y tiene la calidad de documento auténtico y, por ende, constituye plena prueba. Así las cosas, tal certificación está respaldando el decir de los testigos Alzate, Tovar, Serna y Concha de que, entre una y dos de la tarde, pasó por Zabaletas un tren que, para Tovar y Concha se dirigía hacia el Norte. Que la locomotora número 77 al servicio del Ferrocarril del Pacífico 'consumía en aquella época carbón mineral como combustible', había afirmado la demanda en su hecho duodécimo. Pues bien, ese es un hecho acreditado también con la certificación del señor Administrador del Ferrocarril.

"Por lo demás, solicitada al Tribunal una inspección ocular extrajuicio el 2 de septiembre de 1949, por la parte afectada con el incendio de los cañaduzales, en 7 de octubre del mismo año tuvo lugar ella, no sin antes haberse notificado personalmente en Bogotá al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales el auto de 12 de septiembre que la ordenó. En el acta de dicha diligencia se dejó constancia de que el lote, 'objeto de la identificación' colinda 'al occidente, con zona del Ferrocarril del Pacífico, alambrado al medio', y que el 'lote de terreno se encuentra dedicado a la explotación de cultivos de caña de azúcar'; además, que en ese 'lote de terreno se observan huellas evidentes de un incendio que afectó una extensión considerable de la plantación de caña', la cual 'linda por el costado occidental con zona de la carrilera perteneciente al Ferrocarril del Pacífico, en línea paralela..., separada por una cerca de alambre de púas sobre postes de árboles vivos'. Se dice también en el acta en mención que, 'a partir de la línea de los rieles del ferrocarril', hay 'una zona de un metro cubierta por el balastaje de la carrilera; luego, una zona de tres metros, cubierta por gramilla o pasto común, y finalmente, una zona de siete metros, cubierta por pasto pará enrastrojado' que 'penetraba dentro del lote de terreno de 'Zabaletas', en una extensión de tres (3) metros, formando así una zona de pastos altos paralela a la zona del Ferrocarril que se hallaba en igual estado'. En cambio, establece el Tribunal que el predio de 'Zabaletas' cultivado de caña 'mantenía una zona limpia de cinco (5) metros de anchura como defensa de la plantación de caña'.

"A primera vista, salta a los ojos la conformidad que guarda el acta aludida con las declaraciones de los testigos Alzate, Tovar, Serna y Concha, en cuanto al hecho del incendio en los caña-

duzales de 'Zabaletas' limítrofes con la carrilera del Ferrocarril hacia el oriente de la hacienda, y en cuanto al abandono en que, por los días del incendio y en contraste con la zona de defensa de las siembras aludidas, tenía el Ferrocarril del Pacífico la zona a él perteneciente.

"Ahora bien, si efectuada en el modo expuesto la inspección ocular hecha practicar fuera del juicio por el demandante y cuyo abono como prueba ha pedido el doctor Penilla, en el acta de la diligencia, de acuerdo con lo que, en armonía con el artículo 730 del C. J., tiene establecido el artículo 731 del mismo Código de Procedimiento, 'hace plena prueba'. Por tanto, las conclusiones sobran. Pero téngase muy en cuenta que el acta a estudio dice que, por 'las huellas aún visibles del incendio, pudo establecerse claramente que el fuego se extendió desde la zona misma del Ferrocarril, a través de toda la plantación de caña...'.

"Esa cadena de hechos ha dejado, entonces, plenamente probado: el paso de la locomotora número 77 de una a dos de la tarde del 28 de agosto de 1949 por el costado occidental de la finca 'Zabaletas'; el combustible de carbón mineral que utilizaba ese día la locomotora; la época de verano que por entonces vivía el Valle del Cauca; la existencia de malezas en la zona del Ferrocarril paralela al lote incendiado y el abandono, por lo tanto, de parte del mismo Ferrocarril en la limpieza de esa zona; la dirección, por lo demás, que llevaron las llamas de la carrilera a las siembras de caña, circunstancias todas ellas entre las que existe una perfecta armonía y las que permiten concluir que, en verdad, por parte del Ferrocarril se produjo ese hecho perjudicial a que ha atendido la Corte en su fallo de junio 10 de 1952 (G. J. Tomo LXXII, pág. 396), y que plenamente demostrado ha sido la relación de causalidad existente entre el hecho perjudicial dicho y el daño causado. Cabe aquí, pues, repitiendo las palabras de la Corte en el fallo hace un momento citado, decir: 'Es indiscutible que las entidades de derecho público, lo mismo que los particulares, son responsables, en principio, de los daños que se causen a consecuencia de... los descuidos, imprudencias u omisiones que les sean imputables en la conservación o prestación de los mismos, bien directamente o bien por actos de los encargados de su dirección o manejo'.

"Y tratándose como se trata, de actividades 'que de suyo implican riesgo o peligro', presumida tiene que verse 'la culpabilidad de quien presta el servicio', lo cual, al decir de la Corte en la sentencia que ha venido siendo atendida, invierte la carga de la prueba, dejando así, al demandante de las reparaciones exento del deber de presentar esas mismas pruebas, viniendo, como consecuencia, para el responsable del daño la necesidad de no poder 'extraerse de la imputación presente sino mediante la prueba de la ausencia de culpa... comprobando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de causas extrañas, si el hecho dañino proviene del ejercicio de actividades peligrosas'.

"Como bien claro lo han dejado los autos, la Nación, por medio del Consejo Nacional de los Ferrocarriles, no ha presentado en este juicio comprobación alguna que acreditara en favor suyo una causa eximente de culpa y que lo librase de toda responsabilidad".

Consideraciones de la Sala:

La Sala comparte las conclusiones a que llegó el Tribunal relativas a los siguientes hechos: a) que el día 28 de agosto de 1949, pasó frente a los cañaverales incendiados un tren del Ferrocarril del Pacífico y que pocos momentos después estalló el incendio que los destruyó en gran parte; b) que la zona del Ferrocarril existente entre el alambrado que separa la carrilera del terreno sembrado de caña, se hallaba llena de malezas secas, con la salvedad de que tales malezas existían a ambos lados de la cerca divisoria de la zona del Ferrocarril y las tierras cultivadas por el señor Villegas; c) que la locomotora número 77 a la que se atribuye el origen del incendio "consumía carbón mineral como combustible"; d) que se vivía una época de verano y e) que no existen en el juicio pruebas suficientes para hacer una liquidación de los perjuicios en concreto.

La lectura cuidadosa de los testimonios y documentos allegados al juicio permite aceptar estos hechos como ciertos y atribuírles pleno valor probatorio por su pluralidad y autenticidad.

No acepta, en cambio, la conclusión general conforme a la cual de esa cadena de hechos plenamente comprobados, o sea que del paso de una locomotora que usaba carbón como combustible; de haber estallado un incendio pocos momentos después; de la existencia de malezas secas en la zona del Ferrocarril paralela al lote incendiado, de vivirse por entonces una época de verano y de la concurrencia de todas estas circunstancias, pueda deducirse que por parte del Ferrocarril se produjo el hecho perjudicial del incendio y conse-

cuencialmente la responsabilidad de aquél y su obligación de indemnizar los perjuicios causados.

No la acepta porque tales hechos ni son demostrativos por sí mismos del hecho perjudicial ni menos de la relación de causalidad que debe ligar a éste con el daño. No hay necesidad de repetir cómo la jurisprudencia de la Corte tiene de antiguo establecido que al igual de los particulares, las entidades de derecho público, son responsables, en principio, de los daños que causen a consecuencia de descuidos, imprudencias u omisiones en la prestación de los servicios, y que cuando se trata, como en el caso de autos, de actividades que de suyo se reputan peligrosas, se presume la responsabilidad de la empresa que presta el servicio; no se desconoce tampoco que en virtud de esta presunción de responsabilidad se invierte la carga de la prueba que corresponde en tal caso al demandado que puede alegar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño. Pero al aplicar estas nociones, aceptadas por la constante doctrina, no puede olvidarse, como ya lo dijo la Corte en sentencia de 10 de junio de 1952 (G. J. número 2116-17, pág. 393) 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 deberá destruir si quiere liberarse".

En consecuencia, y habiéndose afirmado en la demanda que los daños causados al señor Villegas se ocasionaron por un incendio y que éste se produjo debido a las chispas arrojadas a su paso por la locomotora de propiedad del Ferrocarril, la prueba de esta causa generadora del perjuicio debe aparecer plenamente comprobada. En otras palabras: para que pueda deducirse responsabilidad a cargo de la empresa debe aparecer acreditado en forma satisfactoria desde el punto de vista legal que la locomotora que momentos antes del incendio pasó por frente a los cañaverales destruídos, evidentemente arrojó las chispas que produjeron el incendio, porque aun cuando éste constituye el hecho perjudicial, de él no puede hacerse responsable al Ferrocarril si no se ha comprobado que su causa, es decir, las chispas que se dicen arrojadas por la máquina, fueron también, en realidad, las que produjeron el incendio. Porque fácilmente se comprende que éste ha podido producirse por causas distintas como la imprudencia o la malicia de un transeúnte que coincidiera con el paso del Ferrocarril, o de un pasajero que viajara en él.

En la sentencia, el Tribunal no se refiere a esta prueba esencial de manera directa y sólo la infiere indirectamente al aceptar la ocurrencia del incendio como la del hecho perjudicial causante de los daños. De suerte que se hace necesario examinar las pruebas producidas al respecto advirtiendo, sí, que como anteriormente la Sala aceptó algunas conclusiones que en nada inciden sobre este especialísimo punto, no es indispensable examinar la parte en que tales pruebas hacen relación a esas conclusiones.

Sobre el original incendio se pronunciaron: a) los testigos Ignacio Alzate y Noé Tovar (fs. 37 y 38 C. 2) y los señores José Leonidas Serna, Santiago Concha Mercado, Jesús Antonio Paredes, Juan de Dios Serna y Daniel Sarmiento (fs. 29, 31, 33 y 35 del mismo cuaderno); b) se practicaron tres inspecciones oculares, a saber: una fuera de juicio, por el Juez Municipal de Andalucía el día 20 de septiembre de 1949, veintidós días después del incendio (fs. 19 y ss. 2º cuaderno); otra practicada por el mismo Tribunal, también fuera de juicio el día siete —7) de octubre de 1949 (40 días después del incendio, fs. 47 y ss. del mismo cuaderno) y una última, esa sí dentro del término de prueba llevada a efecto por el Tribunal del conocimiento el 2 de octubre de 1953 (fs. 41 y ss. del mismo cuaderno) en asocio de peritos; y c) se presentaron varios informes originarios de comisiones de la empresa demandada.

Testimonios.—Los testimonios de Juan de Dios Serna y Daniel Sarmiento, este último comandante del Cuerpo de Bomberos de Tuluá que contribuyó a apagar el incendio, fueron rechazados por el Tribunal; el primero por ser trabajador del demandante y el segundo porque a pesar de que en un informe que aparece suscrito por él antes del juicio afirma haber contribuido a la extinción del fuego, al ser llamado a ratificarlo declaró categóricamente que él no concurrió a tales trabajos y que el informe lo había suscrito solamente porque se lo habían pasado para la firma. La Sala estima el rechazo de estos testimonios ajustado a la Ley.

Los testigos José Leonidas Serna, Concha y Paredes declaran todos que en el momento de iniciarse el incendio se encontraban en su casa,

desde donde no puede verse el paso del Ferrocarril, y que cuando aseguran que el incendio se debió al paso de éste, lo hacen solamente porque pocos momentos antes después de oirlo vieron el humo del incendio. En cambio el primero y el último manifiestan que no pueden asegurar que el incendio se produjera a consecuencia de las chispas del Ferrocarril y agregan que tanto la zona de éste como la destinada por el señor Villegas para defensa contra el fuego, estaban ambas llenas de malezas secas.

Nada aportan, pues, los anteriores testimonios a la prueba de que fueron las chispas del Ferrocarril las causantes del incendio.

Restan por examinar los testimonios de Ignacio Alzate y Noé Tovar Hernández, rendidos fuera de juicio pero ratificados dentro de él.

Alzate: como este declarante ratificara su dicho anterior conforme al cual el incendio lo motivaron "las chispas de carbón encendido arrojado a su paso por una de las máquinas del Ferrocarril del Pacífico", fue repreguntado por el apoderado (f. 83 del C. número 2) así:

"...Diga usted en qué lugar se encontraba en el momento preciso en que se dio cuenta del incendio de que usted habla en su declaración que acaba de ratificar y si en ese momento se encontraba en compañía de alguna otra persona? Contestó: Yo iba en ese momento viajando en un carro de esta ciudad de Tuluá para la hacienda de 'Zabaletas' y al llegar a la portada de la hacienda citada y desmontarme, vi que salía el humo en dirección a la carrilera, es decir, estaba empezando el incendio, y en cuanto a la persona que me acompañaba, era el señor Noé Tovar. Preguntado: Diga usted qué distancia existe entre la portada de la hacienda de Zabaletas y el lugar donde estalló el incendio? Contestó: Por ahí unas seis cuadras más o menos. Preguntado: Diga usted cómo se dio cuenta de que por allí, es decir, por sitio del incendio pasó una máquina del ferrocarril? Contestó: Porque cuando pararon el carro o línea de pasajeros donde viajábamos Tovar y yo, en ese momento iba pasando un tren que no sé si era de carga o pasajeros, pues oímos apenas la bulla y a los pocos momentos principió el incendio. Preguntado: Cuando usted se dio cuenta del paso del tren, la máquina iba hacia el norte pasando ya por el sitio del incendio o usted se dio cuenta de dicha máquina antes del sitio donde estalló el incendio? Contestó: Si señor, antes de la máquina llegar al sitio donde ocurrió o se originó el incendio, nosotros oímos pasar el tren. Preguntado: S. como usted dice cuando llegó a la puerta de la hacienda vio el humo producido por el fuego, cómo se explica usted que ahora manifieste haber visto antes de esto la máquina que pasó por ese sitio, es decir, explique usted la contradicción en que acaba de caer? Contestó: Muy sencillo: porque cuando pararon el carro en que viajábamos, cuando éste dejó de hacer bulla, ya se pudo oír el ruido que producía la máquina del tren, cuando éste pasaba en ese momento, y entonces luego fue que se levantó el humo. Preguntado: Quiero que aclare mejor si usted vio la máquina y oyó el ruido? Contestó: Nosotros oímos el ruido de la locomotora y vimos el humo que se alzaba por el incendio".

Se tiene así que este testigo, compañero de Noé Tovar en el momento de iniciarse el incendio aclara su testimonio en el sentido de que sólo oyó el ruido del tren y que presenció la iniciación del incendio a unas seis cuadras de distancia.

Tovar: No ocurrió lo mismo con el testigo Noé Tovar quien en su declaración extrajuicio manifestó igualmente que el incendio había sido producido por las chispas del ferrocarril y en cuya ratificación no fue repreguntado por ausencia del apoderado de la empresa.

Inspecciones oculares.—Estas diligencias nada aportan a la prueba buscada por la razón muy elemental de que fueron practicadas después de varios días de ocurrido el incendio las dos primeramente mencionadas, y cuatro años después la practicada por el Tribunal dentro del juicio.

Sin embargo la Sala observa sobre tales diligencias lo siguiente:

Con respecto a la practicada por el Juez Municipal de Andalucía, que no se pidió que fuera abonada como prueba.

De la realizada por el Tribunal antes del juicio sí se hizo este pedimento y también al solicitarse su práctica, se había exigido la presencia de un representante de los Ferrocarriles a fin de que pudiera ser luego recibido como prueba contra éstos. Sin embargo, se llevó a cabo sin la presencia de este representante y según se hace constar en ella "por la insistencia del interesado y por su afirmación de tener informes fidedignos sobre el hecho de haberse cumplido aquella notificación".

En la sentencia que se estudia el Tribunal (f. 69 v. cuaderno principal) le otorga el mérito de "plena prueba". La Sala no puede, sin embargo,

aceptar este punto por cuanto el auto que ordenó la inspección solamente le fue notificado a los Ferrocarriles el 18 de octubre de 1949 (flio. 51 vto. del cuaderno número 2), es decir, once días después de practicada la diligencia y al tenor de lo dispuesto en el artículo 733 del C. J. sólo puede concedérsele el valor de una presunción más o menos grave.

Por lo demás esta inspección nada afirma, en realidad, sobre el origen del incendio y se limita a expresar que por las huellas visibles de él pudo establecerse que el fuego se extendió desde la zona del Ferrocarril hasta las plantaciones de caña. Pero sí es importante observar cómo esta diligencia confirma el testimonio de los testigos José Leonidas Serna y Jesús Antonio Paredes sobre el hecho de que tanto una parte de la zona del Ferrocarril como otra del demandante mostraban huellas de haber estado llenas de malezas.

Respecto de la practicada dentro del juicio se observa que se limitó al reconocimiento del precio y a ordenar que por los peritos se avaluaran los daños.

Informes.—Ni los informes de los empleados del Ferrocarril suministrados todos con posterioridad al incendio, ni los demás documentos allegados al juicio, suministran dato alguno del cual pueda deducirse la causa del incendio.

Del análisis anterior se desprende que solamente el testimonio de Noé Tovar atribuye a las chispas arrojadas por el Ferrocarril el origen del incendio que produjo los daños reclamados. Pero aparte de que este solo testimonio no constituye la prueba plena y completa necesaria para deducir una condenación conforme al artículo 593 del C. J., en armonía con el 695 ibidem, la Sala le formula el reparo de haber sido rendida fuera de juicio, en respuesta a preguntas preparadas con antelación por el interesado y que en la ratificación que se hizo de dicho testimonio, el testigo se limitara a dar por cierto lo dicho anteriormente. Por otra parte, es posible que si el declarante hubiera podido ser repreguntado como lo fue su compañero Alzate, hubiera explicado, como lo hizo éste, que su afirmación constituía un simple concepto basado en el hecho de haber oído el ruido del Ferrocarril poco antes de verse la columna de humo producida por el incendio.

Aún rechazado este testimonio, como prueba principal o directa, se pregunta si al relacionarlo con los hechos que se aceptaron como debidamente probados al iniciarse las presentes consideraciones, podría tenerse como establecida, a cargo de la empresa demandada, una presunción de las que conforme a los artículos 660 y ss. del C. J. son capaces de fundar una condena. Las referidas disposiciones tienen establecido este medio probatorio, librando a la conciencia del Juzgador su valoración en juicio. Pero porque como la presunción no es sino la inferencia que mediante el raciocinio se hace de un hecho desconocido partiendo de la existencia de otro u otros, exige la plena prueba de éstos a fin de rodear ese raciocinio de mayores garantías de acierto.

De conformidad con el artículo 663 del C. J., la presunción basada en indicio necesario hace plena prueba y entiéndese por tal aquel en que la correspondencia entre el hecho indicio y el hecho que se investiga es tal que existiendo el primero, no puede menos que existir o haber existido el segundo.

Puede también obtenerse plena prueba de indicios no necesarios al tenor del artículo 665 ibidem cuando existiendo un número plural, sean graves, precisos y conexos, de suerte que todos concurran a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

Repasando los hechos tomados por el Tribunal como antecedentes, si bien plenamente demostrados, no puede la Sala considerarlos como indicios necesarios.

En efecto: Del hecho de que la locomotora número 77 pasara por el costado occidental de Zabaletas, más o menos a la hora en que el incendio se produjo; de que la máquina utilizara ese día carbón mineral; de que se viviera por entonces una época de verano; ni de la existencia de las malezas secas en la zona del Ferrocarril, puede deducirse **necesariamente** que la locomotora produjo las chispas, ni que fueron éstas las causantes del incendio. Porque a pesar de la concurrencia de todas estas circunstancias a diario las locomotoras movidas con carbón mineral, en épocas de verano, hacen el mismo recorrido sin que se ocasionen incendios. Es decir, que la correspondencia que existe entre tales hechos y el que se investiga como causa del incendio no es tal que aún dándose aquellos por probados, no pueda menos que haber existido éste.

Lo anterior quiere decir que se trata de indicios no necesarios, y si bien es cierto que la pluralidad de tales indicios induce al ánimo a considerar que pudo la locomotora producir las chispas y también que pudieron ser éstas las causantes del incendio y no la imprudencia de un tran-

sciente o de un pasajero del Ferrocarril, también lo es que ellos dejan una fuerte duda que impide al Juzgador formarse una conciencia cierta de la existencia del hecho desconocido. Duda que se acrecienta al recordar que ni siquiera se ha podido establecer la simultaneidad entre el paso del Ferrocarril y la iniciación de incendio, porque todos los testigos que deponen sobre el particular lo hacen en forma bastante imprecisa.

Ahora bien: si en tratándose de pruebas incompletas como las hasta aquí examinadas la Ley deja al juicio del Juez la valoración de su eficacia, el mismo hecho le obliga a usarlas con prudencia, pues como lo ha dicho la Corte "la prueba de indicios tardó mucho en admitirse en las legislaciones, pues en la mayor parte de las veces ocasiona graves equivocaciones e irreparables injusticias" y que se admite "pero rodeándola de determinadas exigencias para que pueda demostrarse sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido". (Subrayas de la Sala).

En el caso de autos si bien los indicios son plurales y aún conexos, dejan en el ánimo de la Sala una fuerte duda que le impide compartir la solución condenatoria a que llegó el criterio muy respetable del Tribunal de primera instancia.

De lo expuesto se deduce que el demandante no llegó a comprobar, como era su deber procesal, la existencia del hecho constitutivo de la culpa atribuida a los Ferrocarriles Nacionales, elemento esencial para que pudiera aplicarse a esta empresa la presunción de responsabilidad a que se hizo referencia anteriormente. De haberse demostrado que evidentemente fueron las chispas arrojadas por la locomotora las causantes del incendio, no hay duda de que operaría la presunción de responsabilidad a cargo de la empresa, dada la peligrosidad de sus actividades.

Decisión

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar ABSUELVE a la parte demandada de los cargos contra ella formulados.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara.—Manuel Antonio Suárez Hoyos. Conjuez Jorge García Merlano, Secretario.

EL ACATAMIENTO POR EL PARTICULAR DE UNA LICENCIA DE CONSTRUCCION NO PUEDE INTERPRETARSE COMO CESION VOLUNTARIA DE UNA ZONA DE TERRENO A LA ENTIDAD ADMINISTRATIVA PARA AMPLIACION DE LA VIA PUBLICA.—PAGO DE PERJUICIOS MORATORIOS EN ACCIONES DE ESTA CLASE

1.—El Ministerio Público insinúa un tácito acuerdo entre la demandante y la Administración, mediante el cual aquélla cede la faja de terreno y ésta se compromete a pagarle "una vez derramado y recaudado el valor correspondiente a los impuestos de valorización que habrán de sufragar los vecinos beneficiados con la obra de ensanche, reglamentación que aceptó la demandante al conformarse con los hilos y perfiles que le suministró la Oficina competente para la nueva edificación"; de donde deduce la Fiscalía que el Municipio no se halla en mora de pagar y por lo tanto la acción es extemporánea.

Las resoluciones administrativas que señalan los hilos y perfiles a que han de someterse las construcciones que hagan los propietarios de inmuebles, no pueden ser desconocidas ni violadas por éstos, y su cumplimiento no significa que renuncien a su derecho al pago de las zonas segregadas. No hay cesiones tácitas de la propiedad raíz. Con fundamento jurídico expresa el Tribunal: "La ocupación de un inmueble por una entidad de derecho público no desconoce el dominio, se limita a servirse de él, utilizándolo, para lo cual se tiene en cuenta el principio constitucional según el cual el interés particular debe ceder ante el interés público o social..." El acatamiento a la orden de la autoridad no puede pues interpretarse como cesión voluntaria del terreno. La enajenación de inmuebles requiere requisitos solemnes sin los cuales no es posible efectuarse. O la expropiación y previa indemnización de acuerdo con la ley. Si no se realiza por esos medios sino que se ocupa el terreno por razón del interés público o el beneficio social, es deber de la Administración —que siempre ha de respetar el derecho a la propiedad— indemnizar al dueño equitativamente. De ahí la razón de ser de la acción indemnizatoria consagrada por la ley 167 de 1941. No pagada oportunamente la indemnización por la entidad pública, mal puede afirmarse que la acción es extemporánea, ya que no existió, como queda dicho, acuerdo bilateral alguno que condicionara el pago al que a su vez hiciera la demandante del impuesto de valorización.

2.—La acción propuesta tiene por origen el acto de la Administración por el cual ocupa la propiedad ajena sin previa indemnización. Con tal acto se contraviene el ordenamiento constitucional de respeto a la propiedad y de ahí la obligación compensatoria. No satisfaciéndose oportunamente esta obligación de no hacer, ni pudiéndose deshacer lo hecho, el deudor ha de resarcir también el perjuicio moratorio, que no puede ser otro que el equivalente a la rata de interés anual de la suma debida, cumpliéndose así la regla del artículo 1615 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia demandó la señora Susana Lince de Vásquez al Municipio de Medellín, por medio de apoderado, para que previo el trámite señalado en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que el Municipio de Medellín está obligado a pagar a mi mandante, dentro del término que la sentencia señale, la cantidad de treinta y dos mil doscientos cuarenta pesos ($ 32.240.00) moneda legal, más los intereses legales de esa suma desde el momento de la ocupación, como

costo de la indemnización debida por la ocupación oficialmente verificada por la Administración Municipal de la zona de terreno de propiedad de mi mandante, situada en la calle de Colombia (50), entre calles 46 y 47, zona que tiene un área de ochenta varas y sesenta centésimas de vara cuadradas (80.60 vs.2):..." Subsidiariamente que el Municipio debe pagar por tal concepto la suma que se determine pericialmente dentro del juicio.

Para acreditar los hechos que sustentan la petición transcrita, la actora adujo oportunamente las pruebas que a continuación se relacionan:

1º—Copia expedida por el Notario 4º de Medellín, debidamente registrada, tomada del juicio de sucesión de Manuel Vásquez Latorre, protocolizado el 10 de septiembre de 1946, en que consta el decreto de posesión efectiva de la herencia en favor de la señora Susana Lince de Vásquez, en cuyos bienes figura "una casa de tapias y teja, con el terreno que ocupa, situada en esta ciudad de Medellín, en la calle de Colombia, calle número 50, marcada con los números 46-85 y que linda: 'por el frente con la mencionada calle número 50; por el sur, con propiedad de los herederos de don Lázaro Mejía; por el oriente, con casa de herederos de don Valentín Vieira, y por el occidente, con casa que es o fue del doctor Emilio Robledo'" (f. 2).

2º Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín sobre la propiedad actual de la señora Susana Lince de Vásquez del inmueble relacionado, y tradiciones anteriores en un lapso mayor de treinta años (f. 3).

3º—Copia de la Resolución número 4, de 24 de enero de 1951, de la Junta de Valorización y Urbanismo de Medellín, por medio de la cual se establece que todas las obras de ensanche de vías de uso público proyectadas por el Plan Regulador se llevarán a efecto por el sistema de valorización decretando su ejecución por etapas, y para tal efecto, la Oficina del Plano Regulador expedirá los permisos sobre alineamiento y edificaciones "dejando expresa constancia de que la faja de terreno cedida para el ensanche se reconocerá por el Municipio de Medellín, según su valor catastral al momento de decretarse la obra" (f. 8, cuad. número 2).

4º—Copia de la Resolución número 5 de la misma Oficina de Valorización y Urbanismo, por la cual se decreta el ensanche de la calle 50, entre carreras 46 y 47, en una extensión de 80 v2. con 600/100 de v2., "faja cedida por la señora Susana Lince" (f. 7, cuad. número 2).

5º—Informe número 65 del Jefe del Plano Regulador, e informe del Director del Departamento de Sostenimiento y Control de Medellín, en los cuales se expresa que la señora Lince de Vásquez dejó el ensanche correspondiente para la vía pública, en extensión de 80.39 vs.2, y que la Administración ejecutó las obras de pavimentación respectiva (fs. 13 vuelto y 14, cuad. Nº 2).

6º—Inspección ocular sobre el terreno. En la diligencia se verificó que el inmueble de la señora Susana Lince de Vásquez, de que trata la escritura número 6.012 de 1948 (protocolización del sucesorio de Manuel Vásquez L.), es el mismo a que se refieren las resoluciones anteriores. Con el dictamen pericial anexo se comprobó la ocupación de ese inmueble por parte del Municipio en un área de 80.39 varas cuadradas, cuyo valor total es de $ 18.489.70, o sea, a razón de $ 230.00 la vara cuadrada (fs. 5, 8 y 10, cuad. número 2).

Los anteriores elementos probatorios sirvieron de base al Tribunal para considerar cumplidos los presupuestos procesales indicados en el artículo 284 del C. C. A., y en consecuencia falló el negocio en los siguientes términos:

"1º—Condénase al Municipio de Medellín a pagar a la señora **Susana Lince vda. de Vásquez** la suma de **catorce mil setecientos noventa y un pesos con setenta y seis centavos** ($ 14.791.76) m. l. valor de la indemnización por los daños causados por la ocupación de una faja de terreno, en un inmueble de su propiedad situado en la calle 50 de la ciudad de Medellín. La anterior cantidad deberá pagarse una vez ejecutoriado este fallo (artículo 546 del C. J.);

"2º—Para obtener el pago de la indemnización, deberá la señora **Susana Lince vda. de Vásquez** otorgar previamente la respectiva escritura pública a favor del Municipio de Medellín, transmitiéndole el dominio de las 80.39 varas cuadradas, ocupadas por la entidad municipal, para la ampliación de la calle 50;

"3º—Niégarse las demás peticiones de la demanda".

Apelado el fallo por el señor Personero Municipal de Medellín, el negocio pasó al Consejo de Estado en donde se surtió el trámite de la segunda instancia, sin que las partes hubieran aportado nuevas pruebas ni alegado de conclusión. Tampoco lo hizo el Ministerio Público. Llegado el juicio a la Corte en virtud del Decreto 0293 de

1956, proferido como consecuencia de la inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII del C. C. A. en cuanto a competencia, corresponde a esta Sala decidirlo.

No fue objeto de controversia el mérito probatorio de los documentos aportados por la demandante al juicio para probar los hechos que fundamentan su acción. Por el contrario, el Ministerio Público expresó que tales hechos "son absolutamente ciertos", es decir, que fueron probados legalmente. Pero insinúa tal entidad un tácito acuerdo entre la demandante y la Administración, mediante el cual aquélla cede la faja de terreno y ésta se compromete a pagarla "una vez derramado y recaudado el valor correspondiente a los impuestos de valorización que habrán de sufragar los vecinos beneficiados con la obra de ensanche, reglamentación que aceptó la demandante al conformarse con los hilos y perfiles que le suministró la Oficina competente para la nueva edificación"; de donde deduce la Fiscalía que el Municipio no se halla en mora de pagar y por tanto la acción es extemporánea.

Los elementos de prueba que se han dejado relacionados, no dan asidero para la conclusión a que llega la Fiscalía. Las resoluciones administrativas que señalan los hilos y perfiles a que han de someterse las construcciones que hagan los propietarios de inmuebles, no pueden ser desconocidas ni violadas por éstos, y su cumplimiento no significa que renuncien a su derecho al pago de las zonas segregadas. No hay cesiones tácitas de la propiedad raíz. Con fundamento jurídico expresa el Tribunal en su fallo: "La ocupación de un inmueble por una entidad de derecho público no desconoce el dominio, se limita a servirse de él, utilizándolo, para lo cual se tiene en cuenta el principio constitucional según el cual el interés particular debe ceder ante el interés público o social...". El acatamiento a la orden de la autoridad no puede pues interpretarse como cesión voluntaria del terreno. La enajenación de inmuebles requiere requisitos solemnes sin los cuales no es posible efectuarse. O la expropiación y previa indemnización de acuerdo con la ley. Si no se realiza por esos medios sino que se ocupa el terreno por razón del interés público o el beneficio social, es deber de la Administración — que siempre ha de respetar el derecho a la propiedad — indemnizar al dueño equitativamente. De ahí la razón de ser de la acción indemnizatoria consagrada por la ley 167 de 1941. No pagada oportunamente la indemnización por la entidad pública, mal puede afirmarse que la acción es extemporánea, ya que no existió, como queda dicho, acuerdo bilateral alguno que condicionara el pago al que a su vez hiciera la demandante de impuesto de valorización.

Reconocido pues, como lo hace la Sala, que el haz probatorio documental, la inspección ocular y el dictamen pericial, este último debidamente explicado y fundamentado, constituyen plena prueba de los hechos en que se apoya la demanda, se concluye que está bien dedocido por el Tribunal el derecho de la demandante a la indemnización, en cuantía de $ 14.701.76, o sea la probada en el juicio menos el 20% por concepto de valorización. Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo con relación a la negativa del Tribunal al pago de los intereses legales pedidos. Sostiene el Tribunal Administrativo que los intereses sólo son exigibles cuando lo debido es una cantidad líquida de dinero y ha habido mora en el pago de ella, situación que no se contempla en este juicio, puesto que aquí se trata de una indemnización compensatoria ocasionada por la ocupación de hecho.

Es evidente que se deben perjuicios, y que éstos se traducen en el pago de una rata de interés anual, cuando ha habido mora en el pago de una suma de dinero. Pero también se debe esa indemnización de perjuicio, cuando en una obligación de no hacer el deudor la contraviene y no puede deshacerse lo hecho (artículo 1615 del C. C.).

La acción propuesta tiene por origen el acto de la Administración por el cual ocupa la propiedad ajena sin previa indemnización. Con tal acto se contraviene el ordenamiento constitucional de respeto a la propiedad y de ahí la obligación compensatoria de que habla el Tribunal, pero ésta se hace exigible desde el momento de la ocupación. No satisfaciéndose oportunamente, ni pudiéndose deshacer lo hecho, el deudor ha de resarcir también el perjuicio moratorio, que no puede ser otro que el equivalente a la rata de interés anual de la suma debida, cumpliéndose así la regla del artículo 1615 citado. En este sentido ha de modificarse el fallo objeto del recurso.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de 22 de abril de 1954 dictado en este juicio, concretamente en los numerales 1º y 2º de su parte resolutiva; revoca el numeral 3º de la misma y en su lugar resuelve: Condénase igualmente al Municipio de Medellín a pagar a la señora Susana Lince viuda de Vásquez los intereses legales de la suma de $ 14.791.76, desde la ocupación del inmueble hasta el día del pago.

Envíese el expediente al Tribunal respectivo para su obedecimiento y cumplimiento (artículo 133 C. C. A.).

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán — **Manuel Buenahora. Roberto Goenaga** — **Camilo Rincón Lara** — El Secretario, **Jorge García L.**

SE REITERA LA DOCTRINA EXPUESTA POR LA SALA EN LA SENTENCIA ANTERIOR

En concepto de esta Sala, lo fundamental en las acciones como la que se ventila en este juicio, consiste en demostrar que por motivo de un trabajo público de interés social se ocupó la propiedad privada sin indemnización al propietario. La tesis de la voluntad tácita de éste en ceder el terreno necesario para la obra, ni puede deducirse ni aceptarse en presencia de estos dos hechos: ocupación por el trabajo público sin contrato expreso y válido de la venta o cesión, que es el modo legal de expresar la voluntad del vendedor, a sin orden judicial y sin indemnización previa, conforme al ordenamiento del artículo 30 de la Constitución. El hecho de que el Municipio esté facultado para disponer lo conveniente sobre trazado, apertura y ensanche de las calles y como consecuencia para fijar los paramentos correspondientes, no puede llegar hasta el extremo de vulnerar la norma de la Constitución que garantiza la propiedad privada: Tal facultad no exonera al Municipio del deber de resarcir el perjuicio con la correspondiente indemnización, como lo prevé la ley 167 de 1941 (artículos 261 a 268).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Roberto González M. promovió el presente juicio en contra del Municipio de Medellín, mediante la presentación de la demanda de fecha 28 de octubre de 1950, en la que expone los siguientes hechos:

El demandante es dueño de un lote de terreno ubicado en la calle 50, crucero con la carrera 44 —esquina S. E.— de la ciudad de Medellín, en el cual estaba edificada una casa antigua de dos plantas. Adquirió tal inmueble conjuntamente con el señor Luciano Villa, según escritura número 1061, de 23 de marzo de 1944, de la Notaría Segunda de Medellín, y posteriormente sus propietarios lo dividieron como expresa el instrumento público número 4360, de 6 de diciembre de 1948, de la misma Notaría, quedando a Roberto González una propiedad de 562.81 varas cuadradas. Este proyectó una nueva edificación y para ello solicitó licencia a la autoridad respectiva, la que la concedió previa fijación de las líneas y perfiles que debían seguirse, tanto por la calle 50 como por la carrera 44, según alinea-miento número 477 de 12 de marzo de 1949, dando por resultado que el propietario hubo de dejar a la vía pública un ensanche de 174,61 varas cuadradas. Meses después la Administración Municipal ejecutó los trabajos de consolidación y pavimentación de la zona referida. El Municipio causó así un perjuicio patrimonial al demandante.

Estos hechos dieron base a la petición fundamental que hace el actor, por conducto de su apoderado, para que en sentencia definitiva se declare que el Municipio de Medellín está obligado a pagar a Roberto González M. la suma de ochenta y siete mil trescientos cinco pesos moneda corriente ($87.305.00), valor de la zona ocupada con el ensanche de las vías públicas, o la que se determine pericialmente dentro del juicio.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, al que correspondió el conocimiento del negocio, lo tramitó en debida forma y lo falló en sentencia de 23 de marzo de 1951. Esta providencia en su parte resolutiva expresa:

"**Primero.**—El Municipio de Medellín está obligado a pagar al señor **Roberto González M.**, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de **cuarenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos** ($ 42.652.50) m. l., más los intereses legales, menos un veinte por ciento (20%), como indemnización que se le debe por la ocupación oficialmente verificada por la Administración Distrital de un área de ciento setenta y cuatro varas con sesenta y un centésimos de vara cuadrada (174.61 V2.), parte de un

lote de mayor cabida situado en la calle 50, crucero con la carrera 47, de esta ciudad.

"Segundo.—Se previene que al verificarse el pago al señor Roberto González M., éste deberá otorgar en favor del Municipio de Medellín el correspondiente título traslaticio de dominio".

Apelada tal sentencia por el Ministerio Público, el negocio pasó al H. Consejo de Estado, en donde se surtió el trámite pertinente a la segunda instancia; y ha venido a la Corte como consecuencia de la declaración de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 y el Decreto Legislativo número 0293 de 1956, para su decisión. A ello se procede.

—

Ningún hecho nuevo se ha presentado en la instancia. Las partes se abstuvieron de alegar de conclusión y el señor Fiscal del Consejo de Estado expone en su vista de fondo:

"Analizadas las probanzas que sirvieron de fundamento al fallo apelado, la Fiscalía no tiene reparo alguno qué formular porque considera que están bien deducidas en derecho las conclusiones, ya que los elementos axiológicos de la indemnización por trabajos públicos están debidamente acreditados. En virtud de lo expuesto y sin necesidad de otras consideraciones, la Fiscalía CONCEPTUA que debe confirmarse en todas sus partes la sentencia objeto del recurso".

La Sala ha verificado el mérito probatorio de las pruebas aportadas al juicio, que acreditan los presupuestos de la acción.

La propiedad del demandante sobre el inmueble consta de las escrituras públicas número 1061 de 23 de marzo de 1944 y número 4360 de 6 de diciembre de 1948, ambas de la Notaría 2ª de Medellín, debidamente registradas (fs. 1 a 6, cuad. número 1). La suficiencia de esos títulos está certificada por el Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín en los folios 7 a 11 del mismo cuaderno.

Probado se halla también que el señor Roberto González M. solicitó a la Dirección de Obras Públicas Municipales licencia para construir en su predio y que ésta le fue concedida; que se le señaló el alineamiento de la nueva construcción, del cual resulta que el área dejada por el señor González para vía pública fue de 174.61 varas cuadradas, y que éste al ejecutar la obra se ciñó a tal demarcación (certificación de la Oficina del Plano Regulador (f. 12) y copia del acta número 3 de la Junta de Valorización y Urbanismo (f. 14 del cuaderno número 2). Por último, que el Municipio ejecutó por su cuenta la obra de pavimentación en la zona de ensanche tanto por la calle 50 como por la carrera 47 (certificación del Departamento de Sostenimiento y Control del Municipio, folio 12 vuelto del mismo cuaderno).

El monto de la indemnización fue fijado pericialmente de modo uniforme, explicado y fundamentado. Los peritos determinaron un valor de $ 250.00 por vara cuadrada, o sea, un total de $ 44.052.50 por el daño emergente, y los intereses de esta suma a la rata legal desde la fecha de la licencia, por el lucro cesante (fs. 8 y 8 vuelto del cuaderno número 2).

—

El Ministerio Público anotó desde la contestación de la demanda que el demandante no fue obligado a levantar los paramentos de la nueva edificación, sino que voluntariamente cedió las fajas de terreno para el ensanche de las vías, pues aceptó los bolos y perfiles señalados por el Municipio, sin objeción, y construyó luego sujetándose a ellos en beneficio de la colectividad; que tal hecho se desprende de la constancia de septiembre 10 de 1949, de la Oficina del Plan Regulador que expresa que el señor González dejó para ensanche 111.75 metros cuadrados, que el Municipio le pagará una vez que se fije el impuesto de valorización correspondiente a la obra de ensanche (alude al informe visible al folio 16, cuaderno número 2). Para la Fiscalía, lo anterior indica que hubo un compromiso entre el señor González y la Administración, y que, por consiguiente, éste no se halla en mora de pagar al primero "pues su pago está condicionado al derrame y recaudo de los correspondientes impuestos de valorización". Cumplido el evento —dice el Fiscal— el Municipio pagará la indemnización; mientras tanto la demanda es extemporánea.

Refiriéndose a estas observaciones expresa acertadamente el Tribunal Administrativo en el fallo que se revisa: "Releva al Tribunal de la necesidad de insistir en que están probados los hechos fundamentales... la afirmación misma del señor Fiscal, transcrita ya, de que '...en términos generales los hechos que con pretensiones a fundamentar la demanda presentó el actor son absolutamente ciertos...'. En cambio, de una vez debe desecharse la excepción con que condiciona el señor Fiscal su afirmación precedente al agregar: '...sólo que, como quedó demostrado en el juicio, el pago de las indemnizaciones correspondientes está condicionado a la distribución y derrame del impuesto de valorización por las obras de ensan-

che decretadas en esas vías'. Y debe desecharse porque no hay tal demostración. Por parte alguna del expediente está la prueba de que el actor González hubiese autorizado la constancia de fs. 16 fte. del cuaderno de pruebas, ni de que hubiese convenido en condicionar el pago de la indemnización correspondiente, a la distribución y derrame del impuesto por las obras de ensanche decretadas en esas vías... Más bien, como lo hace notar el apoderado del actor, la Resolución número 5 'conlleva un reconocimiento expreso de la ocupación por parte del Municipio, con motivo de la obra pública...'".

En concepto de esta Sala, lo fundamental en las acciones como la que se ventila en este juicio, consiste en demostrar que por motivo de un trabajo público de interés social se ocupó la propiedad privada sin indemnización al propietario. La tesis de la voluntad tácita de éste en ceder el terreno necesario para la obra, ni puede deducirse ni aceptarse en presencia de estos dos hechos: ocupación por el trabajo público sin contrato expreso y válido de la venta o cesión, que es el modo legal de expresar la voluntad del vendedor, o sin orden judicial y sin indemnización previa, conforme al ordenamiento del artículo 30 de la Constitución Nacional. El hecho de que el Municipio esté facultado para disponer lo conveniente sobre trazado, apertura y ensanche de las calles y como consecuencia para fijar los paramentos correspondientes, no puede llegar hasta el extremo de vulnerar la norma de la Constitución que garantiza la propiedad privada. Tal facultad no exonera al Municipio del deber de resarcir el perjuicio con la correspondiente indemnización, como lo prevé la ley 167 de 1941 (artículos 261 a 260).

Sobre el monto de la indemnización decretado dispone el Tribunal la deducción del 20 % por concepto de valorización, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 269 del Código Contencioso Administrativo, ya que los peritos no hicieron la apreciación correspondiente.

Cumplidas así todas las exigencias de la ley para el reconocimiento del derecho alegado por el demandante, como el fallo apelado lo considera y declara, es procedente su confirmación.

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, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia dictada en este juicio con fecha 23 de marzo de 1951.

Remítase el expediente a quien corresponda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, **Jorge García M.**

LA INDEMNIZACION, EN JUICIO POR TRABAJOS PUBLICOS, NO PUEDE DETERMINARSE POR EL AVALUO CATASTRAL DEL INMUEBLE. — APLICACION DEL INCISO 2º, ART. 268 DEL C. C. A. CUANDO LA OCUPACION DEL INMUEBLE ES TOTAL

1 — La ley 1ª de 1943 contiene disposiciones de especial aplicación en los procesos que se adelanten para expropiar predios urbanos en las ciudades capitales de departamento y en aquellas otras cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes. Por tanto la norma general contenida en el art. 6º de la ley 83 de 1935 sólo es aplicable en las expropiaciones que se siguen por el procedimiento indicado en el Código Judicial (art. 9º ibidem). Como en el presente negocio no se trata de una expropiación, sino de indemnización por trabajos públicos con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, de conformidad con el Cap. XXII, Tít. IV del C. C. A. es obvio que el precitado art. 6º no tiene aplicación.

Por otra parte, dicho art. 6º dispone que al recibir el demandado el precio de lo que ha de expropiarse, según el avalúo establecido en dicha disposición, se obliga "a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare". Esto demuestra que la norma en mención se aplica sin perjuicio de la prueba pericial. Además, la ley 1ª de 1943 ordena también (art. 5º y 7º), que la cuantía de la indemnización sea fijada por peritos y sólo faculta al juez para regularla cuando hubiere discrepancia en el concepto de los dos avaluadores (art. 6º ibidem). Luego de ninguna manera se puede determinar el quantum de la indemnización por el avalúo catastral del inmueble más el 20%, en forma definitiva. Al respecto se recuerda que el art. 1º del Decreto extraordinario 2460 bis de 1952 fue declarado inexequible por la Corte al imponer el avalúo catastral "como necesario e invariable, como el valor preestablecido o equivalente de la indemnización . . ." (LXXVIII, 325). Este antecedente permite reforzar la tesis que se viene sosteniendo: que el avalúo de que trata el art. 6º de la ley 83 de 1935 no es definitivo ni exclusivo en la determinación del valor correspondiente a la indemnización, sino un factor concurrente de ella que deja, por lo mismo, en vigor los ordenamientos correspondientes al dictamen pericial, aparte de que no tiene aplicación en juicios como el que ahora estudia la Sala.

2 — Sobre si es o no deducible de la cantidad en que se estima la indemnización el 20% de ella, de conformidad con el inc. 2º art. 268 del C. C. A. considera la Sala que como todo el lote de los demandantes fue incorporado a la vía pública, no hay fundamento para ordenar la deducción en referencia, pues es obvio que la norma en mención sólo es aplicable en los casos en que la ocupación no sea total sino parcial, en los cuales se infiere lógicamente que el trabajo público realizado valorizó la zona no ocupada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, nueve de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rintón Lara)

El Dr. Francisco Eladio Restrepo y las señoras Eligenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo de Londoño demandaron, por medio de apoderado, al Municipio de Medellín, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de octubre de 1948, "para que, —dice textualmente la demanda—, en el juicio y por los trámites del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, se le condene al pago, a favor de mis mandantes, de la suma de $ 9.900.00, valor del inmueble ocupado, o a la que por peritos, en el curso del juicio, se le fije como valor comercial, así como al pago de los demás perjuicios ocasionados con este despojo y con la mora en el pago del valor comercial del inmueble, en la cuantía que posteriormente se

determine en el juicio y que, por el momento, estimo en $ 2.000.00".

Como hechos fundamentales de la demanda expuso el señor apoderado:

"1º) Mis poderdantes son propietarios de un inmueble situado en esta ciudad de Medellín, barrio "Peláez", fracción Belén, que tiene 30 varas de frente por 33 de centro o sea una cabida total de 660 varas cuadradas y que linda: "Por el frente con la continuación de la carrera Colón; por un costado con predio de David Gutiérrez y otros; por el centro con predio de Adriano Cadavid, y por el otro costado con predio de Adriano Cadavid.

"2º) Mis poderdantes han tenido y tienen la posesión inscrita del inmueble en referencia, como se desprende del certificado de registro que acompaño, según el cual, además, ellos no han hecho enajenaciones parciales o totales del mismo.

"3º) En los meses de enero y febrero de 1947, sin previo arreglo directo con los interesados propietarios del inmueble, el Municipio de Medellín, Dirección de Obras Públicas, por conducto del Director de Obras Públicas, Ingeniero Antonio Vieu, dispuso la apertura de la calle 30, obra pública ésta que tomó directamente la totalidad del inmueble de mis mandantes, sujetándolo al servicio general, como vía pública.

"4º) Como consecuencia natural de dicho trabajo u obra pública, se ocupó de hecho el inmueble descrito, de manera permanente o indefinida, dándole destinación para el uso público, sustrayéndolo del legítimo pleno dominio de mis poderdantes, ocasionándoles los perjuicios consiguientes, siendo equivalente, el más notorio y visible, al valor comercial del lote, que estimo en la suma de $ 9.000.00, esto es, a $ 15.00 la vara cuadrada

"5º) Mis poderdantes no consintieron en el despojo de que fueron víctimas, sino que por conducto del Dr. Francisco E. Restrepo han hecho toda clase de gestiones tendientes a obtener el pago, ante la Secretaría de Hacienda y Dirección de Obras Públicas del Distrito de Medellín, sin resultado positivo alguno.

"6º) El Municipio de Medellín, ejecutando este despojo, violó los arts. 30 y 33 de la Constitución Nacional, que garantizan la propiedad privada y regulan los modos de expropiación; los arts. 669, 2341 y 2347 del C. Civil, que definen y protegen el derecho real de dominio y señalan la obligación de resarcir los daños causados por delito o culpa civil, directamente o por las personas y cosas que del responsable dependen, por mala elección o por falta de adecuada vigilancia; pero sobre todo, y de modo particular, el Distrito de Medellín se ha colocado en la situación que contempla de modo expreso la Ley 167 de 1941, en sus artículos 262, 263, siguientes y concordantes, pues no habiendo existido el procedimiento regular de la expropiación de jure sino de facto, debe pagar la correspondiente indemnización por ocupación de una propiedad particular y por trabajos públicos emprendidos y realizados bajo su dirección y responsabilidad".

Aceptada la demanda por auto fechado el 10 de noviembre siguiente, se dio en traslado al señor Fiscal quien la contestó expresando que no le constaban los hechos 1º y 2º, negando los restantes y oponiéndose, en consecuencia, a las pretensiones de los actores.

Trabada así la litis, siguió el negocio su curso legal con la apertura del juicio a pruebas, la práctica de las que ambas partes solicitaron, las alegaciones consiguientes etc. y el 2 de agosto de 1949 profirió el a quo su fallo cuya parte resolutiva dice:

"Condénase al Municipio de Medellín a pagar al doctor Francisco E. Restrepo y señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo v. de Londoño, a manera de indemnización por la ocupación de hecho del lote de seiscientas sesenta varas cuadradas (660 V2), ubicadas en el barrio Peláez, fracción de Belén del referido municipio, con destino a la continuación de la calle treinta (30) y cuyos linderos aparecen descritos tanto en la demanda como en la parte motiva de esta sentencia, la cantidad de CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS ($ 4.320.00) m. L. más los intereses legales correspondientes a esta suma, desde la fecha en que se efectuó la ocupación del predio materia del presente juicio, hasta que se verifique el pago, a título de perjuicios.

"Por los expresados Francisco E., Efigenia y Hermilda Restrepo, se otorgará la respectiva escritura de propiedad al Municipio de Medellín, sobre el predio motivo de indemnización en el presente fallo".

Del fallo en mención apelaron el señor Fiscal y el apoderado de los actores y por tal motivo subió el negocio al H. Consejo de Estado. Allí se surtieron debidamente los trámites de la segunda instancia y hallándose el juicio para pronunciar la sentencia correspondiente se dispuso, por auto de fecha 14 de diciembre de 1955, remitirlo al Tribunal Superior de Medellín en atención a la sentencia por la cual la Corte, en Sala Plena,

declaró inexequibles varios artículos del C. C. A.; pero el Tribunal, teniendo en cuenta el Decreto legislativo Nº 0293 dictado el 15 de febrero último, lo envió a esta superioridad.

Efectivamente, corresponde a esta Sala avocar el conocimiento del negocio de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 0293 antes citado. En tal virtud se procede al estudio de los elementos probatorios para adoptar la decisión que ponga término a la segunda instancia.

Las pruebas

Con la demanda se presentaron algunos documentos y dentro del término probatorio, en primera instancia, el señor apoderado de los actores pidió y obtuvo la práctica de varias diligencias. De esa manera aparecen en el juicio:

a) Copia debidamente registrada de la escritura Nº 1774 de 25 de junio de 1941, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín. Ella demuestra que Luis E. Restrepo vendió a Francisco E. Restrepo el inmueble a que se refiere el hecho primero de la demanda.

b) Copia, también registrada en debida forma, de la escritura Nº 3618, otorgada en la misma Notaría 4ª el 11 de julio de 1944, por la cual el señor Francisco E. Restrepo transfirió a cada una de las señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo v. de Londoño, a título de dación en pago, una tercera parte, proindivisa, en dos lotes, uno de los cuales corresponde exactamente al que mencionan la demanda y la escritura 1774 citada.

c) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín sobre la suficiencia de las mencionadas escrituras 1774 y 3618, la libertad del inmueble en ambas determinado, o sea el lote de 660 varas cuadradas, y el dominio de los actores sobre dicho inmueble. Expresa la certificación que ella se contrae al lapso comprendido entre el 25 de junio de 1941 y el 17 de septiembre de 1948, o sean las fechas de la escritura 1774 y de la propia certificación, respectivamente.

d) Informe del Secretario de la Interventoría de Hacienda Municipal de Medellín, fechado el 21 de febrero de 1949. En él se afirma que examinados los libros correspondientes, desde el año inmediatamente anterior, no se encontró constancia alguna sobre pago del lote situado en la calle 30 entre carreras 77 y 78.

e) Informe del Jefe de Urbanismo y Planeamiento del Municipio de Medellín, dado el 31 de marzo de 1949 en el que se dice: que el art. 3º del Acuerdo Nº 19 de 1943 (junio 10), ordenó que la Sección de Obras Públicas procediera, por el sistema de valorización, a prolongar, desde la carrera 76 hasta la 87, la recta de la calle 30; que la ejecución de esa obra fue dispuesta por el Director de Obras Públicas, ingeniero Antonio Vieco S. "a fines del año de 1946"; que la calle "tuvo el carácter de obra pública municipal por haberse realizado con fondos del tesoro municipal, por su cuenta y bajo la dirección de uno de sus empleados en desempeño de su cargo"; que esa misma calle, entre las carreras 77 y 78, "es una vía pública destinada a uso público exclusivamente"; y que no había constancia de arreglo alguno con el Dr. Francisco E. Restrepo o con sus hermanas Efigenia y Hermilda para la ocupación del terreno y su destinación a la calle 30, ni tampoco de que por parte de dichas personas se hubiera cedido el terreno en cuestión. (Fl. 17 C. Nº 3).

f) Las declaraciones de Octavio Cuartas, Luis Eduardo Restrepo E. y Jenaro Montoya quienes de manera constante afirman, entre otros hechos, y por conocimiento personal, "que a principios del año de 1947 las cuadrillas de trabajadores de la Dirección de Obras Públicas del Municipio de Medellín abrieron la calle 30, entre carreras 78 y 77, ejecutando tal trabajo de apertura sobre el terreno de propiedad de los hermanos Restrepo ya citados, a que se refiere el punto anterior, labor que consistió en mover y destruir cercos, nivelar terrenos y ejecutar otras obras hasta poner tal terreno como vía pública, utilizable por peatones y vehículos..."

g) El dictamen de los peritos señores Ernesto Medina y Francisco Vargas R., (fls. 5 a 10 del C. Nº 3), que más adelante será analizado.

En segunda instancia obtuvo el apoderado de la parte demandante un nuevo dictamen pericial acerca del valor comercial del lote en los primeros meses del año de 1947 y en la fecha de ese dictamen, así como también sobre la estimación de los demás perjuicios; pero ocurre que tal dictamen es ineficaz por no haber sido puesto en conocimiento de las partes como lo ordena el art. 719 del C. J. Esta es la doctrina de la Corte expuesta en varios fallos, entre ellos el de 5 de junio de 1936 en el que, después de un detenido estudio sobre el principio llamado de inmediación se dijo: "La causa para que la Corte siempre haya considerado ineficaz la prueba pericial cuando se ha omitido poner el dictamen de los peritos en conocimiento de las partes, consiste en

que con semejante proceder se desconoce por el juzgador el principio de inmediación en su sentido subjetivo o formal..." (G. J. Tomo XLIII, pág. 764). De manera que por esta razón no tiene finalidad alguna el análisis de dicho dictamen.

El señor Fiscal del Tribunal se concretó, especialmente, a aportar al juicio: copia auténtica de varias disposiciones expedidas por el Concejo Municipal de Medellín y que constituyen el Código de Edificaciones de la ciudad; copia de los planos del Barrio de Belén, y de los permisos dados a varias personas para edificar en la calle 30 con carrera 78; certificación sobre cuestiones relacionadas con el urbanismo; certificado de la oficina de Catastro sobre los bienes pertenecientes al Dr. Francisco E. Restrepo y a las señoras Efigenia y Hermilda Restrepo y el valor de tales bienes; copia auténtica de varias escrituras; certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos; algunas declaraciones, y un dictamen pericial. Sobre estas últimas diligencias ha de detenerse preferencialmente la Sala.

En efecto: el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, expedido el 23 de febrero de 1949, contiene la tradición del lote de que habla la demanda, en un período de veinte años. Por tanto consta en él: que por escritura pública Nº 3762 de 13 de noviembre de 1926 Inés y Camila Acevedo compraron al Pbro. Joaquín A. Peláez un lote de terreno ubicado en la fracción Belén; de esa propiedad las Acevedos vendieron a Ricardo Escobar, por escritura Nº 146 de 6 de febrero de 1935, 6 lotes con una área de 2.273 varas cuadradas con 24 centésimas de vara cuadrada; Escobar vendió 1.848 varas cuadradas a Luis E. Restrepo según escritura 594 de 14 de marzo de 1936; de tal extensión el citado Sr. Restrepo vendió a Francisco E. Restrepo, por escritura Nº 1774 de 25 de junio de 1941 el lote de 660 varas cuadradas mencionado en la demanda, y Francisco E. Restrepo transfirió a cada una de las señoras Efigenia y Hermilda Restrepo, a título de dación en pago, una tercera parte del mismo lote según la escritura 3618 de 11 de julio de 1944.

Francisco Luis Ochoa Saldarriaga, Enrique Restrepo Escobar, Ernesto y Adriano Cadavid, Germán Alvarez y otros, declaran que hacía varios años que la gente transitaba por el lote tantas veces nombrado y que, por lo mismo, el municipio no hizo otra cosa que alcanterillar la antigua vía así formada, y limpiarla un poco, trabajos estos realizados en el año de 1946. Dan, además, informaciones sobre la forma de los edificios evantados en el sector en donde se hallaba ubicado el lote de los hermanos Restrepos.

La prueba pericial fue pedida también, —como ya se vio—, por el apoderado de los actores. Por eso los peritos dictaminaron conjuntamente sobre las cuestiones que a su consideración sometieron ambas partes. (Fls. 5 a 10 del C. Nº 3).

En primer lugar, y respondiendo al cuestionario formulado por el señor Fiscal, los peritos dan cuenta: de la existencia de la carrera 78 entre calles 30-A y 30, y de la calle 30 "desde la carrera 76 hasta más arriba de su crucero con la carrera 78"; de dos casas ubicadas en ese "crucero"; de los "ochaves" hechos a tales casas; de un lote en aquel sector, libre al tránsito, y sobre el cual una de las edificaciones tiene servidumbre de luz; y de otros aspectos urbanísticos. En segundo término contestan los señores peritos los puntos planteados por el apoderado de la parte demandante y dicen:

"Al punto a) El título de propiedad del Dr. Francisco E. Restrepo y Hnas. y al cual se refiere el certificado de registro anexo al mismo título, corresponde exactamente al inmueble ocupado por la calle 30 entre las carreras 77 y 78 de la fracción de Belén municipio de Medellín.

"Al punto b) Todo el lote ha sido ocupado por dicha calle 30, no le queda ni una pulgada de tierra libre.

"Al punto c) Actualmente es vía pública.

"Al punto d) El precio del lote, cuya área es de 660 varas a razón de $ 15.00 la vara vale $ 9.900.00; avalúo que estimamos por negociaciones ocurridas en terrenos similares y vecinos.

"En cuanto a perjuicios, el perito Vargas opina que no los ve, y el perito Medina los avalúa en $ 1.000.00 m|c."

Este dictamen, de fecha 17 de marzo de 1949, se puso en conocimiento de las partes por el término legal y ninguna de ellas lo objetó ni pidió su aclaración; pero el Tribunal, en auto para mejor proveer y haciendo uso de la facultad conferida por el art. 719 del C. J. solicitó de los peritos que precisaran su concepto "a efecto de que expliquen si el valor de $ 15.00 por vara cuadrada que le fijan como precio al lote ocupado por el Municipio de Medellín en la calle 30 (entre carreras 77 y 78) de la fracción de Belén, hace relación al momento actual, es decir, comprendiendo los beneficios de valorización resultantes de la apertura de dicha vía pública, y que en consecuencia digan cuál sería ese valor en el momento de ocurrir la ocupación del predio en referencia..." Y los peritos expusieron: "...el valor de la vara

cuadrada del lote en cuestión y de los lotes aledaños a él, era en mil novecientos cuarenta y seis de trece pesos ($ 13.00) cada vara cuadrada, y nuestro avalúo de quince pesos ($ 15.00) en la actualidad, obedece no al concepto de valorización por el proyecto de apertura de la calle, sino que lo hemos estimado teniendo en cuenta las negociaciones recientes de terrenos aledaños". (Fl. 30 vto. del C. Nº 1º).

Los alegatos

En esta segunda instancia solamente alegó el señor Fiscal del Consejo de Estado el 3 de septiembre de 1951, sosteniendo que la justicia contencioso-administrativa carecía de competencia para conocer del negocio y pidiendo, por lo mismo, se declarara la nulidad de todo lo actuado, tesis ésta que no es del caso analizar, definida como está la cuestión mediante el fallo de inexequibilidad y el Decreto-legislativo 0293 del presente año, ya citados.

Ante el Tribunal, el Fiscal y el apoderado de los actores plantearon sus divergencias, alegando el primero que hacía muchos años había proyectado el Municipio de Medellín la prolongación de la calle 30 entre carreras 76 y 78, y desde entonces aquella entidad controlaba la urbanización en ese sector de manera que sin su permiso no era posible construir allí y menos aún si los propietarios no se sometían a los lineamientos fijados y a las demás disposiciones respectivas; que siguiendo dichas disposiciones edificaron varias personas sobre lotes colindantes con el de los hermanos Restrepos quienes, por lo demás, consintieron algunas servidumbres de luz sobre su inmueble aceptando así que estaba destinado a una vía pública, pues de lo contrario no habrían permitido esas servidumbres; que el lote no se hallaba cercado debidamente y por ese motivo se transitaba por él con entera libertad; y que, por todas esas causas, el mencionado inmueble se encontraba, desde muchos años atrás, incorporado, por consentimiento de quienes tenían su propiedad, a la vía en referencia, de tal suerte que los demandantes no tienen ahora derecho alguno para reclamarlo. De otra parte alegó el señor Fiscal que la entidad demandada no realizó trabajos u obras a consecuencia de los cuales se abriera la calle, sino que se limitó a mejorarla y a extender en ella la red del alcantarillado, hechos que, por lo demás, ocurrieron en 1946, motivo por el cual la acción sobre indemnización de perjuicios se hallaba prescrita cuando fue presentada la demanda.

El apoderado de los actores sostuvo, en cambio, que están demostrados todos los elementos axiológicos y que, por tanto, las pruebas aducidas por el señor Fiscal no enervan la acción ni desvirtúan el derecho reclamado, porque las disposiciones contenidas en el llamado Código de Urbanismo no constituyen, por sí solas, título de dominio, ni pueden ser un medio legal para adquirirlo, ni el hecho de haber sido obligadas varias personas que edificaron en aquel sector a cumplir tales ordenamientos menoscaba la propiedad de los demandantes en el lote ocupado. Sostiene igualmente que los trabajos públicos para la apertura de la vía fueron ordenados a fines de 1946 pero ejecutados a principios de 1947, y como la demanda se presentó en octubre de 1948, se cumplió lo dispuesto por el art. 263 del C. C. A.

El fallo de primera instancia

El Tribunal hace, en su fallo, un análisis de las alegaciones de las partes para concluir reconociendo el derecho reclamado por los actores, en virtud de las pruebas por ellos traídas al juicio; estima que el dictamen de los peritos es fundado y razonado menos en lo concerniente al monto de la indemnización por valor del terreno y a la cuantía de los perjuicios y por ello expresa lo siguiente:

"En consecuencia, para determinar la indemnización que deba ordenarse, habrá de recurrirse a un procedimiento que quizás no resulte arbitrario, cual es el indicado por el artículo 6º de la ley 83 de 1935, que rige para las expropiaciones por causa de utilidad pública, y que manda estimar el avalúo del bien expropiado de acuerdo con la proporción que le corresponda en el catastro más un 20% de tal valor.

"Con la base enunciada y tomando por referencia el certificado del señor Jefe de Catastro Municipal de Medellín, que obra a fs. 8 del cuaderno de pruebas solicitadas por el señor Fiscal, en el que aparece el lote ocupado con la calle que ocasiona este litigio con un avalúo de $ 3.600,00, se dirá que este es el valor, más el veinte por ciento (20%), o sea un total de cuatro mil trescientos veinte pesos ($ 4.320.00), suma correspondiente a la indemnización que el Municipio debe pagar al señor Francisco E. Restrepo y Hermanas, actores en este juicio.

"En cuanto a perjuicios, como ya se anotó

atrás, los peritos no estuvieron de acuerdo, ni al fijarlos dieron razón alguna para deducirlos. Para el Tribunal en cambio la cuestión es clara y se resuelve con base en el artículo 1.617 del C. Civil, dándole una aplicación analógica, esto es, apreciando tales perjuicios en la cantidad que resulte de deducir el interés legal de la indicada suma de $ 4.320.00, o sea el valor de la indemnización, desde la fecha en que se efectuó la ocupación hasta aquellas en que se efectúe el pago real. Más claramente, los perjuicios en el presente caso están representados en el interés legal que devengaría la suma ordenada como indemnización, hasta que sea satisfecha".

Por estas razones el Tribunal condena al Municipio de Medellín, —como atrás se ha dicho—, a pagar a los demandantes la suma de $ 4.320.00 más los intereses legales de dicha suma, desde la fecha en que se efectuó la ocupación del predio hasta el día en que se verifique el pago, y dispone la transferencia, por los actores y a favor de la entidad demandada, del derecho de dominio sobre dicho predio.

Consideraciones de la Sala

De preferente consideración es lo relativo al cumplimiento del art. 268 del C. C. A. ya que, según el señor Fiscal del Tribunal, la demanda se presentó fuera del término fijado en esa norma.

Los testimonios aducidos por el mismo señor Fiscal dicen, ciertamente, que los trabajos de alcantarillado y limpieza de la calle 30 en el sector comprendido entre las carreras 76 y 78 se realizaron en 1946; en tanto que los declarantes de los actores afirman categóricamente, que las cuadrillas de trabajadores dependientes de la Dirección de Obras Públicas del Municipio de Medellín abrieron la citada calle 30 entre las carreras 77 y 78, destruyendo cercos, nivelando el terreno y, en fin, ejecutando las obras necesarias hasta dejar en servicio dicha vía, todo lo cual ocurrió a principios del año de 1947.

Los dos grupos de declarantes están, pues, en abierta contradicción aunque se observa que los testigos de los demandantes son más claros y concretos en sus afirmaciones al respecto, pues exponen que presenciaron directa y personalmente los trabajos, los cuales se llevaron a cabo a principios del año de 1947. Los declarantes del señor Fiscal son menos precisos en la determinación del tiempo, puesto que aluden únicamente al año de 1946. Esta observación es muy importante para la apreciación de la prueba. Además, un documento de mucha significación que refuerza la veracidad de los testigos de los demandantes es el que obra al fl. 17 del C. Nº 3.

Efectivamente: se ha visto que el Ingeniero Jefe de Urbanismo y Planeamiento afirma, entre otros hechos, que por Acuerdo número 19 de 1943 se facultó a la Sección de Obras Públicas para prolongar la recta de la calle 30 en Belén, desde la carrera 76 hasta la 87, y que quien dispuso la ejecución de esa obra fue el ingeniero Antonio Vieco S., en su carácter de Director de Obras Públicas, a fines de 1946.

Tratándose de esta clase de trabajos no es frecuente que ellos se inicien inmediatamente después de que se resuelva ejecutarlos; lo común, en tales casos, es que entre la orden o disposición de ellos y su realización medie un lapso tanto más prolongado cuanto mayor sea el gasto de la obra, su importancia y complejidad, etc. Teniendo esto en cuenta, y aunque la información del Jefe de Urbanismo no dá la fecha precisa en que el ingeniero Vieco dispuso acometer la apertura de la calle, esa información dá mayor fundamento a las afirmaciones de los testigos de la parte demandante, puesto que si la obra se dispuso a fines del año de 1946 hay motivo para inferir que los trabajos correspondientes se iniciaron a principios de 1947. Luego la demanda se introdujo dentro del término legal, toda vez que fue presentada en octubre de 1948.

Sentado esto, las otras consideraciones de la Sala han de recaer, lógicamente, en los elementos axiológicos.

Con respecto al primero de ellos, o sea el dominio de la parte demandante sobre el inmueble ocupado con motivo de un trabajo, se tienen las escrituras públicas presentadas por el apoderado de los actores y los dos certificados del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín. El primero, —acompañado a la demanda—, no fue expedido de acuerdo con el art. 635 del C. J., como ha podido observarse del resumen que de él se ha hecho precedentemente; pero el segundo, dado a solicitud del señor Fiscal, lo complementa perfectamente. De todos estos documentos aparece que el Dr. Francisco Eladio Restrepo y las señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo v. de Londoño son los únicos propietarios del lote de terreno determinado en la demanda, inmueble cuya tradición aparece relacionada legalmente en un período de más de veinte años, y que se ha-

lla libre de todo gravamen que pueda afectar su dominio.

En cuanto a los trabajos y la ocupación, llevados a cabo por una entidad de derecho público y para fines de igual naturaleza, la prueba es completa. No se ha negado, ni siquiera puesto en duda, por quien dentro del juicio ha actuado en defensa de la entidad demandada, que el lote de los hermanos Restrepos está total y definitivamente incorporado a la calle 30 de la ciudad de Medellín. Esto, por otra parte, lo establece el dictamen pericial. Además, las ya mencionadas declaraciones de Octavio Cuartas, Luis Eduardo Restrepo E. y Jenaro Montoya; la certificación o información del Ingeniero Jefe de Urbanismo y Planeamiento, y aún las mismas exposiciones de los testigos presentados por el señor Fiscal, establecen que los trabajos se realizaron por cuadrillas de trabajadores dependientes de la Dirección de Obras Públicas Municipales, dirigidas por uno de los empleados de dicha oficina y con fondos del Tesoro Municipal.

Finalmente, todas las diligencias que se dejan analizadas están demostrando también el tercero de los elementos axiológicos, pues es obvio que con la ocupación total y permanente del inmueble, la entidad demandada perjudicó a los demandantes y les debe, por tanto, la indemnización correspondiente. Así, pues, habrá de verse lo concerniente a la cuantía de esa indemnización.

En principio los peritos estimaron la vara cuadrada del terreno ocupado en $ 15.00 "avalúo que estimamos —dicen— por negociaciones ocurridas en terrenos similares o vecinos". (Fl. 10 C. Nº 3). Y al ampliar ese concepto, en atención al auto para mejor proveer proferido en el Tribunal por el Magistrado sustanciador, solamente exponen que el valor de la vara cuadrada en el lote de los demandantes y en los aledaños era en 1946 de $ 13.00, y que por tanto el anterior avalúo dado por ellos no tuvo como fundamento la valorización por la apertura de la vía sino "las negociaciones recientes de terrenos aledaños". (Fl. 30 v. C. Nº 1º) En cuanto a perjuicios, —dijeron igualmente al folio 10 del C. Nº 3—, "el perito Vargas opina que no los ve, y el perito Medina los avalúa en $ 1.000.00 m/c." Indudablemente estos conceptos no están explicados ni debidamente fundamentados y por ello no hacen plena prueba. "Cuando se trata de avalúos y el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, porque a ello se opone el art. 721 del C. J. que es suficientemente claro y explícito. Pero debe entenderse que al decir la disposición referida que el dictamen debe ser 'debidamente fundamentado' para que constituya plena prueba, ha requerido que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone". (G. J. Tomo XLV, pág. 382). De otra parte el sistema empleado por el **a quo** para regular la indemnización es injurídico, por las siguientes razones:

La ley 1ª de 1943 contiene disposiciones de especial aplicación en los procesos que se adelanten para expropiar predios urbanos en las ciudades capitales de departamento y en aquellas otras cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes. Por tanto la norma general contenida en el art. 6º de la Ley 83 de 1935 sólo es aplicable en las expropiaciones que se siguen por el procedimiento indicado en el Título XXV del Libro II del C. J. (Artículo 9º ibidem). Como en el presente negocio no se trata de una expropiación, sino de indemnización por trabajos públicos con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, de conformidad con el capítulo XXII, Título IV del C. C. Administrativo, es obvio que el precitado artículo 6º no tiene aplicación. Estas razones son suficientes para comprender la improcedencia del sistema acogido por el Tribunal para fijar **la cuantía de la indemnización**; sin embargo conviene hacer otras consideraciones para relievar más esa improcedencia.

El precitado artículo 6º dispone que al recibir el demandado el precio de lo que ha de expropiarse, según el avalúo establecido en dicha disposición, se obliga "a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare". Esto demuestra que la norma en mención se aplica sin perjuicio de la prueba pericial. Además, la Ley 1ª de 1943, atrás citada, ordena también, en sus artículos 5º y 7º, que la cuantía de la indemnización sea fijada por peritos y sólo faculta al Juez para regularla cuando hubiere discrepancia en el concepto de los dos avaluadores (art. 6º ibidem). Luego de ninguna manera se puede determinar el cuantum de la indemnización por el avalúo catastral del inmueble más el 20%, en forma definitiva. Al respecto se recuerda que mediante el artículo 1º del Decreto extraordinario Nº 2.460 bis de 1952 se dispuso que el valor de las zonas que por Decreto 1659 de 1951 fueron declaradas de utilidad pública, sería, de todos modos y para efectos de su adquisición por el Gobierno, el del avalúo catastral; y tal artículo fue declarado inexequible por violatorio de la Carta al imponer el avalúo catastral "como nece-

sario o invariable, como el valor preestablecido o equivalente de la indemnización..." (Fallo, 16 de agosto de 1954. G. J. Tomo LXXVII, pág. 325). Este antecedente permite, pues, reforzar la tesis que se viene sosteniendo: que el avalúo de que trata el tantas veces citado art. 6º no es definitivo ni exclusivo en la determinación del valor correspondiente a la indemnización, sino un factor concurrente de ella que deja, por lo mismo, en vigor los ordenamientos correspondientes al dictamen pericial.

En síntesis: el avalúo establecido en el artículo 6º de la Ley 83 de 1935 no sustituye el que parcialmente debe hacerse para determinar la cuantía de la indemnización, ni tiene aplicación dicha norma; de ahí que sea injurídico —vuelve a decirse—, el procedimiento adoptado por el Tribunal de primera instancia al fijar el precio del inmueble de la manera indicada en aquella disposición. Siendo esto así, y puesto que el dictamen de los peritos, sobre estos puntos, no constituye plena prueba por falta de la debida fundamentación como se ha dicho, habrá de condenarse a la indemnización en abstracto a fin de que ella sea fijada en el incidente sobre ejecución del presente fallo, teniendo en cuenta la importancia comercial que en los primeros meses de 1947 tuviera el sector en donde estaba ubicado el inmueble ocupado; las transacciones o ventas de propiedades colindantes, hechas en esa época; el valor, según estos factores, de la vara o metro cuadrado del lote en mención, en aquellos mismos meses y, en fin, todos los demás datos que sirvan para el más exacto y justo avalúo de la indemnización a que tienen derecho los demandantes con motivo de la ocupación permanente de su propiedad.

En cuanto al pago, reclamado también por los actores, "de los demás perjuicios ocasionados", se ha visto que uno de los peritos los estimó, sin fundamentación alguna, en la suma de $ 1.000.00 y el otro expresó que en su concepto no existían. Ciertamente no hay en los autos prueba alguna de que los demandantes hayan sufrido otra clase de perjuicios y por eso no es posible hacer, sobre este punto, la condenación pedida.

Con respecto a los intereses legales correspondientes a la suma debida por indemnización, ellos debe pagarlos la entidad demandada desde la fecha en que fue ocupado el inmueble y sobre el valor que a dicho inmueble se le dé en el incidente de que atrás se ha hablado.

Queda sólo por resolver si no habiendo sido apreciada por los peritos ninguna suma por concepto de valorización, es o no deducible de la cantidad en que se estime la indemnización el 20% de ella, de conformidad con el segundo inciso del art. 268 del C. C. A. Sobre este particular considera la Sala que como todo el lote de los demandantes fue incorporado a la vía pública, no hay fundamento para ordenar la deducción en referencia, pues es obvio que la norma en mención sólo es aplicable en los casos en que la ocupación no sea total sino parcial, en los cuales se infiere lógicamente que el trabajo público realizado valorizó la zona no ocupada.

Fallo

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Declarar que el Municipio de Medellín (Departamento de Antioquia) ocupó, sin indemnización previa, incorporándolo definitivamente a la vía pública, un lote de terreno de propiedad del Dr. Francisco Eladio Restrepo y de las señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo v. de Londoño, ubicado en el barrio Peláez de la ciudad de Medellín. Dicho lote tenía 20 varas de frente por 33 de fondo, o sean 660 varas cuadradas, y estaba determinado por los linderos que expresa la demanda.

2º Condenar al Municipio de Medellín (Departamento de Antioquia) a pagar al Dr. Francisco Eladio Restrepo y a las señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo v. de Londoño, a título de indemnización por la ocupación de que trata el numeral precedente, la suma de dinero que en el incidente propio de la ejecución de este fallo se fije como valor de la zona ocupada, con arreglo a las bases que se han dejado expuestas en la parte motiva de esta providencia. (Art. 553 del C. J.).

3º Condenar igualmente al mismo Municipio a pagar al doctor y a las señoras Restrepos ya citados el interés legal sobre la suma en que se estime el valor del inmueble ocupado y desde la fecha de la ocupación.

El Municipio de Medellín hará el pago dentro

del término de quince días a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria del fallo que ponga fin al incidente mencionado, y simultáneamente el Dr. Francisco Eladio Restrepo y las señoras Efigenia y Hermilda Restrepo transferirán a aquella entidad, por escritura pública, su derecho de dominio en el referido inmueble.

4º Se niegan las demás peticiones de la demanda.

Queda en estos términos reformado el fallo de primera instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — **Manuel Ardila Velásquez**. **Roberto Goenaga** — **Camilo Rincón Lara** — **Jorge García Meriano**, Secretario.

CASO EN QUE COMO CONSECUENCIA DE LA OCUPACION PERMANENTE DE UNA ZONA DE TERRENO, EL RESTO DEL PREDIO SUFRE UN DAÑO CONSISTENTE EN UNA INUNDACION. — EL DICTAMEN PERICIAL DEBE EXPRESAR EL VALOR DEL TERRENO EN EL MOMENTO DE LA OCUPACION. — RECONOCIMIENTO DE INTERESES COMOINDEMNIZACION DEL LUCRO CESANTE

1. — Los peritos han asignado a la zona dos justiprecios: uno para la época de la ocupación, y otro para el día en que fue rendido el dictamen. De los dos, la Sala ha de escoger el primero, porque la constante e invariable doctrina es la de que en casos de condena en acción de indemnización por daños y perjuicios resultantes de ocupación de hecho o de la realización de trabajos públicos por parte de las entidades oficiales, el valor de la indemnización por concepto de daño emergente sólo puede referirse al precio de las cosas destruidas, dañadas u ocupadas el día de la destrucción, daño u ocupación, toda vez que los rendimientos posteriores que hubieran podido obtener esas mismas cosas engloban dentro de los factores que configuran el otro extremo del perjuicio o sea el lucro cesante.

2.—Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Bucnahora)

La señora Silena Sardi de Tenorio, en ejercicio de la acción consagrada en el capítulo 22 del Código Contencioso Administrativo —Indemnización de perjuicios por trabajos públicos— presentó ante el Consejo de Estado, en tiempo oportuno (artículo 283 ibidem) la demanda de este juicio, en orden a obtener que previos los trámites legales con citación y audiencia del Ministerio Público se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"La Nación Colombiana es civil o administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios materiales sufridos por la señora **Silena Sardi de Tenorio,** y que le fueran causados con motivo de la construcción del trabajo público nacional conocido con el nombre de **Carretera directa: Cali-Palmira,** al destinar el **Estado Colombiano** para dicha vía, una zona de terreno de propiedad de la actora, situada en jurisdicción del Municipio de **Palmira,** entre los kilómetros 11 y 14 de la mencionada carretera, yendo de Cali hacia Palmira, y singularizado tal inmueble rural con una cabida de 28 fanegadas, un cuarto de fanegada, dentro de los siguientes linderos especiales: Por el Norte, en longitud de 1548 metros, con propiedad de la señora Sardi de Tenorio; por el Sur, en longitud de 1505 metros, con predios de la misma señora Sardi de Tenorio; por el Oriente, en longitud de 125 metros con la hacienda de doña **Hilda Sardi de Garrido,** actualmente con zona de la misma carretera; y por el Occidente, en longitud de 110 metros, con la finca de doña **Carmen García V. de Sardi,** y actualmente ocupada con zona por la misma carretera. Y los cuales daños y perjuicios no sólo se causaron por aquella ocupación, sino además por haberse puesto la Nación Colombiana, a extraer materiales de construcción, y préstamos de tierra, para el relleno de esa vía, y también por haber hecho la Nación dos profundas excavaciones de 40 metros de anchura, por 7 metros de profundidad, y 1550 metros de longitud, en frente a cada una de las dos mitades en que fue partida la hacienda de "Palmaseca", de propiedad de la actora, y ubicada dentro del municipio de Palmira, y cuyos linderos se especifican en los hechos de esta demanda, los cuales canales o excavaciones represan las

aguas lluvias, y sirven de conducto para que en los inviernos, al desbordarse el **Rio Bolo**, aquellas aguas inunden la hacienda de la actora.

"**Segunda**—En consecuencia, CONDENASE a **la Nación Colombiana**, a pagar a la señora **Silena Sardi de Tenorio**, dentro del plazo fijado por las leyes, a título de indemnización, las siguientes cantidades de dinero:

"a) **La suma de ciento veinticuatro mil doscientos diez y ocho pesos en moneda legal colombiana** ($ 124.218.00), o lo que resulte de justa tasación de peritos designados legalmente, como precio de 124.218 metros cuadrados, cabida total de la zona ocupada por la Nación, y valor que representa el daño **emergente** sufrido por la actora.

"b) Los intereses legales de la cantidad a que asciende la condena precedente, y los cuales deberán computarse desde el 15 de junio de 1952, hasta cuando la Nación Colombiana pague a la actora, el valor íntegro de la zona destinada a aquella vía pública, y valor que representa el **lucro cesante** sufrido por la demandante.

"c) El precio de todos los materiales de construcción, y préstamos de tierras, que fueron extraídos de la hacienda 'Palmaseca', de propiedad de la actora, y destinados para el acondicionamiento y relleno de la banca de la carretera en referencia, cuya cuantía sobrepasa de $ 50.000.00 m. l., pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal.

"d) El monto total de la desvalorización ocasionada por la construcción de aquellas excavaciones o canales ya citados, y que demeritan la hacienda de 'Palmaseca', de propiedad de la actora, alinderada como se indica en los hechos del libelo, a causa de los dos canales de 40 metros de anchura por 7 metros de profundidad, y unos 1.150 metros de longitud, construídos por la Nación Colombiana, en frente a la citada hacienda, con ocasión del trabajo público antes referido, y cuya cuantía deberá ser tasada en forma justa por peritos designados legalmente.

"e) El reembolso de los dineros invertidos por la actora para contener las aguas que provenientes del Rio Bolo, penetran a aquellos canales ya aludidos, y van a inundar la hacienda de la actora, y cuya cuantía será la que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal.

"**Tercera**. La señora **Silena Sardi de Tenorio** deberá otorgar a favor de la **Nación Colombiana**, simultáneamente al pago de la condena que se haga en este juicio, la escritura pública, por la cual se transfiere al Estado Colombiano, la propiedad del inmueble ocupado, con motivo del trabajo público antes mencionado.

"**Cuarta**.—La señora **Silena Sardi de Tenorio**, como propietaria de zonas adyacentes o colindantes con la carretera denominada **Recta: Cali-Palmira**, solamente queda obligada a pagar como contribución de valorización, ocasionada por esa obra pública nacional, al **Tesoro Nacional**, la suma de dinero que sea fijada por el H. Consejo de Estado, en armonía con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941".

Como hechos fundamentales de la acción se puntualizan en el libelo los siguientes:

"1) Mi poderdante es dueña y actual poseedora inscrita de la zona de terreno, con 28¼ fanegadas, ocupadas por la Nación, con motivo del trabajo público antes referido, y alinderado como ya se indicó, por virtud de la adjudicación que de mayor extensión de terreno, se le hizo en el juicio de sucesión de don **Aurelio Sardi Garcés**, protocolizada por escritura pública número 2128 de la Notaría Tercera del Circuito de Cali, y registrada el 10 de enero de 1944, en el Libro 2º, páginas 32 y 33 del Tomo 12. Partida 32.

"2º) Los linderos generales de la hacienda de 'Palmaseca', afectada por los canales o excavaciones hechas por la Nación, con motivo del trabajo público ya citado, son los siguientes: 'Por el Norte, con predios del señor León Sardi García; por el Sur, con el río Bolo; por el Occidente, con terrenos del señor León Sardi García; y por el Oriente, con predios de la señora Hilda Sardi de Garrido'.

"3º) Por medio del Decreto Legislativo número 0113 de 1951 (enero 19) fue fijado el **Plan vial** de las carreteras nacionales en los años de 1951 a 1954, y dentro de la **Troncal Occidental** allí prevista, se ordenó la construcción de la **Carretera Directa: Cali-Palmira** (Diario Oficial número 27.521).

"4º) Por medio del Decreto Ejecutivo número 701 de 1952 (marzo 13) fueron declaradas como de utilidad pública, las zonas requeridas para la construcción de la Recta: Cali-Palmira, y consecuencialmente quedó allí comprendida la zona de 28¼ fanegadas de propiedad de mi poderdante.

"5º) Este mismo Decreto dispuso en su artículo 2º, que el Ministerio de Obras Públicas celebra-

ría los contratos necesarios, para la adquisición de dichas zonas, y además fue previsto de que en caso de no ser posible con los interesados un arreglo sobre las zonas requeridas, el Gobierno procedería a la expropiación correspondiente.

"6º) Sin embargo, el Ministerio de Obras Públicas, en ninguna ocasión, manifestó a mi poderdante su deseo de celebrar con ella el respectivo contrato de adquisición, ni adelantó la expropiación correspondiente.

"7º) Por el contrario, y pasando por alto el Decreto dictado en aquella oportunidad, el Ministerio de Obras Públicas, dio las órdenes a la **Raimond Concrete File Co. of South America**, y a **Contratistas & Constructores, Ltda.**, para que "a mano fuerte" invadiera las propiedades requeridas para la construcción de la recta: Cali-Palmira, y fue así como entre el 15 y el 30 de junio de 1952, sin fórmula legal alguna, la **Nación Colombiana**, por medio de su contratista ya referido, ocupó de hecho y se apropió de la zona de 28¼ fanegadas, de propiedad de mi mandante, con el fin de construir la mencionada carretera en aquel sector.

"8º) Con **el cuadro de áreas ocupadas por la Nación Colombiana**, en la carretera directa **Cali-Palmira**, y suscrito el 17 de octubre de 1952, por el señor Interventor del Ministerio de Obras Públicas, y que en copia auténtica me permito acompañar a esta demanda, compruebo plenamente que la **Nación**, se apropió de 28¼ fanegadas de propiedad de mi poderdante.

"9º) La Nación no sólo se ha aprovechado en beneficio suyo de la zona anterior, sino que además, ha causado los siguientes perjuicios materiales a mi mandante:

"a) En primer lugar la hacienda de 'Palmaseca' de propiedad de mi poderdante, alinderada como ya se vio, y situada en jurisdicción de Palmira, fue partida en dos mitades, por cuyo centro fueron tomados los 100 metros de anchura necesarios para la carretera citada.

"b) Como el relleno de la carretera fue apenas de unos 15 metros, éste se hizo dejando al lado y lado de la misma obra, una zona de terreno de poco más o menos de unos 40 metros de anchura. Ahora bien, y con el fin de obtener el relleno y demás materiales de construcción, para hacer la banca de la carretera propiamente dicha, se comenzó a sacar tierra de cada lado de la banca, y con ello, lo que se hizo fue un canal de 40 metros de anchura por 1.550 metros de longitud, que impide el libre acceso a cada una de las dos mitades de la hacienda 'Palmaseca' de mi mandante.

"c) Estos canales que están situados precisamente en frente de las dos mitades en que fue partida la hacienda de mi poderdante, en épocas de invierno se llenan de aguas, las cuales permanecen allí estancadas, sin evaporarse, pudriéndose tales aguas, y formando criaderos de larvas e infecciones.

"d) Por otra parte, en épocas de invierno, y cuando el río Bolo se crece, entonces por dichos canales penetran las aguas de ese río, y van a inundar la hacienda de mi mandante, causando toda suerte de estragos.

"e) Ante estos peligros, y ante los daños que ya ha sufrido mi poderdante, ella ha tenido que invertir fuertes sumas de dinero, para contener las inundaciones ocasionadas por la forma tan antitécnica como fue adelantada la recta Cali-Palmira.

"f) La obra pública ya mencionada, en el sector por donde atraviesa la hacienda de mi poderdante, no tiene desagües suficientes, por lo cual, en los inviernos, aquella banca central por donde va la carretera, sirve de represa a las aguas lluvias, las cuales quedan estancadas, a cada lado de la carretera, dentro de los canales ya citados, y en otras ocasiones alcanzan a inundar el resto de la finca.

"10) Mi mandante desde el 1º de septiembre de 1953, según constancias que reposan en el Ministerio de Obras Públicas, propuso por medio del suscrito, al señor Ministro de Obras Públicas, arreglar este problema en forma amigable, y hasta se llegó a proponer en esa ocasión, que ella renunciaría a cualquier reclamación judicial, siempre que el Gobierno pusiera algo de su parte para evitar aquellas inundaciones, pero ante la buena voluntad de mi poderdante por agotar las vías amigables, el Ministerio hasta la fecha no ha querido resolver la solicitud anotada.

"11º) Mi mandante está dispuesta a pagar al Tesoro Nacional la valorización que a causa de la obra pública citada, sea fijada en armonía con el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, y en consecuencia espera que en la sentencia definitiva que habrá de resolver este negocio, se resuelva de una vez por todas, a cuánto asciende dicho tributo.

"12º) Con el fin de dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 204 del C. C. A. me permito manifestar: a) Que la señora Silena Sardi de Tenorio, reclama estas indemnizaciones, en su ca-

ráeter de dueña y poseedora inscrita del inmueble apropiado por la Nación para la obra pública en referencia; b) Que los hechos que causan las presentes indemnizaciones, son los puntualizados en las súplicas y en los hechos del libelo; c) Que el funcionario que ordenó aquella ocupación fue el señor Ministro de Obras Públicas, de esa época, doctor Jorge Leyva; d) Que la obra pública anotada fue realizada por comisionados o delegatarios del Ministerio de Obras Públicas, o sea por la **Raymond Concrete Pile Co. of South America y Contratistas & Constructores Ltda.** e) Las indemnizaciones valen más de $ 200.000.00".

En derecho se funda la demanda en el artículo 30 de la Constitución Nacional; en el Capítulo XXII, Título 44 del C. C. A., y en los artículos 1613 y ss. y 2341 y ss. del C. C.

El libelo vino acompañado con los documentos relacionados en el mismo escrito y a los cuales se hará referencia adelante en la medida que fuere necesario.

Admitida la demanda y librados los avisos ordenados por el artículo 126 del C. C. A., se dio en traslado al señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, doctor Justo Franco V., quien la contestó así:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda y niego el derecho y la causa o razón de ella.

"En lo concerniente a los hechos en que se apoya la acción, como no me constan, me atengo a lo que se pruebe".

Oportunamente el señor apoderado solicitó que el negocio se abriera a prueba y así lo hizo el Consejo de Estado. Dentro del respectivo término se recibieron las declaraciones pedidas, se allegaron documentos oficiales, se practicó la diligencia de inspección ocular que fue solicitada, y se rindió el dictamen pericial pedido por el apoderado de la parte actora. A todos estos elementos probatorios hará referencia la Sala sentenciadora como se verá adelante.

Competencia

Hallándose el negocio en estado de recibir sentencia definitiva, por la Corte Suprema de Justicia se declaró la inexequibilidad del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 en cuanto las disposiciones en él contenidas se refieran a ocupaciones de carácter permanente por parte del Estado sobre predios de propiedad particular; mas como la misma sentencia declaró válidas las actuaciones surtidas hasta su fecha en los juicios pendientes sobre esa materia, el H. Consejo de Estado lo remitió al H. Tribunal del Distrito Superior de Cali. Expedido luego el Decreto Legislativo número 0293 de 25 de febrero de 1956 que señala la competencia privativa de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para decidir los juicios de la naturaleza del presente que se hubieren promovido contra la Nación, el H. Tribunal Superior de Cali lo remitió a esta Sala que, por lo dicho, es competente para decidirlo.

La Vista Fiscal

El señor Fiscal del Consejo de Estado conceptuó:

"En orden a descorrer el traslado que del negocio se ha hecho a este Despacho, se considera: "No obstante que el señor apoderado en su escrito de conclusión hace un pormenorizado análisis sobre los diferentes hechos generadores de la presente acción, que según lo demuestra con el estudio de las probanzas aducidas en debida oportunidad, se hallan debidamente comprobados dentro del juicio y, por tanto, la actora deberá ser favorecida en sus pretensiones en la sentencia definitiva, sin embargo, la Fiscalía, luego de revisar cuidadosamente el expediente, ha creído conveniente consignar en su vista de fondo el estudio de todos los aspectos del juicio indemnizatorio, para fundar mejor algunas objeciones relativas no al fondo de la cuestión misma, sino al **quantum** de la indemnización de algunos de los perjuicios ocasionados con la obra pública.

"Efectivamente, como lo sostiene el señor apoderado de la demandante en su alegato de conclusión, según lo tiene establecido la jurisprudencia, para la prosperidad de la acción indemnizatoria de perjuicios por trabajos públicos es indispensable haber probado dentro del juicio respectivo por los medios legales y en forma plena los siguientes hechos, exigidos por el artículo 264 de la Ley 167 de 1941, a saber:

"1º El dominio o propiedad del demandante sobre el inmueble afectado por el trabajo público;

"2º La realización del trabajo público; y

"3º La demostración del perjuicio ocasionado.

"En este orden procede la Fiscalía a estudiar los medios probatorios producidos dentro del juicio y demás que obran en el proceso, a fin de esta-

blecer la existencia de los elementos axiológicos de la indemnización reclamada:

"La propiedad

"En el presente juicio la señora Silena Sardi de Tenorio como demandante reclama la indemnización en su carácter de dueña de los terrenos afectados por el trabajo público, según rezan los hechos de la demanda especialmente los consignados en los puntos 1º y 2º.

"Conforme a lo establecido en el artículo 635 del C. J., 'para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando la ley hable de títulos de esa naturaleza, se presenta el título mismo con la correspondiente nota de registro; y se acompaña también un certificado del respectivo registrador de instrumentos públicos y privados en que se exprese que el registro del título designado por su número y fecha no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del Código Civil; y que los registros anteriores al actual en un período de diez años, se han cancelado, al tenor del mismo artículo, hasta llegar al último registro'.

"Pues bien, una vez examinado el expediente, se ha podido verificar que en él obran documentos competentes para acreditar la propiedad y dominio de la señora Silena Sardi de Tenorio sobre el inmueble afectado por el trabajo público, ellos son: copia debidamente autenticada y registrada de la escritura pública número 2.128 de 29 de diciembre de 1943, de la Notaría Tercera del Circuito de Cali (folios 3 a 6), y certificados número 250 C. y sin número del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Palmira, sobre suficiencia del título anterior, visibles a los folios 9 a 10 y 45 a 46 del expediente. Estos documentos ostentan dentro del juicio todo su valor legal y fuerza de pruebas, por haber sido presentadas y decretadas en el término correspondiente.

"La realización del trabajo público

"La ejecución de los trabajos públicos que afectaron el inmueble de la señora Silena Sardi de Tenorio o sea la construcción de la carretera recta Cali-Palmira que dividió en dos partes la hacienda de 'Palmaseca' de su propiedad y dominio, está suficientemente comprobada en autos con las siguientes probanzas traídas y practicadas en su debida oportunidad a petición del apoderado de la reclamante: copia del plano levantado por el Ingeniero doctor Oscar Rizo del área del lote que comprende la hacienda de 'Palmaseca' (fl. 43); Diario Oficial número 27021 de 1952 en el que aparece publicado el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Compañía "Raymond Concrete Pile Co. of South America", sobre construcción y reparación de las carreteras que en él se indican, entre las cuales está la recta Cali-Palmira, y en el que se hace referencia a que por Decreto Extraordinario número 116 de 19 de enero de 1951 el Gobierno aprobó el Plan Vial de Carreteras Nacionales para ser ejecutado de 1951 a 1954, en desarrollo del cual se contrató con la 'Raymond Concrete Pile Co.' (fl. 2); Diario Oficial número 27857 de 1952 en el que aparece publicado el contrato entre el Gobierno Nacional y la firma 'Colombiana de Interventores Limitada', para la interventoría en el desarrollo y ejecución del contrato antes mencionado (folio 1); cuadro de áreas de zonas ocupadas por la carretera directa Cali-Palmira (folio 8); declaraciones rendidas por los testigos señores Cristóbal Caicedo, Víctor Piedrahita Castro, Julio Hernando Racines B., Arcadio Muñoz, Miguel Vicente Nieto y Luis Holguín Sarasty, quienes uniformemente aseveran que a mediados del mes de julio de 1952 fue ocupada materialmente una zona de 28 fanegadas y cuarto pertenecientes a la hacienda 'Palmaseca' para la construcción de la carretera conocida con el nombre de recta Cali-Palmira (fls. 57 a 64); Acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el H. Consejero sustanciador, acompañado del suscrito Fiscal 1º y del apoderado de la parte actora, en asocio de peritos nombrados por las partes y posesionados legalmente, diligencia mediante la cual el personal indicado inspeccionó la zona ocupada por los trabajos públicos de construcción de la recta Cali-Palmira y se cercioró de la evidencia de la citada obra (folios 39 a 42); y, por último, los puntos 2º y 3º del dictamen pericial rendido de común acuerdo por los doctores Gonzalo Gaitán, Dolcey Garcés y Edilberto Arévalo Correal, en los que precisan y amplían los conceptos consignados en el Acta de la diligencia de inspección ocular (folios 48 a 52).

"El perjuicio ocasionado

"El elemento del perjuicio ocasionado por los trabajos públicos cuya realización ha quedado demostrada, lógicamente se deduce de la compra-

bación de los hechos anteriores, 'propiedad de la demandante sobre la hacienda afectada con la apertura de la carretera Recta Cali-Palmira' y la 'construcción de ésta por parte de la Nación, entidad demandada, pues no hay duda de que con la segregación de 28 fanegadas y un cuarto de fanegada de la hacienda 'Palmaseca', destinadas a la construcción de la Recta Cali-Palmira, la Nación efectuó una ocupación de hecho sobre terrenos de propiedad particular con miras a la realización de una obra de servicio público, ocupación que, desde luego, le causó una merma en su patrimonio a la señora Sardi de Tenorio. Y, además, según está probado en autos con la ejecución de la obra tantas veces mencionada se le ocasionaron otros perjuicios a la actora, los que fueron avaluados por los peritos en su dictamen y a los cuales se refiere en seguida la Fiscalía, a efecto de conceptuar sobre el monto de la indemnización reclamada, luego de opinar sobre el valor de la zona segregada:

"En cuanto al precio de las 28 fanegadas y cuarto, fijado por los peritos, habida consideración de distintos factores que exponen en el punto 1º del dictamen correspondiente, en $ 79.300.00 para la época en que se efectuó la ocupación y en $ 82.400.00 como precio de actualidad, estima este Despacho que el valor que deberá tenerse en cuenta para efectos de la indemnización es el primero o sea de $ 79.300.00 y no el de actualidad, por la sencilla razón de que es el precio que tenían los terrenos segregados (28 fanegadas y cuarto) en el momento de la ocupación por parte del Estado el que debe considerarse como merma en el patrimonio de la actora y no el adquirido con la realización de la obra pública, pues una vez desposeída del disfrute y dominio de dichos terrenos, a la señora Silena Sardi de Tenorio debe considerársele privada de todo derecho sobre los mismos, esto es, que ella no se afecta en su patrimonio con el demérito o valorización de la zona ocupada por la Nación y destinada al servicio público.

"Al responder al cuestionario 3º, sobre cálculo y comprobación de la cantidad de materiales de construcción que fueron extraídos por la Nación con destino a rellenar la banca central de la recta Cali Palmira, en su dictamen los peritos se expresaron así:

"'Como se pudo verificar en el momento de la inspección ocular los materiales únicamente fueron extraídos de la zona ocupada por el Gobierno y no de las partes que han quedado en poder de la señora Sardi de Tenorio. Claramente se observa que de lado y lado de la carretera propiamente dicha, que ocupa un plano notoriamente superior al resto del predio, se hallan huecos bastante profundos llenos de aguas estancadas de donde se extrajo una gran cantidad de tierra para elevar la parte de la carretera al nivel que hoy tiene. Calculamos que se han extraído aproximadamente cuatrocientos ochenta y un mil setecientos ochenta y cinco metros cúbicos, cuyo valor al precio de diez centavos metro cúbico es de cuarenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos con cincuenta centavos ($ 48.178.50)'.

"'Corresponde al Consejo de Estado, y no a nosotros, decidir si el precio que hemos señalado a la tierra movilizada para hacer el terraplén debe reconocerse a la demandante o no, habida consideración de que la tierra se extrajo exclusivamente del lote ocupado por la Nación y que la demandante persigue que se le pague mediante este juicio'.

"Precisamente el suscrito Fiscal, en el momento de llevarse a cabo la diligencia de inspección ocular, según se lee en el Acta de dicha diligencia al folio 41 del expediente, 'solicitó al señor Consejero —que presidía la diligencia— dispusiera que por el personal de la diligencia se verificara si el posible movimiento de tierras destinado a la calzada se hizo con tierras tomadas de la zona que se dice fue ocupada por la Nación, sin tocar para nada con el resto de la finca de la demandante'.

"El señor Consejero ordenó verificar el hecho anterior y al procederse a establecerlo el señor apoderado de la parte actora manifestó que aceptaba que el movimiento de tierras para la calzada, en el sector de que se trata, fue hecho exclusivamente dentro de la zona ocupada por la Nación, sin tocar para nada con el resto de la finca de su poderdante señora Sardi de Tenorio'.

"Habiéndose extraído, pues, dichas tierras de la zona ocupada por la Nación, según quedó claramente establecido en la diligencia de inspección ocular, sobre lo cual está de acuerdo el mismo apoderado de la actora, y debiendo indemnizar la Nación tal zona de 28 fanegadas y cuarto, de la cual habrá de otorgar la señora Sardi de Tenorio el título correspondiente a favor del Estado, es lógico que esas tierras extraídas queden incluídas dentro del valor de la zona avaluada en $ 79.300.00 y por tal razón no pueden ser materia de indemnización aparte y especial, pues ello equivaldría a indemnizar dos veces por la misma

causa parte de los terrenos ocupados por la Nación. En estas condiciones, la suma de $ 48.176.50 en que fijaron los peritos el valor de los cuatrocientos ochenta y un mil setecientos ochenta y cinco metros cúbicos de tierra extraída por el relleno de la carretera Recta Cali-Palmira, a igual que los intereses correspondientes a esta suma, no podrán ser tenidos en cuenta para efectos de la indemnización que el H. Consejo habrá de decretar a cargo del Estado y a favor de la señora Silena Sardi de Tenorio.

"En lo que atañe a la indemnización por concepto de las inversiones que hizo la demandante para proteger sus propiedades de las inundaciones del río Bolo y el avalúo del demérito del predio A causado por la obra pública 'Recta Cali-Palmira', la Fiscalía nada tiene qué objetar a lo consignado por los señores peritos en su dictamen.

"En cuanto a intereses, éstos solamente deberán ser tasados sobre el valor de la zona de 28 fanegadas y cuarto ocupadas por la Nación y destinadas a la recta Cali-Palmira.

"Del monto total de la indemnización deberá ordenarse el descuento de la cantidad de $ 23.800 por concepto de valorización en que fue fijada por los peritos, y en la sentencia se prevendrá que la demandante señora Silena Sardi de Tenorio, para obtener el pago de la indemnización, previamente deberá otorgar el título traslaticio de dominio correspondiente a favor de la Nación, tal como lo dispone el artículo 169 del C. de lo C. A.".

La acción

Como claramente lo explica y precisa el señor apoderado, la demanda se encamina a obtener se condene a la Nación a resarcir a la demandante los daños y perjuicios que estima le fueron inferidos con ocasión de los trabajos públicos cumplidos por el Ministerio de Obras Públicas y que este Despacho ordenó llevar a efecto sobre parte del lote de terreno de propiedad de la actora con el fin de obtener la construcción de la carretera conocida con el nombre de 'Recta Cali-Palmira', trabajos y ocupación realizados sobre una zona de veintiocho fanegadas y cuarto de fanegada, perteneciente a la finca denominada 'Palmaseca', de la jurisdicción del municipio de Palmira (Valle), singularizada y demarcada la zona al tenor de la alinderación descrita en la primera petición de la demanda.

Visto lo anterior, puede concluirse que se ejercita en este proceso la acción que bajo la denominación de "Indemnización por trabajos públicos" consagra el Capítulo XXII del C. C. A. (artículos 261 y siguientes) y que es la que tiene el dueño de una determinada propiedad que ha sido ocupada o dañada **de hecho**, total o parcialmente, a causa de un trabajo público, para obtener del Estado (Nación, Departamento o Municipio), la correspondiente indemnización, traducible en el pago del perjuicio causado. Todo, en desarrollo del principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, menos el Estado a quien por mandato constitucional no le es dable ocupar ni expropiar bienes de particulares sin que medie la indemnización competente.

Al referirse al artículo 261, dijo la Comisión redactora:

"El Capítulo que sobre esta materia se encuentra en el código, lo hemos denominado **Indemnizaciones por trabajos públicos**, y la expresión legislativa que contiene tiende a regular el reconocimiento a que está obligada la Administración cuando quiera que agentes suyos, adscritos a su servicio, ejecutan ocupaciones de hecho o causan daños en la propiedad privada, con ocasión de un trabajo público. En esta forma la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil. De otro lado, y en oposición a la aplicación que se le ha dado a la ley vigente, la acción sólo se endereza contra las ocupaciones de hecho de la propiedad inmueble y no de los bienes de otra naturaleza".

Y el artículo 264 ibidem, es de este tenor:

"En la demanda se deberá expresar: el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, y el monto de la indemnización que se reclama".

De las anteriores transcripciones se deduce claramente que las condiciones axiológicas para el éxito de la acción de indemnización por trabajos públicos son estas: 1ª la realización del trabajo público; 2ª la propiedad de la parte demandante sobre el inmueble afectado por el trabajo públi-

co; y, 3ª la demostración del perjuicio o daño y su cuantía.

Consideraciones de la Sala

No puede remitirse a duda, y el Ministerio Público lo acepta, que están plenamente establecidos los siguientes hechos:

1º Que la demandante señora Silena Sardi de Tenorio es titular del derecho de dominio del inmueble denominado "Palmaseca" que se determina en la demanda y de cuya ocupación parcial con los trabajos públicos se derivan los perjuicios demandados;

2º Que la Nación – Ministerio de Obras Públicas – por conducto de las Compañías Contratistas denominadas "Raymond Concrete Pile Co. of South America" y "Contratistas y Constructores Ltda." ordenó e hizo ejecutar sobre la zona ocupada los trabajos de la carretera llamada recta Cali-Palmira; y

3º El perjuicio que con tales trabajos y ocupación se le causó a la actora.

Los hechos anteriores fueron acreditados así:

a) El primero, con la copia debidamente registrada de la escritura número 2.128 de 29 de diciembre de 1943 de la Notaría tercera del Circuito de Cali, que fue traída con la demanda y que figura a folios 3 a 6 de este expediente, ya que de dicho instrumento resulta que la demandante señora Sardi de Tenorio adquirió la mencionada finca de "Palmaseca", de la que hace parte la zona ocupada por la Nación con los trabajos públicos relacionados, por adjudicación que de ese inmueble se le hizo en el juicio de sucesión testada del señor Aurelio Sardi G., y la suficiencia de tal título se encuentra establecida con el certificado visible a folios 9 y 10, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Palmira, traído también con la demanda.

b) El segundo hecho —la ejecución o realización del trabajo público— se halla demostrado, como lo observa el señor Fiscal, con estos elementos: 1º Con la copia del plano levantado por el Ingeniero doctor Oscar Rizo del área del lote que comprende la hacienda de "Palmaseca" (fl. 43); con los respectivos contratos celebrados con las mencionadas compañías "Raymond Concrete Pile Co. of South America" y "Contratistas & Constructores Ltda.", que corren publicados en los Diarios Oficiales acompañados al libelo; 3º Con el cuadro de áreas de zonas ocupadas por la carretera directa Cali-Palmira, que se trajo igualmente con el libelo (fl. 8); 4º Con las declaraciones rendidas por los testigos Cristóbal Caicedo, Víctor Piedrahita Castro, Julio Hernando Racines B., Arcadio Muñoz, Miguel Vicente Nieto y Luis Holguín Sarasty, testimonios producidos durante el término de prueba; 5º Con la diligencia de inspección ocular practicada durante el término probatorio del juicio por el Consejero ponente, asociado del señor Fiscal colaborador, de peritos y demás personal que relaciona el acta respectiva; 6º Con el dictamen rendido por los expertos; y, 7º Con los certificados oficiales visibles al folio 73 frente y vuelta.

En el acta que relaciona la mencionada diligencia de inspección ocular (fls. 39 vt. a 42), se lee: "...En seguida —después de identificarse el inmueble— el personal de la diligencia, previas las medidas con decámetro, los recorridos y exámenes pertinentes, pudo verificar la existencia de los siguientes hechos: 1º Que por el sitio donde se está practicando la diligencia fue construida la carretera llamada "Recta Cali-Palmira", atravesando la referida hacienda de "Palmaseca", de propiedad de la demandante señora Silena Sardi de Tenorio; 2º Que la zona ocupada en ese sector de la Nación está cercada con postes de cemento y alambre; 3º Que la anchura de la calzada de la carretera en el sitio en referencia es de diez metros; 4º Que la anchura de la zona ocupada por la Nación, midiendo de cerca a cerca, es de cien metros...".

Los certificados oficiales del folio 73 f. y vt. reafirman la ocupación por parte de la Nación de la zona de terreno de que se acaba de hablar, con un área total de 179.948 m2, "según el cuadro de áreas de las zonas ocupadas elaborado por el Interventor de la Obra".

Y los testigos Cristóbal Caicedo Isaacs, Luis Holguín Sarasty, Julio Hernando Racines B., Arcadio Muñoz, Miguel Vicente Nieto H. y Víctor Piedrahita Castro, quienes manifiestan conocer directa y personalmente, por su situación y linderos, la hacienda denominada de "Palmaseca", de propiedad de la demandante señora Sardi de Tenorio, declaran constarles, por haberlos visto y presenciado, los trabajos públicos, las ocupaciones y los daños a que se alude en la demanda con que se inició el presente juicio y que se evidenciaron en el acto de la referida diligencia de inspección ocular;

c) El hecho tercero —el daño o perjuicio ocasionado a la demandante con el trabajo público

de que se trata se halla también plenamente demostrado con los mismos elementos relacionados en el ordinal anterior. Si a la actora señora Sardi de Tenorio se le ocupó de hecho una zona de cabida total de 28 fanegadas y un cuarto de fanegada como se dice en la petición **Primera** de la demanda para la construcción de la carretera "Recta Cali-Palmira", cabida total ésta que fue la ocupada en realidad según lo acepta el Ministerio de Obras Públicas en su certificado del folio 73 frente, y lo establecieron los peritos mediante las correspondientes medidas tomadas en el acto de la diligencia de inspección ocular; si por razón del trabajo público realizado la demandante se ha visto en la necesidad de verificar algunas obras en defensa de su propiedad contra las inundaciones del río Bolo, etc., es apenas lógico estimar que con tales hechos se le causaron a la actora los perjuicios consiguientes que la Nación debe indemnizarle.

Están, pues, debidamente establecidas en los autos las tres condiciones axiológicas requeridas por la ley para la prosperidad de la acción, en lo pertinente.

Ahora bien, como se ha visto, cinco son los renglones o factores que el señor apoderado de la demandante precisa en el libelo como generadores de los perjuicios demandados:

1º Valor de la zona ocupada por la Nación con el referido trabajo público, "y que representa el daño emergente";

2º Los intereses legales de dicho valor desde el 15 de junio de 1952 hasta el día del pago, intereses que se dice en la demanda, representan el lucro cesante;

3º "El precio de todos los materiales de construcción y préstamos de tierras que fueron extraídos de la hacienda "Palmaseca" de propiedad de la actora y destinados para el acondicionamiento y relleno de la banca de la carretera en referencia";

4º "El monto total de la desvalorización ocasionado por la construcción de dos profundas excavaciones de 40 metros de anchura por 7 metros de profundidad y 1.550 metros de longitud en frente a cada una de las dos mitades en que fue partida la hacienda de 'Palmaseca', de propiedad de la actora"; y

5º "El reembolso de los dineros invertidos por la actora para contener las aguas que provenientes del río Bolo penetran a aquellos canales y van a inundar la mencionada hacienda".

El monto de los perjuicios

El señor apoderado de la parte actora pidió oportunamente que por medio de peritos se justipreciaran los prevenientes de cada uno de los renglones o factores acabados de puntualizar. Decretada la prueba, fueron designados como expertos los doctores Dolcey Garcés Molina por parte de la demandante, Gonzalo Gaitán por parte de la Nación y Edilberto Arévalo Correal, perito tercero, quienes acompañaron al personal de la diligencia en la inspección ocular y rindieron oportunamente su dictamen, extendiéndolo en una sola declaración por estar de acuerdo, así:

"En nuestra calidad de peritos con que hemos sido honrados en el juicio de la referencia, procedemos a rendir nuestro dictamen, luego de haber celebrado numerosas conferencias y habiendo tenido en cuenta la minuciosa inspección ocular practicada por el honorable Consejero Sustanciador en el predio de la demandante el día 9 de julio pasado.

"Contestaremos una a una y por separado, las preguntas que nos han formulado, tanto el doctor César Castro Perdomo, apoderado de la demandante, como el doctor Justo Franco, Fiscal Primero del Consejo de Estado.

"Preguntas del apoderado de la demandante

"1º—Comprobar o calcular el valor comercial de aquella zona de 124.218 mts.2, ocupada por la Nación para el fin antes indicado, en la época o período en que se llevó a cabo la ocupación material por parte de la Nación, y también evaluar esa zona teniendo en cuenta el valor comercial de la misma".

"Contestamos:

"Hemos puesto la mayor atención para hacer este justiprecio y estuvimos averiguando en las Notarías de Palmira y en la Oficina de Registro de la misma ciudad las compraventas que se hubieran hecho en lugares aledaños al predio de la señora Sardi de Tenorio y muy pocos datos pudimos obtener, porque según los Notarios y el Registrador son muy pocas las operaciones de finca raíz que se verifican en esa determinada región. Según ellos los dueños de terrenos aprecian dichos predios y no suelen venderlos. Sin embargo con el Gobierno Nacional se han hecho algunas operaciones y el precio por fanegada oscila entre tres mil y tres mil quinientos pesos. La hacienda de la señora de Tenorio está desti-

nada exclusivamente a la ganadería (hato y levante de ganados, principalmente). Según nuestro concepto personal y los datos que para mejor acertar pudimos obtener de personas entendidas de la región, dada la situación topográfica de la finca, sus pastos, aguas, etc., consideramos, dando un avalúo por unidad, que la fanegada vale actualmente a tres mil doscientos pesos ($ 3.200). Desde luego desde la fecha de la ocupación por el Gobierno de la zona ocupada por la carretera recta Cali-Palmira por la Nación (junio de 1952) a esta parte, los terrenos han adquirido una notable valorización y consideramos que en 1952 el precio por fanegada era de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800.00).

"2º — Comprobar las dimensiones de la zona ocupada por la Nación colombiana, dentro de los predios de la actora, para construir la recta Cali-Palmira, y si efectivamente dicha zona tiene una extensión superficiaria de 124.218 metros cuadrados, si se tiene en cuenta que las dimensiones son las siguientes: 'Por el Norte, mide la zona 1.548 metros, y linda con 'Palmaseca', ya citada como de propiedad de la actora: el sur mide 1.595 metros, y linda con predios de la actora; por el Oriente, mide más o menos 125 metros, y linda con la finca de la señora Hilda Sardi de Garrido, actualmente ocupada esa zona con la misma carretera; y por el Occidente, mide unos 110 metros, y linda con la finca de Carmen García v. de Sardi, actualmente ocupada esa zona con la misma carretera'.

"Contestamos:

"Para obtener la cabida exacta de la zona ocupada por la Nación en el acto de la diligencia personalmente medimos con un decámetro la anchura y con el espirómetro de un automóvil en correcto funcionamiento medimos la longitud en el eje de la carretera. Igualmente en la Oficina de Interventoría Nacional de la obra Cali-Palmira, habiendo examinado los planos y demás papeles obtuvimos el resultado exacto de la cabida que es el siguiente: ciento setenta y nueve mil novecientos cuarenta y ocho metros cuadrados (179.948 mtrs.2) que reducidos a fanegadas da veintiocho fanegadas y cuarto.

"Esta cantidad representa la zona ocupada por la Nación, en el acto de la diligencia personalmente medimos con un decámetro, y que se halla cercada con postes de cemento y alambre de púas. Se verificaron las siguientes dimensiones lineales: por el norte mil ochocientos noventa y siete metros; por el sur, mil seiscientos noventa y cuatro metros; por el oriente, cien metros y por el occidente cien metros, o sea la longitud y la anchura.

"En consecuencia, avaluamos la zona ocupada por la Nación en junio de 1952 en setenta y nueve mil trescientos pesos ($ 79.300.00).

"Avaluamos la misma zona en la actualidad en noventa y dos mil cuatrocientos pesos ($ 92.400).

"3º—Calcular y comprobar la cantidad de materiales de construcción que fueron extraídos por la Nación Colombiana de los predios de la actora, y destinados a rellenar la banca central de la recta Cali-Palmira, y consecuencialmente comprobar el valor comercial de esos materiales de construcción, en la época en que se llevó a cabo la construcción de la carretera en aquel sector.

"Contestamos:

"Como se pudo verificar en el acto de la inspección ocular los materiales únicamente fueron extraídos de la zona ocupada por el Gobierno y no de las partes que han quedado en poder de la señora Sardi de Tenorio. Claramente se observa que de lado y lado de la carretera propiamente dicha, que ocupa un plano notoriamente superior al resto del predio, se hallan huecos bastante profundos llenos de aguas estancadas de donde se extrajo una gran cantidad de tierra para elevar la parte de la carretera al nivel que hoy tiene. Calculamos que se han extraído aproximadamente cuatrocientos ochenta y un mil setecientos ochenta y cinco metros cúbicos, cuyo valor al precio de diez centavos metro cúbico es de cuarenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos con cincuenta centavos ($ 48.178.50).

"Corresponde al Consejo de Estado, y no a nosotros, decidir si el precio que hemos señalado a la tierra movilizada para hacer el terraplén debe reconocerse a la demandante o no, habida consideración de que la tierra se extrajo exclusivamente del lote ocupado por la Nación y que la demandante persigue que se le pague mediante este juicio.

"4º—Comprobar y calcular el monto de los intereses legales devengados por los valores de que tratan los puntos b) y c) del presente cuestionario, desde el 15 de junio de 1952, fecha en que se llevó a cabo la ocupación material de la zona aludida hasta la fecha.

"Contestamos:

"El interés legal es del seis por ciento anual y para deducirlo basta una simple operación aritmética, así: seis por ciento anual del 15 de junio de 1952 al 15 de junio del 54 (dos años) sobre la

cantidad de setenta y nueve mil trescientos pesos ($ 79.300.00). Son nueve mil quinientos diez y seis pesos ($ 9.516.00). El mismo interés en el mismo tiempo sobre la suma de noventa y dos mil cuatrocientos ($ 92.400.00). Son once mil ochenta y ocho pesos ($ 11.088.00). El mismo interés, en el mismo tiempo, sobre cuarenta y ocho mil ciento setenta y ocho con cincuenta ($ 48.178.50). Son cinco mil setecientos ochenta y un peso con dos centavos ($ 5.781.02).

"Estas cantidades representan los intereses sobre el avalúo que hemos dado a la zona en junio de 1952, en junio de 1954 y a la tierra removida para utilizar en la obra.

"6º — Calcular y comprobar el monto total de todas las inversiones que ha tenido que hacer la actora, dentro de sus predios, a fin de prevenirse contra los peligros de las inundaciones ocasionadas por la hechura de aquellas zanjas laterales por las que penetran las aguas del Río Bolo en los inviernos".

"Contestamos:

"Consideramos que un río que discurre por valles o terrenos planos es una amenaza constante de la propiedad ribereña especialmente en los grandes inviernos y los propietarios deben permanentemente estar ejecutando obras de defensa para prevenir inundaciones. Por manera que en el caso de autos con la obra de la carretera o sin ella, los propietarios estaban amenazados de inundaciones y para evitarlas debían tomar las medidas de defensa que la prudencia aconseja. El Consejo decidirá si del costo de estas obras responde o no la Nación. Más adelante diremos en qué consiste el perjuicio que una parte de la finca ha sufrido por la carretera. Mas como se nos pide el avalúo de las inversiones que han hecho los propietarios, manifestamos que según comprobante que hemos tenido a la vista éstas ascienden a la suma de cinco mil setecientos ochenta y un peso sesenta centavos ($ 5.781.60) por concepto de materiales y obra de mano y en esta cantidad avaluamos las inversiones hechas por la demandante en su predio para evitar las inundaciones.

"6º—Calcular y comprobar si la hacienda de 'Palmaseca' de propiedad de la actora, se ha valorizado, o por el contrario se ha desvalorizado con motivo del trabajo público nacional de la recta Cali-Pamira, y consecuencialmente, estimar el monto correspondiente".

"Contestamos:

"La carretera dividió la finca en dos porciones, así: una, de noventa fanegadas aproximadamente que tiene un nivel un poco superior a la otra parte y que comprende la margen derecha de la carretera yendo de Cali a Palmira. La otra porción de la izquierda de la carretera tiene una cabida aproximada de sesenta y ocho fanegadas y un nivel inferior en relación con el lote anterior. Consideramos que la parte superior de la finca ha sufrido una desvalorización, no propiamente por las inundaciones que puede causarle el Río Bolo, a las cuales siempre ha estado expuesta, sino porque en caso de inundación, ya por los desbordes del río, ya por las aguas lluvias simplemente la desecación es mucho más lenta por la obra de la carretera, pues ésta constituye un valladar, tambre o muralla que impide el descenso de las aguas, y de consiguiente la pronta desecación. Este lote un poco más alto tiene aproximadamente unas veinte fanegadas que después de los grandes inviernos permanecerán inundadas la mayor parte del año. Estas circunstancias las hace casi inservibles con pérdida de un setenta por ciento de su valor comercial. Hemos calculado que en su totalidad por esta circunstancia tiene un demérito de ochocientos pesos por fanegada, que en noventa fanegadas aproximadamente sube a setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00) y en esta cifra avaluamos la desvalorización del lote que queda a la derecha de la carretera.

"No sucede lo propio con el otro lote que queda en la margen izquierda de la carretera yendo de Cali a Palmira. La obra de la carretera no estorba en lo más mínimo la pronta desecación en caso de inundaciones. Consideramos que este lote se ha valorizado con la carretera, porque aun cuando es verdad que antes de la obra de la carretera también la finca podía servirse de un camino carreteable y transitable por automóviles, la magnífica carretera que está construyendo la Nación realza el valor de esta parte y consideramos esta valorización a razón de trescientos cincuenta pesos por fanegada, que en un total aproximado de sesenta y ocho fanegadas da un total de veintitrés mil ochocientos pesos ($ 23.800) cifra en la cual avaluamos esta valorización.

"No consideramos que el fraccionamiento total de la finca por la carretera implique un perjuicio para su dueña, porque de lado y lado le quedan dos predios de muy buena cabida y sin problemas de aguas y comercialmente y en caso de que se quisiera vender el predio, es más fácil, como es obvio, venderlo en dos fracciones separadas que en una sola, porque para predios pe-

queños el número de compradores es mayor y por virtud de la ley de la oferta y la demanda éstos adquieren un mayor precio.

"Preguntas del señor Fiscal:

"a) Que los señores peritos tomen informes en la Notaría o Notarías de la misma ciudad de Palmira, acerca del valor de las transacciones de terrenos aledaños al predio de la demandante, y también el precio por fanegada.

"Contestamos:

"Como ya lo advertimos a las preguntas formuladas al apoderado de la demandante hicimos una minuciosa búsqueda en las Notarías y en la Oficina de Registro de la ciudad de Palmira, sin que encontráramos en ellas mayores datos sobre transacciones de compraventa de finca raíz de la región respectiva porque, repetimos, tanto los Notarios como el Registrador nos manifestaron que en estos sectores los dueños de predios no los venden. Unicamente encontramos algunas informaciones sobre arreglos con propietarios a quienes se les iban a expropiar terrenos con destino al aeropuerto internacional que el Gobierno está construyendo en la región. El precio por fanegada ha sido arreglado entre tres mil y tres mil quinientos pesos.

"b) 'Que determinen los peritos cuál es el precio de valorización del inmueble de la demandante, en razón de los trabajos de la carretera recta Cali-Palmira'.

"Contestamos:

"También ya ha quedado respondida esta pregunta.

"Hemos considerado que de los dos lotes en que quedó dividida la finca el que ocupa un plano superior y que es el que queda a la derecha de la carretera yendo de Cali a Palmira, que nos permitimos llamar lote A, no ha experimentado valorización con la obra, sino por el contrario desvalorización, porque la represa que implica la carretera hace más difícil la desecación de las aguas después de los grandes inviernos, pues ella cortó, por así decirlo, el nivel natural del terreno. Esta desvalorización la apreciamos a razón de ochocientos pesos por fanegada, pues una parte de la finca de alguna consideración permanecerá inundada la mayor parte del año y consiguientemente inservible durante este tiempo. El segundo lote que queda a la izquierda de la carretera yendo de Cali a Palmira, que llamaremos lote B, consideramos que sí ha experimentado una valorización con la carretera, porque en vez del antiguo camino, que aunque permitía el tránsito de automóviles, era muy deficiente, tendrá hoy una magnífica carretera. Hemos considerado para este segundo lote una valorización de trescientos cincuenta pesos por fanegada.

"c) 'Que los peritos establezcan si las inundaciones que se observan en la zona que se afirma ocupó la carretera han afectado el resto de la finca de la demandante'.

"Contestamos:

"Como ya lo advertimos de lado y lado de la carretera propiamente dicha la Nación extrajo una gran cantidad de tierra que utilizó para levantar el nivel de la calzada. Estas partes se hicieron consiguientemente más bajas y permanecen inundadas. Creemos que a estas dos zonas, por su nivel inferior, se desplazarán en gran parte las aguas del resto del predio. Estimamos que la obra en general del Gobierno ha causado un demérito para el lote A, por cuanto retarda el pronto desecamiento de las aguas lluvias y de las que puede desbordar el río Bolo, las cuales tendrán que desecarse por el proceso de la evaporación. Este perjuicio ya lo hemos avaluado.

"Preguntas del señor Consejero Sustanciador:

"'Que los peritos dictaminen acerca de la luz del puente de la carretera sobre el Río Bolo en relación con el nivel de las aguas de este río'.

"Contestamos:

"En general consideramos que la luz del puente es bastante para dar evasión a las aguas. Quizá en los grandes inviernos y grandes avenidas del río pudiera constituir una represa para las aguas.

"Conclusiones

"Avaluamos la zona ocupada por la carretera en la época de la ocupación en la suma de setenta y nueve mil trescientos pesos.....$	79.300.00
"Avaluamos la misma zona en la actualidad en la suma de noventa y dos mil cuatrocientos pesos	92.400.00
"Avaluamos la tierra extraída por el Gobierno del predio por él ocupado en la suma de cuarenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos cincuenta centavos	48.178.50
"Avaluamos las inversiones que ha hecho la demandante a manera de defensa de su propiedad contra las inun-	

duciones del río, traslado del molino, etc., en cinco mil setecientos ochenta y un pesos sesenta centavos moneda corriente ..... 5.781.60)

"Avaluamos el demérito del predio A. por virtud de la obra en setenta y dos mil pesos 72.000.00

"Avaluamos la valorización que ha experimentado con la misma obra el predio B. en veintitrés mil ochocientos pesos ..... 23.800.00"

El anterior dictamen fue puesto oportunamente en conocimiento de las partes y como no fuera objetado, cabe entender que éstas lo hallaron suficiente, como que el traslado se surtió sin la menor observación, y, por lo demás, el experticio resulta fundado y debidamente explicado. En presencia de esta pieza probatoria pasa la Sala a establecer la procedencia o improcedencia de cada uno de los distintos valores demandados en el libelo, examinándolos en el orden en que vienen planteados.

— a —

"La suma de **ciento veinticuatro mil doscientos diez y ocho pesos en moneda legal colombiana** ($ 124.218.30), a la que resulte de justa tasación de peritos designados legalmente, como precio de 124.210 metros cuadrados, cabida total de la zona ocupada por la Nación, y valor que representa el daño emergente sufrido por la actora".

El terreno de la demandante ocupado por la Nación con los trabajos públicos de que aquí se trata, o sea con la carretera denominada "Recta Cali-Palmira", equivale a una zona que tiene una extensión superficiaria de ciento setenta y nueve mil novecientos cuarenta y ocho metros cuadrados (179.948 m.2) que reducidos a fanegadas da veintiocho y cuarto. Esta es la cabida que, previas las correspondientes medidas, obtuvieron y comprobaron los peritos en el acto de la diligencia de inspección ocular; la que los mismos expertos evidenciaron "mediante el examen de los planos y demás papeles en la Oficina de Interventoría Nacional de la Obra Cali-Palmira"; la que se precisa en el "Cuadro de Areas de Zonas Ocupadas en la Carretera Directa Cali-Palmira", elaborado por el Interventor de la Obra y visible al folio 8, en dos partidas así: 148.450 m.2 y 31.498 m.2, que suman 179.948 m.2; finalmente, la que acepta expresamente el señor abogado jefe de la Sección Jurídica del Ministerio de Obras Públicas en su certificado que figura al folio 73.

Por manera que el precio de esta precisa zona de extensión superficiaria de 179.948 m.2 ocupada por la Nación con la precitada carretera, es el que debe pagar la misma entidad como valor del daño emergente causado a la demandante.

Los peritos asignaron a la aludida zona dos justiprecios: uno, en la cantidad de $ 79.300.00 para la época de la ocupación, o sea en junio de 1952; y el otro, para el día en que fue rendido el dictamen (4 de agosto de 1954). De estos dos avalúos la Sala ha de acoger, como en efecto acoge, el primero, porque la constante e invariable doctrina es la de que en casos de condena en acción por indemnización por daños y perjuicios resultantes por ocupación de hecho o por la realización de trabajos públicos por parte de las entidades oficiales, el valor de la indemnización por concepto de daño emergente sólo puede referirse al precio de las cosas destruídas, dañadas u ocupadas el día de la destrucción, ocupación o daño, toda vez que los rendimientos posteriores que hubieran podido obtener esas mismas cosas englobarían dentro de los factores que configuran el otro extremo del perjuicio o sea el lucro cesante.

El experticio, en cuanto hace con el avalúo que acoge la Sala, hace plena prueba al particular, a términos del artículo 721 del C. J., por haber sido rendido uniformemente tanto por los peritos principales como por el tercero y, además, por hallarse debidamente explicado y fundamentado.

Se impone, pues, condenar a la Nación a pagar a la actora señora Silena Sardi de Tenorio la expresada suma de $ 79.300.00 fijada por los peritos como valor de la zona en la época de su ocupación por la entidad oficial.

— b —

"Los intereses legales de la cantidad a que ascienda la condena precedente, y los cuales deberán computarse desde el 15 de junio de 1952, hasta cuando la Nación Colombiana pague a la actora, el valor integro de la zona destinada a aquella vía pública, y valor que representa el **lucro cesante** sufrido por la demandante".

Dispone el artículo 1613 del C. C. que "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante". Por lucro cesante, según voces del artículo 1614 ibidem, se entiende

la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho generador del daño.

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia fechada el tres de agosto de 1949, comentando estos particulares expresó:

"Lucro o logro, del latín **lucrum**, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es **lucrativa** cuando produce rendimiento a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

"Entendido así el **lucro**, la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidad. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa dejo de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde". (G. J. Tomo LXVI, pág. 589).

Y la Sala de Casación Civil en sentencia de 19 de julio de 1943, dijo:

"Ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del C. J., la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fija como monto del daño emergente". (G. J. Tomo LV, pág. 598).

En casos como el presente, teniendo en cuenta que como principio general constitucional el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una por perjuicios sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de los intereses solicitados a la rata legal.

— c —

"El precio de todos los materiales de construcción, y préstamos de tierras, que fueron extraídos de la hacienda 'Palmaseca', de propiedad de la actora, y destinados para el acordicionamiento y relleno de la banca de la carretera en referencia, cuya cuantía sobrepasa de $ 50.000.00 m. l., pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal".

Como lo anotan los peritos y se pudo verificar en el acto de la inspección ocular, con expresa aceptación del señor apoderado de la demandante, de lado y lado de la carretera propiamente dicha, que ocupa un plano notoriamente superior al resto del predio, se extrajo una gran cantidad de tierra para elevar la parte de la carretera al nivel que hoy tiene, cantidad de tierra que los expertos calculan en 481.785 metros cúbicos aproximadamente, "cuyo valor al precio de diez centavos metro cúbico es de cuarenta y ocho mil ciento setenta y ocho con cincuenta centavos (48.178.50)".

Mas, por este concepto **no hay lugar** a hacer la condenación pedida, en primer término, porque como claramente lo exponen también los peritos y lo observó el personal que intervino en el acto de la diligencia de inspección ocular, con expresa aceptación del apoderado de la parte actora, toda la tierra extraído para elevar la parte de la carretera al nivel que hoy tiene, fue tomada exclusivamente de la zona ocupada por la Nación "sin tocar para nada con el resto de la finca de la demandante"; y en segundo lugar, porque como consta en el acta de la diligencia de inspección ocular, el señor apoderado de la demandante, con anuencia de ésta, manifestó que prescindía de la solicitud formulada en el ordinal g) del punto segundo del memorial de pruebas tendiente a establecer "Si existen rastros igualmente dentro del resto de la hacienda de "Palmaseca", por los cuales se puede deducir que de allí se han extraído también materiales de construcción para el relleno de la vía".

— d —

"El monto total de la desvalorización ocasionada por la construcción de aquellas excavaciones o canales ya citados, y que demeritan la hacienda 'Palmaseca', de propiedad de la actora, alinderada como se indica en los hechos del libelo, a causa de los dos canales (zanjas) de 40 metros de anchura por 7 metros de profundidad, y unos 1.550 metros de longitud, construídos por la Nación Colombiana, en frente a la citada hacienda, con ocasión del trabajo público antes referido, y cuya cuantía deberá ser tasada en forma justa por peritos designados legalmente".

En relación con este factor se estableció en el acto de la diligencia de inspección ocular lo siguiente: "5º Que a ambos lados de la calzada o banca central de la carretera, yendo de Cali a Palmira, existen profundas excavaciones (no zanjas), que van paralelamente a esa banca central, aislando la hacienda de 'Palmaseca' de tal carre-

te a: 6º Que dichas excavaciones están actualmente llenas de aguas estancadas y en estado de descomposición; 7º Que existen rastros por los cuales se puede deducir que las mismas excavaciones fueron recientemente hechas, extrayéndose tierra para rellenar la banca central de la carretera mencionada... e) Que de la pared sur del talud o tambre construido en la margen derecha del río Bolo y de que antes se habló, hacia el costado oriental, existe una excavación de unos cuatro metros del nivel de la carretera y de unos dos metros del nivel del tambre, excavación que se extiende casi a todo lo largo de la carretera en la parte de la referida hacienda, según se ha observado a través de toda la diligencia; f) Que a lo largo de la excavación ya mencionada y en sus contornos, contigua al tambre indicado, existe arena y tierra húmeda como rastros inequívocos de la entrada de parte de las aguas del río Bolo a la expresada finca; g) Que en el potrero de la hacienda que queda en la margen derecha de la zona ocupada, yendo de Cali a Palmira, en la parte aledaña a dicha zona y al río Bolo, existen pantanos cuyo origen y procedencia queda al estudio de los señores peritos; y, h) Que a todo lo largo de la carretera en cuestión, dentro de la aludida hacienda, no existen cunetas, drenajes ni obras de arte de ninguna clase que faciliten el libre curso de las aguas que en época de invierno escurren de la carretera".

Como se ha visto antes, al transcribir el dictamen pericial, los expertos, en orden a regular el monto de la **valorización** o **desvalorización** del inmueble de la demandante, consideran y estudian estos factores teniendo en cuenta, por separado, las dos partes en que fue dividida la finca por la obra pública, denominando lote A. "el que ocupa un plano superior y que es el que queda a la derecha de la carretera yendo de Cali a Palmira", y lote B. "el que queda a la izquierda de la carretera yendo de Cali a Palmira". Asignan al primer lote una **desvalorización** igual en pesos a $ 72.000.00; y al segundo una **valorización** de $ 23.400.00, justiprecio que los señores peritos fundamentan en las distintas circunstancias que anotan al particular en el respectivo escrito y que conviene transcribir de nuevo:

"La carretera dividió la finca en dos porciones, así: una, de noventa fanegadas aproximadamente que tiene un nivel un poco superior a la otra parte y que comprende la margen derecha de la carretera yendo de Cali a Palmira. La otra porción de la izquierda de la carretera tiene una cabida aproximada de sesenta y ocho fanegadas y un nivel inferior en relación con el lote anterior. Consideramos que la parte superior de la finca ha sufrido una desvalorización, no propiamente por las inundaciones que puede causarle el Río Bolo, a las cuales siempre ha estado expuesta, sino porque en caso de inundación, ya por los desbordes del río, ya por las aguas lluvias simplemente la desecación es mucho más lenta por la obra de la carretera, pues ésta constituye un valladar, tambre o muralla que impide el descenso de las aguas, y de consiguiente la pronta desecación. Este lote un poco más alto tiene aproximadamente unas veinte fanegadas que después de los grandes inviernos permanecerán inundadas la mayor parte del año. Estas circunstancias las hace casi inservibles con pérdida de un setenta por ciento de su valor comercial. Hemos calculado que en su totalidad por esta circunstancia tiene un demérito de ochocientos pesos por fanegada, que en noventa fanegadas aproximadamente sube a setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00) y en esta cifra avaluamos la desvalorización del lote que queda a la derecha de la carretera.

"No sucede lo propio con el otro lote que queda en la margen izquierda de la carretera yendo de Cali a Palmira. La obra de la carretera no estorba en lo más mínimo la pronta desecación en caso de inundaciones. Consideramos que este lote se ha valorizado con la carretera, porque aun cuando es verdad que antes de la obra de la carretera también la finca podía servirse de un camino carreteable y transitable por automóviles, la magnífica carretera que está construyendo la Nación realza el valor de esta parte y consideramos esta valorización a razón de trescientos cincuenta pesos por fanegada, que en un total aproximado de sesenta y ocho fanegadas da un total de veintitrés mil ochocientos pesos ($ 23.800.00) cifra en la cual avaluamos esta valorización.

"... ... ...

"Hemos considerado que de los dos lotes en que quedó dividida la finca el que ocupa un plano superior y que es el que queda a la derecha de la carretera yendo de Cali a Palmira, que nos permitimos llamar lote A. no ha experimentado valorización con la obra, sino por el contrario desvalorización, porque la represa que implica la carretera hace más difícil la desecación de las aguas después de los grandes inviernos, pues ella cortó, por así decirlo, el desnivel natural del te-

rreno. Esta desvalorización la apreciamos a razón de ochocientos pesos por fanegada, pues una parte de la finca de alguna consideración permanecerá inundada la mayor parte del año y consiguientemente inservible, durante este tiempo. El segundo lote que queda a la izquierda de la carretera yendo de Cali a Palmira, que llamaremos lote B, consideramos que si ha experimentado una valorización con la carretera, porque en vez del antiguo camino, que aunque permitía el tránsito de automóviles, era muy deficiente, tendrá hoy una magnífica carretera. Hemos considerado para este segundo lote una valorización de trescientos cincuenta pesos por fanegada".

Al estudiar el dictamen pericial observó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que los peritos no fueron lo suficientemente claros y explícitos en relación con la desvalorización del lote A, que los mismos justiprecian en la cantidad de $ 72.000.00, pues a tiempo que los expertos parece daban a entender en el primero de los pasajes acabados de copiar que las veinte fanegadas que indican como las inundables eran las que sufrían el demérito de $ 800.00 por unidad, hacían, sin embargo, extensivo el mismo demérito a las setenta fanegadas restantes del aludido lote A. Y de ahí que para aclarar este punto oscuro y dudoso optara la Sala por autorizar al H. Consejo ponente para que mediante auto para mejor proveer pidiera a los peritos la pertinente aclaración, lo que en efecto hizo por medio del proveído que inmediatamente y cuyos apartes pertinentes dicen:

"Como se nota, estiman los peritos que el lote a que vienen refiriéndose "tiene aproximadamente unas veinte fanegadas que después de los grandes inviernos permanecerán inundadas la mayor parte del año. Estas circunstancias las hace inservibles con pérdida de un setenta por ciento de su valor comercial". (Subraya el Consejo).

"Con base en este considerando, al apreciar los expertos el quantum del perjuicio "por demérito", lo fijan en la suma de ochocientos pesos por fanegada; luego, al reducir a cifra numérica el valor del perjuicio por el hecho en cuestión, concluyen manifestando que todo el lote —las noventa fanegadas— tiene el mismo demérito, o sea el de $ 800,00 cada una, lo que da un total igual a $ 72.000.00, cifra en que avalúan la desvalorización del expresado lote.

"Se hace necesario, consiguientemente, que los peritos expliquen con mayor claridad y fundamento su concepto en relación con este particular, pues no ve la Sala clara la conclusión de que siendo sólo veinte fanegadas las inundables, el demérito lo reciban por igual las restantes, o sea el lote en general".

En cumplimiento de la anterior disposición los peritos principales y el tercero, doctores Dalcy Garcés, Gonzalo Caitán y Edilberto Arévalo Correal, expusieron oportunamente:

"Quizá no fuimos lo suficientemente claros al fijar los fundamentos de nuestro dictamen y razón tiene el Consejo de exigirnos aclaración.

"El lote de noventa (90) fanegadas situado sobre la margen derecha de la recta Cali-Palmira, yendo de la primera a la segunda de las nombradas ciudades, sufrió en nuestro concepto un perjuicio con la construcción de la carretera porque esta carretera que ocupa un nivel mucho más alto del predio de la demandante, impide la pronta desecación de las inundaciones que en general sufre toda la parte de este predio, ya por los desbordes del Río Bolo, ya por el apozamiento de las aguas lluvias. Pero las noventa fanegadas a que nos hemos referido no demora igual tiempo en desecarse, porque el terreno tiene partes más altas, que secan primero, y partes más bajas, que demoran mucho tiempo en secar.

El predio no es completamente plano, sino que tiene altibajos y hondonadas.

"Las 20 fanegadas a que nos hemos referido constituyen o forman la parte más baja y decimos que son casi "inservibles", porque tomadas aisladamente no tendrían mercado. Nadie compraría estas 20 fanegadas sino a un precio muy bajo (un 30% del valor comercial de las de la región), porque si se destinan a la ganadería, sólo serían utilizables durante tres meses del año, aproximadamente, y para la agricultura serían de imposible utilización, porque mientras llega el tiempo de la recolección de frutos, un nuevo invierno hace perder la cosecha.

"Las 70 fanegadas restantes del lote ya mencionado sufren un perjuicio aunque en escala muchísimo menor. Para dar nuestro avalúo del perjuicio sufrido por la totalidad del globo en referencia, tuvimos en consideración que veinte fanegadas se demeritan en un setenta por ciento y el resto en un diez y seis por ciento en promedio aproximadamente. Estos porcentajes, y dados los precios unitarios de los predios rústicos en la región, como lo expusimos al principio de nuestro dictamen, arroja para el globo total, es decir para las 90 fanegadas un decrecio en promedio de ochocientos pesos ($ 800.00) por unidad, que multiplicados por 90, o sea por el número de fane-

gadas, arrojan la suma de setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00), en que fijamos el demérito o desvalorización del globo que queda en la margen derecha de la carretera".

No considera la Sala suficiente la explicación anterior para fundamentar una condena por depreciación o desvalorización que abarque la totalidad de las 90 hectáreas del lote en referencia.

A) Porque en su primero y principal dictamen los expertos fueron terminantes al manifestar que la zona inundable en este lote lo era tan sólo una de veinte (20) fanegadas. Dijeron así: "Consideramos que la parte superior de la finca ha sufrido una desvalorización, no propiamente por las inundaciones que pueda causarle el Río Bolo, a las cuales siempre ha estado expuesta, sino porque en caso de inundación (Subraya la Sala), ya por los desbordes del río, ya por las aguas lluvias simplemente la desecación es mucho más lenta por la obra de la carretera, pues ésta constituye un valladar, zanbre o muralla que impide el descenso de las aguas, y de consiguiente la pronta desecación. **Este lote más alto tiene aproximadamente unas 20 fanegadas que después de los grandes inviernos permanecerán inundadas la mayor parte del año**". (Subrayas de la Sala).

B) Porque de acuerdo con lo directamente observado por el H. Consejero que practicó la inspección ocular y lo dicho en su demanda por el actor, la parte que permanece inundada durante casi todo el año es tan sólo la ocupada por la zanja abierta al pie de la carretera y que, como se vio, se encuentra en los terrenos ocupados por la Nación cuyo valor le será indemnizado a la actora de acuerdo con lo dicho anteriormente. Las veinte —20— fanegadas de que hablan los peritos se inundan únicamente "después de los grandes inviernos", y la desvalorización la deducen tan sólo de esta circunstancia.

De lo anterior se desprende que las veinte (20) fanegadas inundables, y con mayor razón las setenta (70) restantes de ese lote, podrán ser utilizadas por los propietarios en forma permanente, con la única excepción de las épocas de grandes inviernos.

Se tiene, así, que la desvalorización del lote en referencia se reduce a la producida por "la más lenta desecación" de veinte -20- fanegadas en "caso de inundación" (F. 50 C. Nº 1).

En cuanto al monto de esta desvalorización, los expertos la avalúan en $ 800.00 por fanegada; para ello parten del principio de que "son casi inservibles" pues "sólo serían utilizables durante tres meses en el año aproximadamente".

Pero en el expediente no existe prueba alguna de que los grandes inviernos y las inundaciones se presenten en esa región todos los años, ni los expertos expresan tampoco la razón que les haya podido servir de fundamento para calcular en nueve -9- los meses del año en que las veinte -20- fanegadas inundables se hagan inservibles. En estas circunstancias, las afirmaciones de los peritos resultan infundadas en este punto, pues los grandes inviernos y las inundaciones no son fenómenos que se produzcan periódicamente, ni mucho menos todos los años. Lo único que la experiencia enseña es que todos los años se presenta una época de invierno, pero no de grandes inviernos. Mas como, de otro lado, no puede descartarse la posibilidad de que se presenten inundaciones y consecuentemente la lenta desecación de veinte -20- fanegadas, la Sala considera que debe reconocerse la existencia de un daño por este concepto. Sólo que la cuantía señalada por los peritos habrá también de reducirse, para lo cual la Sala, si bien parte del valor de $ 800.00 señalado por los peritos como desvalorización por cada fanegada, estima que esta desvalorización no se ha producido sino sobre las veinte -20- inundables y que como las inundaciones no son anuales, tampoco puede aceptarse que tales fanegadas se hagan inservibles durante nueve -9- meses de todos los años. En estas condiciones, ha considerado también equitativo fijar como promedio el de tres meses durante cada año la probable inundación anual y consecuentemente reducir a una tercera parte la indemnización por este factor. Se tiene así que el perjuicio que habrá de reconocerse se computará solamente sobre veinte -20- fanegadas y a razón de $ 266.66 por cada una de ellas, lo que arroja un total de $ 5.333.20, suma en la cual se fija la desvalorización de que trata el aparte d) de la petición segunda de la demanda. Esta condena se hace por las razones expuestas y además porque en el acto mismo de la diligencia de inspección ocular se evidenció por el personal de la misma la existencia de estos otros hechos:

"a) Que con la construcción de la precitada se dividió el inmueble en cuestión en dos partes o porciones impidiendo la entrada de la carretera a la hacienda de que se viene hablando, pues la finca era una unidad y por la ocupación y la calzada se impidió la libre comunicación dentro del inmueble, ...a) Que la hacienda de "Palmaseca", fuera de la recta Cali-Palmira, tiene otra vía carreteable de acceso que se llama "Callejón de "Palmaseca" que se une en el punto denominado "Caserío del Bolo" a la carretera central Boliva-

riana que va a Buenaventura, y que, por consiguiente, la nombrada hacienda, antes de la construcción de la recta Cali-Palmira, tenía acceso carreteable a Cali y Palmira; b) Que parte de las corralejas correspondientes a las dependencias de la hacienda donde está instalado el ordeño, situadas en la margen derecha de la nombrada carretera yendo de Cali a Palmira, fueron ocupadas por la zona de la carretera; c) Que asimismo, la zona donde se hallaba un molino de viento para para sacar aguas, cuyos rastros de existencia fueron verificados, también quedó ocupada por aquella zona; que ese molino tuvo que trasladarse a otro sitio, a la margen izquierda de la recta Cali-Palmira".

— e —

"El reembolso de los dineros invertidos por la actora para contener las aguas que provenientes del Río Bolo, penetran en aquellos canales ya aludidos (zanjones o excavaciones), y van a inundar la hacienda de la actora, y cuya cuantía será la que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal".

En relación con este renglón se estableció en la diligencia de inspección ocular lo siguiente: "9º En relación con las obras de defensa a que se refiere el ordinal 1) de la respectiva petición de la prueba que se esta practicando, se estableció que a una distancia de doce metros, más o menos, del muro del puente sobre el río Bolo, hacia el costado sur de la carretera, existe un talud o tambre en la margen derecha de dicho río, de unos siete metros de largo por uno y medio de ancho aproximadamente, que fue construído por la demandante en guadua y tablones de madera y tierra pisada con el fin de evitar la entrada de las aguas de tal río a la referida hacienda".

De otro lado, los testigos que declararon en el juicio, expusieron constarles, por haberlo visto y presenciado, que la señora Sardi de Tenorio ha tenido que hacer obras de defensa contra las inundaciones que producen las crecientes del río Bolo, entrando las aguas desbordadas por las excavaciones o chambas hechas por la Nación a los lados de la carretera.

Los peritos avalúan en $ 5.781.60 las inversiones hechas por la demandante en su predio para evitar inundaciones provenientes del río Bolo, pero sugieren que de tales inversiones no debe responder la Nación, porque dicen, "un río que discurre por valles o terrenos planos es una amenaza constante de la propiedad ribereña especialmente en los grandes inviernos y los propietarios deben permanentemente estar ejecutando obras de defensa para prevenir las inundaciones. **Por manera que en el caso de antes con la obra de la carretera o sin ella, los propietarios estaban amenazados de inundaciones y para evitarlas debían tomar las medidas de defensa que la prudencia aconseja**". (Subrayas de la Sala).

La Corte está en un todo de acuerdo con los expertos en esta última apreciación. Ciertamente, la Nación no es, **no puede ser responsable** del costo de las obras que haya hecho la demandante para evitar que su propiedad sea inundada por las aguas del río Bolo en las épocas de invierno, como que las inundaciones que se hayan producido o se produzcan en el inmueble de la actora se deben, antes que a los trabajos públicos de que trata este proceso, al simple hecho natural de ser terreno plano, amenazado constantemente, por lo mismo, de sufrir esas inundaciones, como pudo observarlo perfectamente el personal que intervino en la diligencia de inspección ocular practicada en la finca. En ese acto el señor apoderado de la demandante quiso establecer que las inundaciones se producían, principalmente, por el hecho —dijo— de haber quedado el puente de la carretera, construído por la Nación sobre el río Bolo, deficiente para el paso de las aguas en épocas de crecientes, alegación que quedó desvirtuada, porque sometido el punto por el H. Consejero actuante al dictamen de los expertos, éstos conceptúan que la luz del puente es bastante para dar evasión a las aguas y que tal vez en los grandes inviernos y en las grandes avenidas del río el puente puede constituir una represa para las aguas, posibilidad ésta que, como es obvio, no puede servir como base cierta y determinante de una condena como la que se solicita en el ordinal e) de la petición segunda de la demanda.

Conclusiones:

Se tiene, pues, que de acuerdo con lo que se deja expuesto, la condena solicitada en la petición segunda de la demanda, sólo procede hacerla por los valores que se expresan a continuación:

a) Valor de la zona ocupada por la carretera, en la época de su ocupación $ 79.300.00, menos la suma de $ 23.800.00 en que los peritos apreciaron la valorización de parte del inmueble, $ 55.500.00.

b) Valor de los intereses legales de esta suma de $ 55.500.00 a que queda reducido el daño emergente, desde el día de la ocupación hasta el día

en que se verifique el pago de dicha suma de $ 55.500.00.

c) Valor del demérito del lote A. por virtud de los trabajos públicos, $ 5.333.20.

PETICION TERCERA DE LA DEMANDA. — Tiende a obtener la declaración de que la demandante deberá otorgar a la Nación, simultáneamente con el pago que ésta debe hacerle, la correspondiente escritura pública de transferencia al Estado de la zona ocupada con los trabajos públicos.

Debe hacerse la declaración pertinente, no sólo en razón de esta súplica de la demanda, sino porque así lo manda expresamente el artículo 289 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTA PETICION. - Se encamina a que la Sala declare que la demandante sólamente queda obligada a pagar como contribución de valorización la suma de dinero que se fije en conformidad con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941.

En acuerdo con este precepto, la deducción del 20% por valorización puede disponerla el juzgador cuando los peritos no han fijado suma alguna por tal concepto, no en casos como el sub-lite en donde los expertos regularon en suma determinada el valor de la respectiva valorización.

No procede, pues, esta petición en la precisa forma en que se plantea.

Decisión:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. — Declárase que con los trabajos y obras públicas realizados para la construcción y servicio de la carretera denominada "Directa Cali-Palmira", la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— ocupó materialmente una zona de terreno de propiedad de la demandante en este juicio, señora Silena Sardi de Tenorio y causó los perjuicios a cuyo pago aquí se condena al Estado, situada dicha zona de terreno en jurisdicción del Municipio de Palmira (Valle), entre los kilómetros once y catorce de la mencionada carretera, yendo de Cali a Palmira, y singularizada tal zona con una cabida de veintiocho fanegadas y un cuarto de fanegada (28 1|4 fgda.), dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el Norte, en longitud de 1.548 metros, con propiedad de la señora Sardi de Tenorio: por el Sur, en longitud de 1.505 metros, con predios de la misma señora Sardi de Tenorio; por el Oriente, en longitud de 125 metros con la hacienda de doña Hilda Sardi de Garrido, actualmente con zona de la misma carretera; y por el Occidente, en longitud de 110 metros, con la finca de doña Carmen García v. de Sardi, y actualmente ocupada esa zona por la misma carretera".

Segundo. — En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar a la demandante señora Silena Sardi de Tenorio, a título de indemnización, por los conceptos indicados, las siguientes cantidades de dinero:

a) La suma de CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS ($ 55.500.00) moneda corriente, a que quedó reducida la cantidad de setenta y nueve mil trescientos pesos ($ 79.300.00) en que pericialmente fue avaluada la aludida zona de terreno, una vez descontada la suma de veintitrés mil ochocientos pesos ($ 23.800.00) en que también pericialmente fue justipreciada la valorización de parte del inmueble —lote B— en donde tuvo lugar el trabajo público, cantidad aquella de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00) que representa el valor del DAÑO EMERGENTE sufrido por la actora Sardi de Tenorio;

b) Los intereses legales de la aludida suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00) desde el día de la ocupación hasta el día del pago de la misma suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00), intereses que representan el LUCRO CESANTE sufrido por la misma demandante; y

c) La cantidad de cinco mil trescientos treinta y tres pesos con veinte centavos ($ 5.333,20) en que quedó establecida, de conformidad con lo anteriormente expuesto, la desvalorización de parte del inmueble —lote A.— de la demandante en donde se realizaron los trabajos públicos.

Parágrafo. — Dentro del término de treinta días, contados desde la ejecutoria de este fallo, el Ministerio de Obras Públicas dictará la resolución competente en la cual adopte las medidas necesarias para el pago de las sumas de dinero de que tratan los precedentes ordinales (art. 121 del C. C. A.).

Tercero — Simultáneamente con el pago orde-

nado en el punto segundo anterior, la demandante señora Silene Sardi de Tenorio otorgará a la Nación escritura pública de venta de la zona de terreno de que se habla en el punto primero de esta parte resolutiva (Art. 268 ibidem).

Cuarto — No es el caso de dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 268 de la misma obra, por quedar debidamente deducida la suma que por concepto de valorización fijaron los peritos.

Quinto — En todo lo demás, NIÉGANSE las peticiones de la demanda con que se inició el presente juicio.

Revalídese por la parte actora el papel común usado en la actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenagá — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

PARA QUE LA CORTE PUEDA SER COMPETENTE PARA CONOCER DE UN LITIGIO PROVENIENTE DE UN CONTRATO, SE REQUIERE QUE LA NACION HAYA SIDO PARTE ORIGINARIA EN LA CELEBRACION DE DICHO CONTRATO

1 — El Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales tenía autonomía para desarrollar sus funciones en relación con las obras a realizar con motivo de los juegos atléticos, como puede verse en la Resolución que reformó la Carta Fundamental de los Juegos Atléticos Nacionales, proferida por la Comisión Nacional de Educación Física. Ahora: suponiendo que la Nación pudiera tener interés en la negociación efectuada entre dicho organismo y la entidad demandante, no puede por eso decirse que el Estado sea parte original en la relación jurídica contractual, sino que por los efectos de esa relación, la Nación vendría a ser parte por deducción o más propiamente por derivación. De donde resulta que el concepto de parte puede tener dos acepciones: una especial, que se refiere a la causa o motivos concurrentes que originaron la relación jurídica en la cual los sujetos que figuran como activos y pasivos de ella son las partes originales o mejor dicho partes por celebración, concepto muy importante que debe tenerse en cuenta para efecto de fijar la competencia de la Corte en esta materia. La otra significación del concepto de parte mira en general a los efectos del vínculo contractual en el cual un tercero pueda tener un interés que viene a constituirlo en parte por derivación. De ahí que haya una oposición en el concepto de parte por celebración y parte por derivación.

2 — De acuerdo con los artículos 40 del C. J. y 2º de la ley 67 de 1943, para que la Sala de Negocios Generales de la Corte pueda conocer en una sola instancia de un litigio proveniente de un contrato, se requiere que la Nación haya celebrado el contrato, esto es que haya sido sujeto original de la relación jurídica contractual que constituye el acuerdo de voluntades pactado entre las partes. Y cuando en el contrato el Estado Colombiano no es parte por celebración sino por derivación dado el interés que pueda derivarse de la negociación, entonces las controversias que se susciten contra él, por ejemplo, no caen bajo el radio de acción atribuido por el art. 40 a la Corte Suprema sino al fuero general del art. 76 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara

La Sociedad "Max Borrero e Hijo Ltda", por medio de apoderado, demandó ante esta Sala de Negocios Generales a la Nación, el 2 de septiembre de 1955, para que mediante los trámites legales se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA — Que el Estado Colombiano está obligado a cumplir el contrato que celebró el COMITE ORGANIZADOR DE LOS VI JUEGOS ATLETICOS NACIONALES, que tuvieron lugar en la ciudad de Santa Marta, con la Sociedad "Max Borrero e Hijo Ltda", firmado a los 28 días del mes de Marzo de 1949 en dicha ciudad, reconocido en sus firmas y contenido ante el Notario 1º del mismo Circuito.

"SEGUNDA — Que como consecuencia de la evacuación favorable anterior el Estado Colombiano —con asignación presupuestaria al Ministerio de Hacienda, al de Obras Públicas o al Despacho que la H. Corte Suprema de Justicia considere pertinente—, debe pagar a la firma "MAX BORRERO E HIJO LTDA", la suma de $ 17.092.06 que aparece como saldo a favor de dicha Sociedad en virtud de la ejecución y corte de cuentas a que dio lugar el contrato celebrado entre el Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales y la mencionada firma, contrato celebrado en Santa Marta, el día 26 de marzo de 1949,

pago que debe hacerse dentro del término previsto en el art. 121 del C. Administrativo.

"TERCERA — Que el Estado Colombiano debe pagar a la Sociedad "MAX BORRERO E HIJO LTDA." los intereses legales sobre el saldo de $17.092,06 desde el día 6 de diciembre de 1950, fecha en que fueron presentadas y no pagadas las respectivas cuentas de cobro, hasta el día que el pago se verifique o en su defecto, la indemnización de perjuicios por la mora calculados en $ 20.000.00 mlcte. según cláusula penal recogida en el mismo contrato hacia el Nº VIGESIMO.

"CUARTA — Que se declare que no tiene valor jurídico ni eficacia alguna la decisión tomada por el Ministerio de Hacienda, por conducto de la Dirección de Presupuesto, y contenida en la declaración fechada el 17 de mayo de 1955, y distinguida con el Nº 7443.

"QUINTA — Y que si la Nación se opone por medio de su representante legal, se condene a pagar las costas del juicio".

Para sustentar la acción expuso el demandante:

Que para asociarse a la celebración de los VI Juegos Atléticos Nacionale que debían celebrarse en Santa Marta a fines del año de 1949 destinó la Nación, por medio de la Ley 87 de 1948 hasta la suma de $ 1.000.000.00 para la terminación del Estadio de dicha ciudad, suma ésta que como todas las que tuvieron destinadas, de una u otra manera, a aquella celebración, pasaría al Comité Organizador creado por la misma Ley;

Que por Decreto Nº 810 de 29 de marzo de 1949, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentó la Ley en cita autorizando la emisión de documentos de deuda pública para obtener fondos con los cuales se adelantarán las obras decretadas para la celebración de los juegos en referencia;

Que la Contraloría General de la República designó un Auditor y el Ministerio de Obras Públicas nombró igualmente su representante, para la fiscalización de los dineros destinados a aquellas obras;

Que por Resolución Nº 3 de 1940 la Comisión Nacional de Educación Física reglamentó la formación y funcionamiento del Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos y lo facultó para celebrar los contratos y adelantar las obras, y en virtud de esa facultad y de las conferidas por la precitada Ley 87, el Comité Organizador suscribió con la firma "Max Borrero e Hijo Ltda", el 19 de marzo de 1949, el contrato de administración delegada para la construcción, en la ciudad de Santa Marta, de los estadios de Base Ball y de Basket Ball;

Que la firma contratista, después de perfeccionado legalmente el contrato, dio principio a las obras y las terminó y entregó debidamente al Gobierno Nacional, por lo cual la relación contractual se ejecutó de manera completa por la sociedad constructora, mas no así por la Nación porque ésta, representada legalmente por el Comité Organizador, incumplió dicha relación y está en mora de pagar a "Max Borrero e Hijo Ltda" el saldo de $ 17.092,06 que le adeuda por tal concepto;

Que el saldo debido fue formulado y aprobado por el Presidente del Comité, en cuentas revisadas y registradas por el Contador respectivo y presentadas todas ellas para su cobro, pero no fueron canceladas; y

Que la firma acreedora gestionó directamente ante las autor dades nacionales el pago del saldo en mención y recibió finalmente del Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuesto, una nota en la cual se le dice que la Nación no está obligada a pagar esa suma puesto que sólo concurrió a los Juegos Atléticos Nacionales mediante un auxilio limitado.

La demanda fue admitida el 14 del citado mes de septiembre por el señor Magistrado a quien entonces correspondió el negocio, y al contestarla el señor Procurador Delegado en lo Civil expresó, con respecto a la mayoría de los hechos, que se atenía a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo y de las que en el juicio presentara el actor; negó el derecho invocado y se opuso a las peticiones.

Dentro del término probatorio se llevaron a cabo las diligencias pedidas por la parte demandante; se recibieron luego los alegatos de conclusión y se dictó el auto de citación para sentencia, del cual ha pedido reposición el apoderado del actor para que en su lugar "se tramite —dice— el incidente de nulidad propuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de conformidad con el art. 456 del Código de Procedimiento".

Efectivamente el señor Procurador analiza lo relativo a la jurisdicción en este caso para terminar con la siguiente afirmación: "De lo expuesto se deduce que en el presente negocio se ha incurrido en la causal de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, prevista en el artículo 448 del C. J." Esta manifestación del represen-

tante legal de la entidad demandada conduce a considerar la nulidad propuesta; mas, para ello, no es indispensable abrir el incidente de que trata el art. 456 del C. J. porque, de un lado, el juicio contiene los elementos necesarios para juzgar la cuestión y, de otro, la contraparte está ya enterada de ella. Según el art. 472 del mismo código los textos sobre procedimiento deben interpretarse teniendo en cuenta la razón jurídica que les da fundamento y por ende su finalidad. En el presente caso, el procedimiento indicado por el precitado art. 456 no tendría otra finalidad que la de debatir la nulidad en referencia para resolver luego acerca de ella; mas apareciendo, —se repite—, dentro del proceso, los elementos de juicio para fundamentar una decisión al respecto, sería inoperante darle curso al mencionado incidente. Por todas estas razones que, como es obvio, no son de carácter general sino que conciernen exclusivamente al caso de autos, entra la Sala al estudio y consideración de la nulidad en referencia.

Los puntos esenciales en la alegación del señor Procurador pueden resumirse así:

Por regla general (Art. 155 del C. J.), de los juicios en que sea parte el Estado corresponde conocer al Tribunal Superior del Distrito Judicial del domicilio de la otra parte. Esta regla tiene varias excepciones determinadas concretamente en textos expresos y que, como tales y según los principios científicos de interpretación, son de aplicación restrictiva. Así, cuando haya duda sobre los requisitos señalados para esos casos exceptivos, o cuando tales requisitos no se cumplan estrictamente, debe darse aplicación a la regla general.

Entre aquellas excepciones está la que contempla el art. 40 del C. J. en el que se da a la Sala Civil de Unica Instancia —hoy Sala de Negocios Generales de la Corte— competencia especial y privativa para conocer, por la vía ordinaria de una sola instancia, de "las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona". No basta, por tanto, cualquiera relación, vinculación o interés de la Nación en el contrato para que puedan quedar sometidas al fuero especial las controversias que el contrato origine, sino que es requisito indispensable que la Nación sea, como lo ha expresado la Corte, "parte en la celebración misma del contrato".

El señor Procurador reproduce, al respecto, algunos apartes del fallo proferido por esta Sala el 8 de febrero del presente año, y luego observa: que la controversia agitada en este juicio proviene del contrato suscrito entre la Sociedad demandante y el Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales; que la índole o naturaleza de dicho Comité se destaca en la Resolución Nº 3 de 1940 (marzo 14) y particularmente en los artículos 6º y 7º de la misma; que, según estas disposiciones, el Comité era una entidad independiente, encargada de desarrollar una actividad de interés público, en la cual tenían participación personal y económica los gobiernos departamental y municipal lo mismo que las entidades deportivas, y que obraba con autonomía para percibir arbitrios y auxilios, invertirlos en las obras correspondientes, administrar los bienes propios de la entidad, elaborar su presupuesto, modificarlo etc., por todo lo cual las controversias nacidas de la relación contractual entre aquel Comité y la Sociedad "Max Borrero e Hijo Ltda", no pueden gozar de la jurisdicción especial y excepcional que contempla el artículo 40 del C. J. sino que deben someterse a las reglas generales".

Para apreciar con más claridad todas estas cuestiones conviene hacer un resumen de las disposiciones sobre creación y funcionamiento del mencionado Comité.

La ley 80 de 1925 (fl. 7 del C. Nº 1), creó la Comisión Nacional de Educación Física y la facultó para organizar todo lo referente a concursos anuales de atletismo. Esa ley fue reglamentada por Decreto 1734 de 1933 en el cual se repitió para la citada Comisión la facultad antes dicha. (Fl. 10, C. Nº 1). Por Resolución Nº 3 de 1940 la Comisión Nacional de Educación Física reformó la Carta Fundamental de los Juegos Atléticos Nacionales y posteriormente se introdujeron nuevas reformas a la misma Carta según Resolución Nº 5 de 7 de junio de 1949 proferida también por la Comisión. A tal Resolución corresponden los siguientes artículos:

Comité Organizador

"Artículo 7º — El Comité Organizador será designado a propuesta de los Gobiernos de la ciudad respectiva, por la Comisión Nacional de Educación Física y el Comité Olímpico Colombiano, reunidos conjuntamente para tal efecto.

"Artículo 3. — El Comité Organizador, está constituído, así:

"Por un Presidente;

"Por un Primer Vice-Presidente;

"Por un Segundo Vice-Presidente;

"Por un Fiscal;

"Por un Tesorero;
"Por un Secretario y
"Por tres vocales.

"Artículo 9º — La designación de miembros del Comité Organizador, hecha por la Comisión Nacional de Educación Física y el Comité Olímpico Colombiano, reunidos conjuntamente, deberá ser ratificada o aprobada por Decreto del Gobierno Nacional.

Funciones del Comité Organizador

"Artículo 10 — El Comité Organizador fijará sus normas y decidirá todas las cuestiones referentes a su régimen interno. Una vez instalado por la Comisión Nacional de Educación Física, tendrá autonomía para percibir todos los arbitrios y auxilios respectivos, y determinará la forma de inversión, sujetándose a las normas que prescriban los organismos oficiales de control, cuando los dineros provengan del Tesoro Público.

"El presupuesto en detalle, elaborado por el Comité Organizador, será sometido a la aprobación de la Comisión Nacional de Educación Física, así como las modificaciones que posteriormente hubiere necesidad de introducirle". (Fl. 22 C. Nº 1).

Por Decreto Nº 777 de 1949 el Gobierno Nacional designó el Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales (fl. 21 del C. Nº 2), con el cual celebró la Sociedad "Max Borrero & Hijo Ltda. el contrato en que se apoya la demanda.

Como se ha dejado dicho, el demandante señor Max Borrero en representación de la "Sociedad Max Borrero e Hijo Ltda.", por medio de apoderado, demanda por la vía ordinaria, ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, al Estado Colombiano representado por el señor Procurador General de la Nación, por el incumplimiento del contrato celebrado por el Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales con la Sociedad arriba mencionada, firmado el 28 de marzo de 1949 en la ciudad de Santa Marta y pide en consecuencia que se condene a la Nación a pagar a la nombrada Sociedad Max Borrero e Hijo, la suma de $ 17.092,06 como saldo que el demandante deduce, a favor de aquélla, de la ejecución y corte de cuentas a que dio lugar ese contrato; condena que solicita se haga extensiva al pago de los intereses legales por el tiempo determinado en el libelo, y al pago de las costas del juicio en caso de oposición. Esta es la acción ejercitada contra la Nación por el representante de la Sociedad Max Borrero e Hijo, por considerar que la entidad demandada es responsable del incumplimiento del contrato en referencia y que como responsable de tal situación debe pagar las indemnizaciones solicitadas en la demanda. Exige pues de la Nación, considerándola como parte de la relación jurídica contractual, como el sujeto pasivo de esta acción que debe responder de los resultas del contrato realizado por aquel Comité con la Sociedad mencionada.

Entrase, pues, a estudiar este aspecto de la cuestión planteada, que dice relación con la competencia para conocer del litigio propuesto por el Sr. Max Borrero. En otros términos, si la Sala de Negocios Generales de la Corte tiene jurisdicción para resolver sobre el cumplimiento y demás prestaciones consignadas en un contrato que la Nación no ha celebrado originariamente sino que se ha pactado sobre un organismo de fuente oficial como es el Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos y una Sociedad comercial como la de Max Borrero e Hijo que se presenta como demandante.

Aquel organismo, según la Resolución Nº 5 de 7 de junio de 1949 ya mencionada, proferida por la Comisión Nacional de Educación Física, tenía autonomía para desarrollar sus funciones en relación con las obras a realizar con motivo de los juegos atléticos, como puede verse del contenido de los artículos atrás transcritos. Ahora: suponiendo que la Nación pudiera tener interés en la negociación efectuada entre dicho organismo y la entidad privada, no puede por eso decirse que el Estado sea parte original en esa relación jurídica contractual, sino que por los efectos de esa relación, la Nación vendría a ser parte por deducción o más propiamente por derivación. De donde resulta que el concepto de parte puede tener dos acepciones: una especial, que se refiere a la causa o motivos concurrentes que originaron la relación jurídica en la cual los sujetos que figuran como activos y pasivos de ella son las partes originales o mejor dicho partes por celebración, concepto muy importante que debe tenerse en cuenta para efecto de fijar la competencia de la Corte en esta materia. La otra significación del concepto de parte mira en general a los efectos del vínculo contractual en el cual un tercero pueda tener un interés que viene a constituirlo en parte por derivación. De ahí que haya una oposición en el concepto de parte por celebración y parte por derivación. Para estos dos casos habrá de definirse a qué autoridad judicial

corresponde conocer y decidir la controversia que se presente.

En efecto: explicando los principios que se acaban de exponer frente a las normas que regulan la materia se tiene como conclusión lo siguiente: El artículo 40 del C. J. estatuye:

"La Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

Y el artículo 2º de la Ley 67 de 1943 prescribe que "La Sala de Negocios Generales tendrá, además de sus actuales atribuciones, las que hoy corresponden a la Sala Plena en lo Civil y a la Sala Civil de Unica Instancia".

De acuerdo con estos ordenamientos legales, para que la Sala de Negocios Generales de la Corte pueda conocer en una sola instancia de un litigio proveniente de un contrato, se requiere que la Nación haya celebrado el contrato, esto es que haya sido sujeto original de la relación jurídica contractual que constituye el acuerdo de voluntades pactado entre las partes. Ahora: cuando en el contrato el Estado Colombiano no es parte por celebración sino por derivación dado el interés que pueda derivarse de la negociación, entonces las controversias que se susciten contra él, por ejemplo, no caen bajo el radio de acción atribuido por el art. 40 a la Corte Suprema sino al fuero general del art. 76 de la misma obra.

"Para que la Corte pueda conocer de una acción dirigida contra la Nación —ha dicho esta corporación— es indispensable, conforme al art. 40 del C. J. que la controversia se haya originado a causa de un contrato celebrado entre el actor y la Nación". (Sala Civil de Unica Instancia, de 18 de junio de 1941). De consiguiente, no habiendo celebrado la Nación el contrato de que trata la presente litis por no haber intervenido en él como sujeto original de ese acuerdo jurídico contractual, no corresponde a la Corte el conocimiento de este negocio por no tener competencia para ello, de acuerdo con el art. 40 en cita, lo que está indicando que consumada como está la tramitación procesal del negocio, se ha incurrido en una causal de nulidad de lo actuado en este juicio por incompetencia de jurisdicción, al tenor del art. 448 del mismo texto, que como lo ha dicho esta superioridad no requiere ponerla en conocimiento de las partes sino que se decreta de plano, por tratarse de una nulidad insubsanable por falta de prórroga de jurisdicción. Y se dice que es improrrogable la jurisdicción por razón de la naturaleza del hecho que se ha puesto de manifiesto y a la calidad de la persona que como se sabe es la Entidad Nación, demandada en este juicio.

Por todo lo expuesto, habrá de declararse la nulidad de la actuación en el presente negocio, desde el auto admisorio de la demanda.

Sobre el tema que se contempla, esta Sala se ha pronunciado en varios fallos, entre otros el de fecha 8 de febrero del año en curso cuya parte pertinente dice así:

"En efecto: náse incurrido en la causal de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, prevista en el art. 448 del C. J. Mas si se quisiera aplicar lo prevenido en el artículo 455 ibidem, resultaría que no habría objeto en dictar providencia previa que pusiera en conocimiento de las partes la dicha causal, porque, no siendo la ratificación viable, debe anularse de plano de acuerdo con lo que se ha venido practicando invariablemente según doctrina que sentó esta Sala en auto de 15 de junio de 1937. (G. J. Tomo XLV, pág. 550).

"Conforme al artículo 40 del C. J. sólo puede conocer la Corte por los trámites del juicio ordinario en única instancia de las controversias que provienen de contratos celebrados por la Nación; de tal suerte que, faltando ese presupuesto, y aunque existiere por su parte interés en el negocio la competencia no pueda radicarse aquí. Esto ha sido definido en numerosos fallos de los cuales puede citarse como uno de los más recientes el de fecha 19 de junio de 1954 que intentó precisar cuáles son los pleitos contemplados en la norma excepcional del citado texto. Entonces se dijo:

"El concepto de parte en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a) Uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos parte y tercero. Y b) Otro particular, fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que sólo se tiene en cuenta a quienes figuran como sujetos originales de aquella relación; en este concepto se oponen los términos parte por celebración y parte por derivación. Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40 del C. J. se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto de la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40, como quiera que la única distinción entre este fuero y

el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado parte en la celebración misma del contrato. Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado. Parece fácil entender, por lo demás, que una de las consideraciones implícitas en el hecho de la celebración de los contratos por la Nación, consiste en que se juzga un acto emanado del alto Gobierno que tiene su personería y que el Juez natural de esta clase de actos no puede ser sino la Corte, por razón de jerarquía constitucional. Aquí es donde radica principalmente el motivo de la excepción, de la misma manera como corresponde al Consejo de Estado conocer en una sola instancia de los asuntos contencioso-administrativos contra actos del Gobierno". (G. J. Tomo LXXXII, pág. 191).

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda propuesta.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — **Manuel Enemahara Roberto Guenaga** — **Camilo Rincón Lara** — **Jorge García Merlano**, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.—LA SOLA CONSIDERACION DE LA PERDIDA DE LA ACCION IMPONE AL JUZGADOR EL DEBER DE CONDENAR EN COSTAS AL DEMANDANTE

Dice el Tribunal; "Así como las entidades de derecho público no pueden ser condenadas en costas, tampoco sería equitativo el que obtuvieran un beneficio con la condenación de quienes enfrentados a ella con razones respetables han llevado en el juicio la carga de los gastos. Esta, que es de suyo una razón poderosa, se relieva más con la consideración de que cuando dichas entidades no han tenido que nombrar apoderados especiales, como en el presente caso, sino que han sido representadas por sus defensores natos, no se explicaría el que se obligara a pagar el trabajo de quienes tienen como deber esencial la defensa permanente de los intereses del Estado en razón de la retribución que de éste reciben".

La anterior consideración, si bien puede tenerse en cuenta al hacer la tasación de las costas, no revela al juzgador de hacer dicha condenación, en obedecimiento al art. 2º del Decreto 243 de 1951, porque esta norma, a más de ser una disposición de carácter general que no distingue según la naturaleza de la persona demandada no se atiene, como si antes se hacía a lo justificado o plausible de la acción, sino al simple hecho de perderla.

No está, pues, la Corte de acuerdo con esa apreciación del Tribunal, que si entiendo sería razonable para fundamentar una reforma legal, no exonera a los jueces del deber de prestar acatamiento a un mandato claro de la ley.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado el señor Juan de J. Marín presentó demanda ante el Tribunal Superior de Manizales para que por los trámites del juicio ordinario y con audiencia del Departamento de Caldas, representado por el Gobernador de esa sección del país, se hagan las siguientes o semejantes declaraciones:

"1ª — Pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Juan de J. Marín, mayor y vecino de Manizales, un inmueble rural, ubicado en el municipio de Manizales, compuesto de pastos naturales y que tiene los siguientes linderos generales: 'Por el occidente con terrenos del Departamento de Caldas; por el norte con la quebrada de Olivares; por el oriente con propiedad del señor Juan de J. Marín; por el sur con propiedad del Departamento de Caldas y una carretera'.

"2ª — Como consecuencia de esta declaración de dominio en favor del demandante, condénase al demandado, Departamento de Caldas, por medio de sus representantes legales, a restituir, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor del señor Juan de J. Marín, mayor y vecino de Manizales, el inmueble ubicado en este municipio y alinderado en la primera de las declaraciones de esta sentencia;

"3ª — El demandado, Departamento de Caldas, por medio de sus representantes legales, pagará al demandante, señor Juan de J. Marín N. seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble determinado antes, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos".

Tratan los hechos Primero a Séptimo, de la propiedad del inmueble reclamado en reivindicación afirmándose en ellos que el dominio del mismo radica en cabeza del actor y que se halla acreditado, por escrituras y registros, en un período de treinta años.

Expresa el demandante que el Departamento de Caldas es actual poseedor del inmueble que pretende reivindicar para sí, a lo cual se refiere su acción.

Explica la demanda algunos hechos tocantes con la propiedad y posesión así: "Octavo. Mi mandante se encuentra privado de la posesión del

inmueble descrito, por cuanto esa posesión la tiene actualmente el Departamento de Caldas, posesión adquirida mediante los hechos que relataré posteriormente. El lote de terreno que pertenece a mi mandante y posee el Departamento de Caldas tiene los siguientes linderos generales y medidas: 'por el norte con la quebrada de Olivares, en una extensión de ciento sesenta y un metros; por el occidente con terrenos del Departamento de Caldas, en una extensión de 287 metros; este lindero parte de la quebrada de Olivares y sube por una chamba hasta encontrar los paramentos de los edificios donde está la Industria Licorera de Caldas; por el sur sigue por el pie de los edificios de la Licorera hasta encontrar una carretera que está situada entre las carreras 18 y 19 hasta encontrar un cerco, lindero con el señor Juan de J. Marín, mi mandante, este lindero tiene una medida de más de cien metros; por el oriente con el resto de la propiedad de Juan de J. Marín. Noveno. El Departamento empezó a poseer este lote hace menos de 30 años, unos 27 más o menos, y luégo lo abandonó, hasta que hace cuatro años encomendó a un trabajador hiciera un cerco de alambre para su cerramiento por el oriente, es decir, por donde está el resto del inmueble adquirido por mi mandante Marín. Es de advertir que con anterioridad al cerramiento de que he hablado anteriormente, el señor Marín ejerció actos de dominio en el lote que hoy posee el Departamento, actos consistentes en tener en dicho lote animales pastando".

Se apoya la demanda en los artículos 665, 669, 946, 949 y concordantes del Título 41 del Libro IV del Código Civil, en la ley 38 de 1945 y demás disposiciones pertinentes del Código Judicial.

Al contestar la demanda el apoderado del Departamento manifestó sobre los hechos primero, segundo y tercero, estar a lo que se exprese en los títulos que en ellos se mencionan; negó los hechos cuarto a séptimo; sobre el octavo dijo no saber si los linderos que en él se determinan sean los verdaderos, ni si el demandante ha sido privado de la posesión de parte del predio; con relación a los hechos noveno y décimo afirmó que el Departamento ha poseído el terreno a que la demanda se refiere, en forma continua desde el año 1926, y con ánimo de señor y dueño; y negó los hechos once y doce. Propuso las excepciones de prescripción y carencia de acción y la de inexistencia de la obligación que se demanda.

Durante el término de prueba de la primera instancia se practicaron las que el demandante pidió, consistentes en varias declaraciones de testigos y en una inspección ocular con intervención de peritos en los terrenos que se pretende reivindicar.

El Tribunal puso término a la primera instancia por sentencia de fecha 5 de noviembre de 1956, en virtud de la cual se absuelve al Departamento de Caldas de los cargos que se le formularon en la demanda.

Al notificarse de ésta, el apoderado del señor Juan de J. Marín interpuso el recurso de apelación sobre aquella providencia, lo que dio origen a la segunda instancia del juicio ante la Corte Suprema de Justicia. Surtido éste, con los trámites de rigor, ha llegado la oportunidad de decidirlo, a lo cual se procede, anotándose previamente que la parte apelante no alegó, habiéndose producido tan sólo un escrito del apoderado del Departamento en que pide la confirmación del fallo a que el recurso se contrae.

Como lo observa acertadamente el Tribunal, la prosperidad de la acción intentada exige demostrar que el demandante es dueño del predio que pretende reivindicar, el cual debe naturalmente ser identificado. Según la escritura número 552 de 1944, aquél adquirió un terreno por compra a Fidel Márquez H. (fs. 16 y 17 cuad. 1). "Pero ocurre que el mismo señor Juan de J. Marín vendió la mitad en proindivisión de ese terreno al doctor Ramón González R. mediante la escritura número 622, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales el 14 de abril de 1944. (fl. 15 ibidem). De esta manera se formó una comunidad que parece está todavía vigente, pues no se trajo prueba alguna de su liquidación. Es verdad que por escritura número 218 del 15 de febrero de 1949, otorgada en la misma Notaría, el doctor Ramón González R. dijo vender a Juan de J. Marín un globo de terreno; pero no es menos cierto que a pesar de dicha venta la comunidad no desapareció totalmente, pues en esa misma escritura se hizo la advertencia de que 'aún les queda a los comuneros citados propiedad e indivisión de la adquirida según los títulos nombrados'. (fl. 19 vuelto ibidem). Tampoco hay constancia de que en virtud de otra venta que hicieron los doctores Ramón González y Eduardo González Robledo al señor Juan de J. Marín el 9 de mayo de 1949, hubiera quedado extinguida la mencionada comunidad (fl. 10). En tales condiciones, es preciso afirmar que el título presentado por el demandante, o sea la escritura de 9 de abril de 1944, no es suficiente para comprobar el derecho de dominio exclusivo del actor sobre el lote de terreno materia del juicio. Porque si se hubiera pro-

bado que ese lote en verdad hace parte del que adquirió el señor Marín mediante la citada escritura, el dominio de él lo tendría la comunidad formada por el mismo Marín y el doctor Ramón González, y no uno de los comuneros exclusivamente. En otras palabras: faltaría por este aspecto la legitimación en la causa del demandante Marín, quien se ha presentado a reivindicar para sí y no para la mencionada comunidad que sería la verdadera propietaria del inmueble. Pero aun suponiendo que la comunidad sí desapareció y que Juan de J. Marín volvió a ser el único dueño del predio que adquirió en 1944, las muchas ventas de solares que él ha hecho posteriormente a distintas personas han venido a desintegrar de tal manera el inmueble primitivo, que resultaría imposible saber, por falta de identificación de las parcelas segregadas, cuál sería hoy el remanente que le había quedado a Marín de dicho inmueble. De estas ventas dá cuenta el certificado de la Oficina de Registro que se acompañó a la demanda, según el cual son trece los lotes o solares que han sido enajenados, unos conjuntamente por los comuneros, y otros con la única intervención de Juan de J. Marín. (fls. 24 vuelto y siguientes, cuaderno Nº 1)".

La Corte, después de realizar un cuidadoso estudio de los medios probatorios allegados al juicio, encuentra acertadas y debidamente fundamentadas las anteriores apreciaciones que contiene la sentencia **que se revisa.**

En el expediente hay testimonios referentes a la existencia de una "chamba" o zanja, con la que parece indicarse uno de los linderos del inmueble de propiedad del actor, que separaría ese predio de otro del Departamento de Caldas. La fijación de ese lindero podría haber servido de base para determinar de modo concreto y reconocer uno de los lotes que el demandante señala como suyos. Y esa determinación pudo asimismo haber servido de fundamento a una decisión precisa respecto de estar comprendida dentro de la propiedad del actor una porción de terreno ocupada por el Departamento de Caldas.

Aparece también en el expediente el acta de la inspección ocular practicada por el señor Magistrado sustanciador del juicio, en predios del actor. En ella se dice lo siguiente sobre identificación de los lotes de terreno indicados por aquél: "En seguida se procedió a la identificación de la propiedad del señor Marín que es la misma que reza la escritura mencionada y se refiere al siguiente lote de terreno, situado en la avenida Santander de este municipio, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'por el sur, que es al frente, y en una extensión de setenta y ocho varas (78), más o menos, con la carrera tres (3) del barrio nuevo; por el norte, con la quebrada de Olivares; por el oriente, por la mitad de una chamba, con terrenos de los herederos de la señora Amelia Angel v. de Hoyos, y por el occidente con terreno de propiedad del Departamento de Caldas'. Este lote es el mismo alindado en el hecho primero de la demanda. También se procedió a identificar el lote de terreno de que habla el hecho octavo de la demanda y que es el siguiente: 'por el norte con la quebrada de Olivares, en una extensión de 181 metros; por el occidente con terrenos del Departamento de Caldas, en una extensión de doscientos ochenta y tres metros; este lindero parte de la quebrada de Olivares, y sube por una chamba hasta encontrar los paramentos de los edificios donde está la Industria Licorera de Caldas; por el sur sigue por el pie de los edificios de la Licorera hasta encontrar una carretera que está situada entre la carrera 18 y 19 hasta encontrar un cerco lindero con el señor Juan de J. Marín. Este lindero tiene una medida de más de cien metros; por el occidente con el resto de la propiedad de Juan de J. Marín'. De conformidad con lo pedido por la parte demandante en el punto Primero de su memorial de pruebas, se procedió también a identificar el inmueble de propiedad del actor, en cuanto a la línea divisoria con el inmueble del Departamento de Caldas de que trata la demanda'. Hechas las identificaciones, los peritos manifestaron que estaban enterados sobre lo que se pide y conforme a los títulos presentados y las peticiones del demandante expusieron: Seguramente el inmueble identificado linda con propiedad del Departamento de Caldas en la parte sur donde está el edificio de la Industria Licorera de Caldas. De aquí hasta la quebrada de Olivares linda con una manga que fue del Departamento de Caldas, pero que ahora no sabemos de propiedad de quién es por no haberse presentado los títulos. Aclaramos que en cuanto a que fue de propiedad del Departamento el mangón, por haber conocido los títulos. Observamos que hay una chamba profunda que parte del edificio de la Licorera hacia la quebrada de Olivares. Observamos que hacia el occidente hay otra chamba también profunda y que al oriente existe otra chamba que podría ser el lindero de que habla el título con la señora Amelia Angel v. de Hoyos. Observamos que las tres chambas de que hablamos son de construcción muy antigua, por lo cual no podríamos decir cuál es la

chamba nueva de que hablan los títulos que se nos leyeron. En cuanto a la pregunta concreta que formula el actor, manifestamos que la línea divisoria entre dicho lote de la demanda y el inmueble del Departamento de Caldas, está determinado anteriormente, o sea, una parte con la edificación y el resto con la chamba que separa la manga que fue del Departamento de Caldas y que ahora no sabemos de quién sea. Aclaramos que esta determinación se refiere al lote delimitado en la demanda y del que se pide la reivindicación, pero no podemos afirmar que la chamba a que primeramente hicimos referencia sea el lindero entre el predio del demandante y el del Departamento de Caldas por falta de los títulos de esta última Entidad".

Se observa que la inspección ocular verificó la existencia de dos predios; pero no el hecho de hallarse una parte del inmueble de propiedad del actor ocupada o poseída por el Departamento. Simplemente, como allí se dice, "se procedió también a identificar el inmueble de propiedad del actor en cuanto a la línea divisoria (subraya la Sala) con el inmueble del Departamento de Caldas de que trata la demanda".

La inspección ocular, con intervención de peritos, no demuestra pues uno de los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria: qué de un terreno que se afirma ser propiedad del demandante está en posesión el demandado. Otro extremo también esencial de la acción tampoco se comprobó en el juicio, o sea el carácter del dueño del demandante sobre el terreno que se propuso reivindicar.

La acción no puede por tanto prosperar, y debe por lo mismo confirmarse el fallo de primera instancia.

La condenación en costas a cargo del demandante ha de ordenarse en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 243 de 1951. Esa disposición es general y no distingue según la naturaleza de la persona demandada. No está de acuerdo la Corte con la siguiente apreciación del Tribunal, que si entiende sería razonable para fundamentar una reforma legal, no exonera a los jueces del deber de prestar acatamiento a un mandato claro de la ley: "Así como las entidades de derecho público no pueden ser condenadas en costas, tampoco sería equitativo el que obtuvieran un beneficio con la condenación de quienes enfrentados a ella con razones respetables han llevado en el juicio la carga de los gastos. Esta, que es de suyo una razón poderosa, se relieva más con la consideración de que cuando dichas entidades no han tenido que nombrar apoderados especiales, como en el presente caso, sino que han sido representadas por sus defensores natos, no se explicaría el que se obligara a pagar el trabajo de quienes tienen como deber esencial la defensa permanente de los intereses del Estado en razón de la retribución que de éste reciben". Al tasar las costas, agrega la Corte, en obedecimiento a lo establecido por el Decreto citado, pueden tenerse en cuenta los motivos de equidad a que el Tribunal se refiere. Con todo, hay que observar que, según la norma vigente sobre la materia, no se atiene, como sí antes se hacía a lo justificado o plausible de la acción, sino al simple hecho de perderla.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia apelada, con la sola modificación de decretar las costas a cargo del actor y disponer que se tasen.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Enenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

REQUISITOS DE LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS. — CUANDO EL INMUEBLE PERTENECE A UNA COMUNIDAD, DEBEN DEMANDAR TODOS LOS COMUNEROS O UNO DE ELLOS EN NOMBRE Y PARA LA COMUNIDAD, NO EN SU PROPIO NOMBRE

1. — La jurisprudencia tiene establecidos como requisitos fundamentales que el demandante debe acreditar para el éxito de las acciones de indemnización de perjuicios causados por la ocupación permanente de la propiedad con motivo de trabajos públicos, los siguientes:

a) Comprobación de la fecha en que ocurrió el daño o se realizó la ocupación, a fin de que el juzgador pueda determinar si la demanda fue o no presentada dentro del término perentorio que señala la ley.

b) Comprobación del carácter o título con que la indemnización se reclama, que no es otro que la demostración de que el derecho de dominio sobre el inmueble afectado por el trabajo público corresponde realmente al actor, encaminado a acreditar la legitimación o el interés que en la causa pueda asistir al demandante;

c) Comprobación del carácter público del trabajo que ha causado el perjuicio, pues se trata de una acción especial que sólo puede dirigirse contra las entidades de derecho público y por medio de la cual no podría reclamarse una indemnización producida por trabajos de carácter particular o privado: obligación ésta que comprende la de señalar el funcionario o agente público que haya ordenado la realización de los trabajos, pues sin este señalamiento y sin la demostración del carácter público con que actúa, no podría deducirse responsabilidad alguna a cargo de la entidad demandada; y

d) La demostración del daño causado, ya que si éste no se ha producido no procede tampoco la indemnización.

2.—Cuando en el momento de la indemnización de los trabajos públicos el dominio sobre el inmueble afectado por ellos se halla en comunidad, la acción para reclamar la indemnización de los perjuicios que dichos trabajos producen, pertenece y se consolida en cabeza de la comunidad por ser la víctima directa de los daños ocasionados. En estas circunstancias, si un copartícipe intenta dicha acción en nombre propio y para sí, la demanda debe fracasar porque carece de título suficiente sobre la totalidad del inmueble para ejercitar la acción. Su derecho se contrae a una cuota proindiviso en el bien y es, por tanto, persona distinta de la comunidad de que forma parte. Su calidad de condueño sólo le da personería suficiente para demandar A NOMBRE Y PARA LA COMUNIDAD.

Planteada la acción por un comunero en nombre propio, no puede alegar después que ha completado su personería con la prueba de que los demás condueños vendieron, con posterioridad a la demanda, sus cuotas partes en el inmueble al actor, puesto que esa prueba sólo acredita que el demandante es en la actualidad propietario exclusivo del inmueble, más no que lo fuera en el momento de la realización del trabajo público, en forma de poder afirmarse que fue la víctima de los perjuicios y, como tal se hubiera hecho titular de la acción. Tampoco acredita la escritura por la cual se hizo la venta que la acción perteneciente a la comunidad le hubiera sido cedida.

Cuando los comuneros vendieron al demandante sus cuotas, éste adquirió el inmueble en la forma y extensión que tenía en ese momento, o lo que es igual, adquirió la propiedad sobre un inmueble ya desmembrado, de suerte que de existir la acción, continuaría radicada en el patrimonio de la comunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Por intermedio de apoderado legal y ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, doña Lucrecia Suescún de Meek demandó al Municipio de Bogotá a fin de que se le condene a pagarle la suma de $ 31.452.00, valor de una zona de terreno que fue ocupada por el Municipio para la ampliación de la calle 13, entre carreras 14 y 15 de esta ciudad y que formaba parte del inmueble número 14-11 a 14-19 de la calle nombrada.

En su demanda solicita igualmente que se condene al Municipio a pagarle los intereses comerciales de la suma dicha, contados desde la fecha de la ocupación hasta el día en que el pago se verifique.

La zona en referencia tiene un área de 52 varas cuadradas con cuarenta y dos centésimos de vara cuadrada, y está comprendida dentro de los linderos que se expresan en la demanda.

Tanto el Personero Municipal como el Fiscal del Tribunal Administrativo se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas.

En sentencia de fecha 18 de marzo de 1954 el Tribunal Administrativo falló el negocio en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de carencia de la personería sustantiva de la actora, y consecuencialmente negó las peticiones de la demanda.

La demandante apeló de esta providencia para ante el Consejo de Estado, en donde el juicio se adelantó hasta la citación para sentencia; mas como por efectos del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia sobre la inexequibilidad de las disposiciones sobre indemnización por trabajos públicos que contiene la ley 167 de 1941, y como conforme al Decreto 0283 de 1956 corresponde a esta Sala de Negocios Generales el conocimiento de los negocios de este género, el H. Consejo de Estado lo remitió en el estado en que se encontraba.

Conforme al Decreto que acaba de citarse, las actuaciones surtidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa son válidas. Como, de otra parte, se trata de una ocupación que tiene carácter permanente, entra la Sala a resolver el presente litigio, previas las consideraciones siguientes:

En su demanda, la actora ejercitó la acción consagrada en los artículos 261 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, encaminada a obtener que se indemnice a los particulares perjudicados con motivo de la realización de una obra o trabajo público de todos los perjuicios que por ésta se les hayan causado.

De conformidad con los artículos 263 y 264 del referido Código, la demanda deberá presentarse al Tribunal competente "a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación", y en ella se deberá expresar el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación y el monto de la indemnización.

Interpretando estas normas, la jurisprudencia tiene de antiguo establecidos como requisitos fundamentales que el demandante debe acreditar para el éxito de las acciones de esta clase propuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa con anterioridad a la sentencia sobre inexequibilidad de que antes se habló, las siguientes:

1º—Comprobación de la fecha en que ocurrió el daño o se realizó la ocupación, a fin de que el juzgador pueda determinar si la demanda fue o no presentada dentro del término perentorio establecido por el artículo 263 citado.

2º—Comprobación del carácter o título con que la indemnización se reclama que no es otro que la demostración de que el derecho de dominio sobre el inmueble afectado por el trabajo público corresponde realmente al actor, encaminado a acreditar la legitimación o el interés que en la causa pueda asistir al demandante.

3º—Comprobación del carácter público del trabajo que ha causado el perjuicio, pues se trata de una acción especial que sólo puede dirigirse contra las entidades de derecho público y por medio de la cual no podría reclamarse una indemnización producida por trabajos de carácter particular o privado, obligación ésta que comprende la de señalar el funcionario o agente público que haya ordenado la realización de los trabajos, pues sin este señalamiento y sin la demostración del carácter público con que actúa, no podría deducirse responsabilidad alguna a cargo de la entidad demandada.

4º—La demostración del daño causado, ya que si éste no se ha producido no procede tampoco la indemnización.

Para acreditar los anteriores elementos la actora en la primera instancia presentó las siguientes pruebas: a) Escritura número 1287 de 21 de mayo de 1935, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, por la cual Leonor Suescún de Gutiérrez vende a Lucrecia Suescún de Meek un derecho proindiviso en el inmueble afectado; b) Escritura número 1475 de 10 de junio de 1935, Notaría

2ª de Bogotá, por la cual José Suescún Terán vende a Lucrecia Suescún de Meek otro derecho proindiviso en el mismo inmueble; c) Escritura número 804 de 26 de mayo de 1933, Notaría 1ª de Bogotá, por la cual Cecilia Suescún de Dávila vende a Lucrecia Suescún de Meek otro derecho proindiviso, equivalente a la décima parte de la casa mencionada; d) Un certificado expedido por la Oficina del Plan Regulador de Bogotá, el cual se acompaña una copia del Registro número 470, sobre la zona que del mismo inmueble fue ocupada por el Municipio para el ensanche de la calle 13); e) Un documento que contiene la demarcación a la que los interesados deberán ceñirse en la construcción que se proyectaba en el dicho predio; f) Otro certificado marcado con el número 355, expedido por el Departamento de Control de Obras Públias en donde consta que la construcción levantada sobre el terreno en mención se recibió por el Municipio el 14 de junio de 1961; g) Escritura número 340 de 19 de febrero de 1935, Notaría 4ª de Bogotá, que contiene la protocolización del juicio sucesorio de doña Lucrecia Terán v. de Suescún y la cartilla de adjudicación de la demandante; h) Un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, en donde consta que el inmueble en referencia no está afectado con gravámenes ni aparece haber sido enajenado por sus propietarios; no acredita este certificado ni que los títulos que él relaciona se hallen vigentes ni que el derecho de dominio se halle radicado en cabeza de la demandante en su totalidad; i) La inspección ocular practicada por el Tribunal de instancia y el dictamen de los peritos.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo consideró que en el caso de autos no era posible dictar sentencia sobre el fondo del negocio por no haber evidenciado la actora su capacidad para ser parte, su legitimación en la causa, pues de los documentos presentados no se podía deducir que ella fuera propietaria de la totalidad del derecho de dominio sobre el inmueble que se dice afectado por los trabajos públicos. Dijo así el Tribunal:

"Según el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, Lucrecia Suescún de Meek adquirió en el inmueble 14-49 de la calle 13, los siguientes derechos:

"1 derecho por 1.893.54 de José Suescún Terán.

"1 derecho por 832.19 de Leonor Suescún de Gutiérrez.

"Valor de estos derechos, $ 2.725.73.

"Estos derechos son los referidos en las escrituras públicas números 1287 y 1475 antes relacionadas, y proceden de la sucesión de Lucrecia Terán v. de Suescún.

"Relacionando todos estos documentos en cuanto a la citada sucesión corresponde, se tiene que la demandante es dueña de los siguientes derechos:

"Los dos anteriores por valor de .....$ 2.725.73
"El que le fue adjudicado en la misma sucesión por 782.49
"Total de sus derechos en la sucesión dicha 3.508.22
"Sucesión de Nicolás Suescún.

"Según el certificado del Registrador, en esta sucesión fueron adjudicatarios de derechos pro indivisos en la misma finca, pues los puntos de este documento se refieren a ella, además de la demandante Lucrecia Suescún de Meek, los siguientes cada uno con un derecho por valor de $ 260.82:

"Soledad, Leonor, Cecilia y José I. Suescún. En cuanto a la primera (Soledad Suescún), no hay constancia en autos de que la primera haya transferido su derecho a la demandante en esta sucesión. En cuanto a Leonor y José Suescún, tampoco está acreditado que hayan transferido sus derechos en esta sucesión a la demandante, porque la transferencia de que se ha hecho mérito y de acuerdo con los títulos examinados y el certificado, se refieren a la sucesión de Lucrecia Terán v. de Suescún. Si bien es cierto que el último de los nombrados declaró extinguidos sus derechos en el inmueble por las transferencias de sus derechos en favor de la demandante, esta declaración no es suficiente para llenar los vacíos anotados. En cuanto a Cecilia Suescún de Dávila, esta señora sí transfirió a la demandante su derecho en la sucesión de Nicolás Suescún como consta en la escritura número 804 de 26 de mayo de 1933 de la Notaría 1ª de Bogotá. En esta escritura se dice que esta transferencia se hace para cumplir el convenio celebrado entre los herederos de Lucrecia Terán v. de Suescún contenido en documento privado de fecha 6 de abril de 1932 respecto a la forma como debe hacerse la partición de los bienes de esta mortuoria y los que a cada uno de ellos debe adjudicarse. Como este documento no fue traído al juicio, no es posible

conocer sus estipulaciones para saber si, de acuerdo con ellas, la demandante puede considerarse como única propietaria del inmueble objeto de la demanda. Y tampoco aparece el título de adjudicación de la demandante en esta sucesión, no obstante que según el certificado del Registrador ella es adjudicataria de un derecho proindiviso por valor de $ 260.92. Hoy por hoy, lo único demostrado es que ella es dueña de los derechos proindivisos que se han relacionado, pero no de todos como se ha visto, lo cual lleva a la conclusión de que es simplemente comunera en la proporción de esos derechos.

"Respecto de tal proporción también hay que observar lo siguiente:

"No existe correspondencia entre el avalúo total dado a la finca en los distintos documentos examinados, pues en tanto que en la escritura número 1475, venta de José Suescún Terán a Lucrecia Suescún de Meek y en el certificado del Registrador se habla de un avalúo de $ 8.470.00, en la hijuela de adjudicación de Lucrecia Suescún de Meek se habla de un avalúo de $ 5.000.00; estos avalúos se refieren a la sucesión de Lucrecia Terán de Suescún. De manera que sumados los valores de las transferencias hechas a la demandante en esta sucesión y comparado el total con uno y otro avalúo, se tiene el siguiente resultado:

"Venta de Leonor Suescún de Gutiérrez	$ 832.19
"Venta de José Suescún Terán.....	1.003.54
"Adjudicación a Lucrecia Suescún de Meek	762.49
Total.....	$ 3.508.22
"Avalúo total según unos títulos.....	$ 8.470.00
"Avalúo total según otros títulos.....	$ 5.000.00

"Sea que se tome el avalúo menor o el mayor del inmueble, en la sucesión de Lucrecia Terán de Suescún, la suma del valor de los derechos adquiridos por la demandante, no cubre ninguno de ellos".

Como los anteriores razonamientos del Tribunal tienen pleno respaldo en el expediente, la Sala estima que su sentencia se ajusta a las normas legales pues la demandante sólo logró evidenciar que formaba parte de la comunidad que con otras personas existe, o existía sobre el inmueble objeto del litigio y que, por lo mismo, la actora no podía pedir para sí sino para la comunidad de la cual es o era miembro.

Pruebas en la segunda instancia

Para remediar la situación anterior, varios meses después de proferida la sentencia de primera instancia, se suscribió por todos los comuneros en el inmueble en litigio la escritura pública 3229, otorgada ante el Notario primero de Bogotá el 2 de julio de 1954, por la cual Leonor Suescún de Gutiérrez, Soledad Suescún Terán y José Ignacio Suescún Terán transfieren a la demandante, a título de venta, los derechos que en común los habían sido adjudicados en la sucesión de su padre don Nicolás Suescún y vinculados en la casa en referencia; por la cual doña Cecilia Suescún de Dávila ratifica la venta que de sus derechos le había hecho a la misma compradora por escritura 804 de 1933; por la cual se aclara igualmente que pertenecen a la demandante los derechos que a Leonor y a José Ignacio se habían adjudicado en la sucesión de su madre doña Lucrecia Terán, y en fin, por la cual se declara que la actora es hoy propietaria de la totalidad del inmueble en referencia.

Se presentó también un nuevo certificado del Registrador de Instrumentos Públicos en donde además de hacerse referencia a la escritura anterior, se certifica que el inmueble no ha sido enajenado por doña Lucrecia Suescún de Meek y que se halla libre de todo gravamen.

El apoderado de la actora considera que en virtud de los documentos anteriores ha cambiado fundamentalmente la situación jurídica y que por ello debe accederse a las peticiones de la demanda.

En igual sentido conceptuó el señor Fiscal del Consejo de Estado quien, a pesar de oponerse a que se admita la condenación al pago de intereses como equivalentes al lucro cesante por considerar que tal cosa sólo puede tener cabida en el caso de mora en el pago de sumas líquidas de dinero y no en tratándose de perjuicios que deben comprobarse, acepta que por haber acreditado la actora su calidad de propietaria exclusiva, debe condenarse al municipio al pago de la zona ocupada.

No comparte la Sala los anteriores conceptos porque la acción se ha propuesto en nombre de doña Lucrecia Suescún de Meek y el pago de la indemnización se ha pedido para ella, y porque el hecho de que en 1954 la expresada señora hubiera adquirido la totalidad del derecho de dominio en el inmueble desmembrado en 1930 no destruye, y por el contrario, confirma que fue la comunidad que anteriormente existía, y no la de-

mandante, la víctima de los perjuicios ocasionados por la ampliación de la calle 13. En efecto, en el momento en que los trabajos públicos se llevaron a cabo, el inmueble afectado por ellos pertenecía a la comunidad y por consiguiente era a ésta a quien asistía el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que dichos trabajos produjeron. La demandante, en ese momento, si bien comunera en el bien perjudicado, era persona distinta de la comunidad de que formaba parte, y si como condueña tenía personería suficiente para demandar en nombre y para la comunidad, no la tenía para hacerlo en nombre propio. Por eso es jurídica la conclusión del Tribunal de primera instancia cuando afirma que la demandante no logró legitimar su interés en la causa.

Pero se afirma ahora que en virtud de la venta que de sus cuotas partes en el inmueble hicieron a la señora de Meek sus copartícipes, conforme aparece de la escritura 3229 de 2 de julio de 1954, esta falla de la demanda ha quedado subsanada. No lo cree así la Sala porque al nacer, la acción indemnizatoria se consolidó en cabeza de la comunidad y de autos no aparece que haya sido objeto de cesión a favor de la demandante ni antes ni después de la presentación de la demanda. La escritura 3229 citada acredita solamente, que la demandante es en la actualidad propietaria exclusiva del inmueble, mas no comprueba que lo fuera en el momento en que el trabajo público se realizó, en forma que pudiera afirmarse que ella fue la víctima de los perjuicios ocasionados y que, como tal, se hubiera hecho titular de la acción indemnizatoria. Ni acredita tampoco que la acción que asistía a la comunidad le hubiera sido cedida.

Cuando los comuneros vendieron a la demandante sus cuotas, es decir, cuando se otorgó la escritura 3229 de 2 de julio de 1954, ésta adquirió el inmueble en la forma y extensión que tenía en ese momento, o lo que es igual, adquirió la propiedad sobre un inmueble ya desmembrado, de suerte que de existir la acción, continuaría radicada en el patrimonio de la comunidad.

Sin que pueda ser eficaz para cambiar la situación de la demandante la afirmación de que el resto de los comuneros le había transferido sus cuotas por documento privado extendido con anterioridad a la escritura pública en que tal hecho se hizo constar, pues conforme al artículo 1857 del C. C. la compraventa de bienes raíces, de servidumbres o de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública.

De lo expuesto resulta que la demandante carece del título indispensable para demandar la indemnización y pago de los perjuicios ocasionados con los trabajos de ampliación de la calle 13. Mas como ya se vio que ese título constituye uno de los elementos esenciales de la acción propuesta, las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

Dada esta razón, se hace innecesario el estudio de los demás presupuestos procesales que atrás se enumeraron.

Mas como la falta del título de propiedad se traduce en este caso en la inexistencia del derecho invocado para la actora, y como el Tribunal, en la sentencia que se revisa, no llegó a esta conclusión sino que dedujo la "excepción perentoria de forma de carencia de personería sustantiva de la actora", el fallo habrá de revocarse para, en su lugar, absolver al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, de los cargos de la demanda.

En consecuencia de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA el fallo apelado y, en su lugar, ABSUELVE al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, de los cargos de la demanda.

Costas a cargo de la demandante.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Srio.

EL CESIONARIO NO PUEDE EJERCER LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS POR CARECER DE CAPACIDAD JURIDICA PARA TRANSFERIR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE AFECTADO A LA ADMINISTRACION

1.—La propiedad, como toda la masa de bienes del causante en estado de indivisión corresponde a los herederos en conjunto. Estos tienen la posesión legal desde el momento en que se les defiere la herencia. Es verdad que a términos del artículo 757 del C. C., la posesión legal no habilita a los herederos para disponer en manera alguna de un inmueble mientras no proceda el decreto judicial que da la posesión efectiva y el registro del mismo y de los títulos que confieran el dominio. Pero esto no es óbice para que la sucesión, o sean los herederos, que representan la persona del difunto en todos los derechos y obligaciones transmisibles, puedan pedir la indemnización que correspondía a aquél y estén obligados asimismo a satisfacer la contraprestación correlativa de otorgar el título a la entidad demandada. La capacidad jurídica para responder de las obligaciones del causante y hacer efectivos los derechos del mismo, sin que sea forzoso que medie la posesión efectiva y la partición, está reconocida en el artículo 1155 del C. C.

2.—Uno de los demandantes es cesionario del derecho que pueda reconocerse por la ocupación del inmueble de que es copropietario el cedente. Lo cedido no es el dominio de la zona ocupada sino el eventual derecho a la indemnización, por lo cual es perfectamente claro que el cesionario no tiene capacidad jurídica para disponer del inmueble, ni facultad para hacerlo. Ahora bien, dada la naturaleza de la acción indemnizatoria por trabajos públicos, el demandante ha de ser dueño del inmueble que ha ocupado la entidad pública con motivo del trabajo pues las resultas del pleito afectan tal dominio. El actor ha de transferir su derecho de propiedad al demandado. Sería ilógico el ordenamiento judicial que recayera sobre persona no dueña del bien y resultaría improcedente dictarlo en contra de persona extraña a la litis. El contrato de cesión no puede tener más alcance del que realmente le corresponde: el de percibir el valor de la indemnización. El cesionario en este caso no ocupa el lugar del cedente en las resultas del pleito, porque, como ya se dijo, sólo tiene acción en este juicio especial quien es dueño del bien raíz afectado por el trabajo público y puede válidamente enajenarlo.

3.—Si el causante no era propietario exclusivo del inmueble sino únicamente poseedor de derechos en común, y tal comunidad indivisa continúa vigente, los herederos, demandantes en el juicio, no tienen el dominio sobre un cuerpo cierto, y en tal circunstancia sólo podrían legalmente transferir sus respectivos derechos en la comunidad. De modo que, no pudiendo éstos transferir el dominio del inmueble al demandado, como no lo puede hacer tampoco el cesionario codemandante, quien ni siquiera tiene derechos en la comunidad, la acción ha de serles desfavorable a todos los actores. Porque el litigio, cuyo objeto es el traspaso de la propiedad inmueble que ha sido ocupada por la Administración mediante el pago que ésta haga de su valor, quedaría sin solución al disponerse solamente el traspaso de parte de derechos en común y proindiviso en la propiedad.

Estas consideraciones permiten concluir que hay falta de legitimación en la causa en los demandantes, por no ser ninguno de ellos propietario exclusivo del inmueble objeto del juicio. Han debido demandar en nombre y para la comunidad en la cual tienen sus derechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado judicial los señores Manuel Medina Herrera, Leonidas Albornoz Medina, Carlos Albornoz Medina y Beatriz Albornoz Medina de Palacio demandan ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, por los trámites de los artículos 263 y siguientes de la ley 167 de 1941, al Municipio de Bogotá, para que éste sea condenado a pagar al primero como cesionario de Silvia Albornoz López y a los últimos como herederos de Guillermo Albornoz López y para la sucesión de éste, las sumas de $ 31.312.80, como daño emergente, y $ 150.00 mensuales como lucro cesante, a título de indemnización de perjuicios derivados de la ocupación de una zona de terreno y su edificación, correspondientes a la casa número 7-34 y 7-38 de la carrera 13 de esta ciudad, que el Municipio de Bogotá tomó con destino al uso público con motivo de los trabajos de ampliación de la carrera 14. La indemnización corresponde por iguales partes a Manuel Medina Herrera y a la sucesión de Guillermo Albornoz López.

Los hechos que sustentan la demanda hacen relación a la propiedad de Silvia Albornoz López y de la sucesión de Guillermo Albornoz López del inmueble números 7-34 y 7-38 de la carrera 13, cuyos linderos se transcriben; a la ocupación de la zona de terreno perteneciente a tal inmueble con motivo de la ampliación de la avenida Caracas; al valor de la zona segregada y al de los arrendamientos que hubiera producido; a la calidad de herederos de Guillermo Albornoz López que tienen los demandantes Albornoz Medina, y a la cesión del derecho a percibir la indemnización reclamada que hizo la copropietaria Silvia Albornoz López al demandante Manuel Medina Herrera.

Las pruebas que el actor acompañó a la demanda y las que se produjeron en el juicio son las siguientes:

1.—Copia de la escritura pública número 3607, de diciembre de 1939, de la Notaría 4ª de Bogotá, que protocoliza el acta del remate efectuado por Guillermo Albornoz López del inmueble números 7-34/38 de la carrera 13 (fs. 41 a 43, cuad. número 1).

2.—Copia de la escritura pública número 857, de 1º de abril de 1940, de la Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual Guillermo Albornoz López vendió a la señorita Silvia Albornoz López la mitad proindiviso del inmueble anteriormente mencionado (fs. 44 a 45 v. cuad. número 1).

3.—Certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, sobre vigencia de los registros correspondientes a los títulos antes relacionados, y suficiencia de los mismos (fs. 52 y 53, cuad. número 1, y 12, cuad. número 2).

4.—Copia auténtica que acredita la reconstrucción del juicio de sucesión de Guillermo Albornoz López, que contiene la declaratoria de herederos de Leonidas, Carlos y Beatriz Albornoz Medina (fs. 46 a 49 vuelto, cuad. número 1).

5.—Copia de la escritura pública número 104 de 21 de enero de 1949, Notaría Quinta de Bogotá, por la cual Silvia Albornoz López otorga poder general al doctor Alfonso Albornoz Medina (fs. 13 y 14 cuad. número 2).

6.—Documento privado de 2 de febrero de 1940, por el cual el doctor Alfonso Albornoz Medina "cede por valor recibido al señor Manuel Medina Herrera, mayor y de esta misma vecindad, el derecho que su poderdante señorita Silvia Albornoz López tiene contra el Municipio de Bogotá para que éste le indemnice los perjuicios provenientes de haber tomado de hecho para convertirlo en vía pública, hoy Avenida Caracas, el inmueble que tuvo los números 7-34, 7-38 de la carrera 13..." (f. 2, cuad. número 1), y actuación surtida ante el Juzgado Primero Civil del Circuito sobre notificación al Personero Municipal de Bogotá de la cesión relacionada (fs. 1 a 4 cuad. número 1).

7.—Inspección ocular llevada a cabo por el Tribunal Administrativo de Bogotá al inmueble materia de la litis, cuya parte principal dice: "El personal de la diligencia procedió en seguida a identificar el lote materia de ésta, conforme a los linderos relacionados en el hecho segundo de la demanda... y estableció los siguientes hechos: Que conforme al plano que obra al folio 56 del cuaderno 1º fue tomada del costado occidental de la misma finca una zona para la ampliación de la Avenida Caracas, zona cuyas dimensiones y área se especifican en dicho plano; que en la actualidad el lote restante no tiene edificación y está cubierto a manera de caidizo, con una nomenclatura provisional que lleva el número 7-36 de la mencionada carrera 13" (f. 16, cuad. Nº 2).

8.—Dictamen rendido por los peritos Guillermo Sanz Mazuera y Carlos Arturo Díaz en que determinan el área del terreno particular que hoy forma parte de la Avenida Caracas, y la del terreno restante, previa identificación del inmueble y examen del plano suministrado por la Secretaría de Hacienda —Sección de Administración de In-

muebles—, el cual adjuntan; valor del terreno segregado y de la edificación derruída, así como el que hubiera producido el inmueble y el monto del impuesto de valorización (fs. 19 a 21, cuad. número 3).

9.—Nota de fecha 19 de agosto de 1949, dirigida por el Director de la Sección de Adquisición de Inmuebles del Municipio de Bogotá al doctor Alfonso Albornoz Medina en que le comunica el precio convenido por la zona y edificación, así: "Area de la zona 231.16 v2. a $ 60.00 cada una, $ 13.869.60. Edificación afectada en la zona indicada, 218.04 m2. en los varios pisos (1 y 2 pisos), a razón de $ 80.00 c/u. m2. por piso. $ 17.443.20. **Total pagadero en dinero**, $ 31.312.80. Valorización por descontar, liquidada sobre el área restante de la finca, $ 2.676.31 m/c." (fs. 50, cuad. número 1).

10.—Declaraciones rendidas por la señora Elvira Calderón de Beltrán y Laureano Silva. La primera expresa que presenció la demolición de la casa números 7-34 y 7-38 de la carrera 13, del 5 de diciembre de 1949 en adelante, pues en tal fecha habitaba allí como inquilina de don Guillermo Albornoz López, al cual le pagaba un arrendamiento de ciento cuarenta pesos mensuales, fuera de un local destinado a peluquería. Laureano Silva declara que como contratista del Municipio demolió el inmueble relacionado, en diciembre de 1949, para la ampliación de la Avenida Caracas (fs. 7 vuelto y 9 cuad. número 2).

Contestada la demanda por el señor Personero Municipal de Bogotá, quien se opuso a las declaraciones impetradas por no constarle los hechos y negar el derecho en que se apoya, siguió el juicio el trámite pertinente que finalizó con la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1951, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Condénase al Municipio d Bogotá a pagar al señor Manuel Medina Herrera en su carácter de cesionario de la señorita Silvia Albornoz López, de una parte, y a la sucesión del señor Guillermo Albornoz López, representada por sus herederos señores Leonidas Albornoz Medina, Carlos Albornoz Medina y Beatriz Albornoz de Palacio, de otra parte, la suma de treinta y cinco mil seiscientos sesenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 35.662.80) moneda corriente. La expresada cantidad debe pagarse por el Municipio de Bogotá a los demandantes tan pronto como quede ejecutoriado este fallo (artículo 546 del C. J.). La mitad de la suma anterior deberá pagarse al señor Manuel Medina Herrera y la otra mitad a la sucesión prenombrada, representada por los herederos citados. Parágrafo: Para obtener este pago deberán los actores otorgar previamente a favor del Municipio de Bogotá, la respectiva escritura para que sirva a éste de título de dominio sobre la referida zona".

El fallo fue apelado por el Personero de Bogotá. El Consejo de Estado tramitó el recurso hasta poner el juicio en estado de recibir sentencia definitiva, y luego lo remitió a esta Sala de la Corte para decisión (Decreto 3293 de 1956 y fallo de Corte Plena de 20 de junio de 1955). La Sala procede a resolver.

El fallo que se revisa da por establecidos los presupuestos de la acción, que es la indemnizatoria de perjuicios cuando se ocupa una propiedad privada a causa de un trabajo público. (Art. 263 C. C. A.).

Ningún reparo han hecho la parte demandada ni el Ministerio Público al valor probatorio de los elementos de convicción allegados al expediente por el actor para acreditar la ocupación del inmueble con motivo del trabajo de ampliación de la Avenida Caracas, y el monto de la indemnización. La propia Secretaría de Hacienda elaboró el plano de la propiedad, indicando la superficie del terreno y el área construída, lo mismo que la zona y edificación afectadas (f. 18, cuad. número 2). El Director de la Sección de Adquisición de Inmuebles, en nota dirigida al doctor Alfonso Albornoz Medina, ratifica el convenio a que llegaron sobre el precio de la indemnización, el cual es de $ 31.312.80, discriminando el que corresponde al terreno ocupado y el de la edificación derruída (f. 50, cuad. número 1). Estos documentos de procedencia oficial han obrado en autos con conocimiento de la parte demandada sin ser objeto de tacha alguna por su parte. La inspección ocular hace prueba en cuanto a los hechos observados por el funcionario: ocupación y ampliación de la vía. El dictamen pericial, que basa sus conclusiones en los anteriores medios probatorios y en la prueba testifical a que antes se hizo referencia, también tiene plena eficacia probatoria. Los peritos avalúan el monto del perjuicio por la ocupación en $ 31.312.80 y la valorización del resto del inmueble en $ 2.676.31, acogiendo así los datos oficiales; además fijan el lucro cesante del inmueble en $ 150.00 mensuales. Por consiguiente, el trabajo público, la ocupación y el monto de los perjuicios se hallan debidamente acreditados.

Propiedad

Se expresa en la demanda que la mitad del inmueble objeto del pleito pertenece a la sucesión del señor Guillermo Albornoz López, y la otra mitad a la señorita Silvia Albornoz López.

Sucesión de Albornoz López.—Se acreditan los derechos de ésta en el inmueble con los siguientes documentos: a) Copia de la escritura número 3607, de 6 de diciembre de 1939, de la Notaría Cuarta de Bogotá, que protocoliza las diligencias del remate efectuado en favor de Guillermo Albornoz López del inmueble materia del juicio, llevado a cabo en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 24 de julio, aprobado el 1º de septiembre y registrado el 23 del mismo mes y año (fs. 41 a 43 v. del cuad. número 1); b) Copia tomada del juicio de sucesión de Guillermo Albornoz López, expedida por el Juzgado 1º Civil del Circuito, en que consta que por autos de 9 de septiembre, 3 y 21 de octubre, 5 y 15 de noviembre de 1940, fueron reconocidos como herederos ab-intestato, en su condición de hermanos del causante, los señores Silvia, Roberto y Radesindo Albornoz López, y por representación de Leonidas Albornoz, hermano del mismo, a los señores Carlos Albornoz Medina, Leonidas Albornoz Medina, Beatriz Albornoz Medina y Alfonso Albornoz Medina; c) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá sobre la propiedad de Guillermo Albornoz López, la vigencia del registro correspondiente y suficiencia del título (fs. 12, cuad. número 2).

Silvia Albornoz López.—Conforme a la escritura pública número 657, de 1º de abril de 1940, de la Notaría Cuarta de Bogotá, cuya copia obra a folios 44 a 45 vuelto del cuaderno número 1, la prenombrada señorita Silvia Albornoz adquirió la mitad proindiviso del inmueble por compra a Guillermo Albornoz López. El registro de la venta está certificado por el Registrador de Bogotá, lo mismo que su vigencia y la suficiencia del título (fs. 52 y 53 del cuad. número 1).

Intervienen en el juicio como demandantes Leonidas, Carlos y Beatriz Albornoz Medina, quienes piden para la sucesión de Guillermo Albornoz López, y el señor Manuel Medina Herrera, quien invoca su calidad de cesionario del derecho a la indemnización de perjuicios que corresponde a la señorita Silvia Albornoz López.

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo afirma que los aludidos demandantes no tienen capacidad jurídica suficiente para recibir el valor de la indemnización que demandan y mucho menos para otorgar, como compensación correlativa a ese pago, la escritura de venta al Municipio de Bogotá, de acuerdo con lo que ofrecen en la demanda y con lo que sobre el particular ordena la ley. Y al efecto expone: "...antes se vio que la señorita Silvia Albornoz López es **dueña** de una mitad del inmueble a que la demanda hace referencia, según lo acreditan los títulos de propiedad que figuran en el expediente. También ha quedado establecido que el señor Manuel Medina Herrera interviene como demandante en su condición de **cesionario** de aquella condueña, conforme al contrato contenido en documento privado de 2 de febrero de 1949. Pero es claro que si dicha comunera no se ha desprendido del derecho de **dominio** que tiene radicado sobre el aludido inmueble en favor del señor Medina Herrera, éste carece de personería sustantiva para ejercitar la acción indemnizatoria de perjuicios de que tratan los preceptos legales antes citados, pues no podrá, por no ser de su 'propiedad particular', 'otorgar a favor del Municipio de Bogotá' la respectiva escritura para que sirva a éste de título de dominio sobre la referida zona', como lo ordena la sentencia apelada, sin duda alguna equivocadamente por haber dado al contrato de cesión un alcance distinto del que tiene en realidad. Y si el inmueble..., no es de la **propiedad particular del** actor Medina Herrera, de acuerdo con lo que estatuyen los artículos 669, 740, 745 y 758 del Código Civil y sus concordantes, tampoco resulta serlo de los co demandantes Albornoz Medina como herederos del señor Guillermo Albornoz López, mientras en la respectiva partición no se les adjudique en concreto la cuota de que era dueño dicho causante, que, como se sabe, es uno de los modos de transferir el dominio de los bienes raíces, según el artículo 765 del mismo Código; lo que significa que estos señores están colocados en condiciones análogas a las del señor Medina Herrera...". Con base en estas razones la Fiscalía es de concepto que se revoque la sentencia apelada.

Se considera:

Ya se ha visto que el señor Guillermo Albornoz López era titular de un derecho equivalente a la mitad del inmueble materia del pleito en el momento de morir, y que el registro correspondien-

le no ha sido cancelado. De lo que se sigue que la propiedad, como toda la masa de bienes del causante en estado de indivisión corresponde a los herederos en conjunto. Estos tienen la posesión legal desde el momento en que se les defiere la herencia. Es verdad que a términos del artículo 757 del Código Civil, la posesión legal no habilita a los herederos para disponer en manera alguna de un inmueble mientras no precede el decreto judicial que da la posesión efectiva y el registro del mismo y de los títulos que confieran el dominio. Pero esto no es óbice para que la sucesión, o sean los herederos, que representan la persona del difunto en todos los derechos y obligaciones trasmisibles, puedan pedir la indemnización que corresponda a aquél y estén obligados asimismo a satisfacer la contraprestación correlativa de otorgar el título a la entidad demandada. La capacidad jurídica para responder de las obligaciones del causante y hacer efectivos los derechos del mismo, sin que sea forzoso que medie la posesión efectiva y la partición, está reconocida en el artículo 1155 del Código Civil.

El demandante Manuel Medina Herrera es cesionario del derecho que pueda reconocerse a la señorita Silvia Albornoz López por la ocupación del inmueble de que es copropietaria, según el contrato de cesión que obra en los autos. Lo cedido no es el dominio de la zona ocupada sino el eventual derecho a la indemnización, por lo cual es perfectamente claro que el cesionario no tiene capacidad jurídica para disponer del inmueble de la señorita Albornoz López, ni facultad para hacerlo. Ahora bien, dada la naturaleza de la acción indemnizatoria que se ventila en este juicio, el demandante ha de ser el dueño del inmueble que ha ocupado la entidad pública con motivo del trabajo, pues las resultas del pleito afectan tal dominio. El actor ha de transferir su derecho de propiedad al demandado. Sería ilógico el ordenamiento judicial que recayera sobre persona no dueña del bien y resultaría improcedente dictarlo en contra de persona extraña a la litis. El contrato de cesión entre la señorita Albornoz López y el señor Medina Herrera no puede tener más alcance del que realmente le corresponde: el de percibir el valor de la indemnización. El cesionario en este caso no ocupa el lugar del cedente en las resultas del pleito, como lo ha considerado su apoderado, porque, como ya se dijo, sólo tiene acción en este juicio especial quien es dueño del bien raíz afectado por el trabajo público y puede válidamente enajenarlo.

En juicio de esta misma naturaleza, fallado por la Sala el 18 de junio último, se dijo en relación con el punto tocante a la propiedad: "...uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del Código Judicial. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble... Se carece pues de la prueba legalmente admisible que acredite el interés jurídico del demandante en el pleito, es decir, la de ser **legítimo dueño del inmueble.** Conclusión que obliga a la Sala a fallar en forma adversa a sus pretensiones. Pues la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción de parte del actor. No se trata aquí de la falta de un presupuesto procesal, que conduciría a la inhibición del juzgador para fallar, sino de un elemento estructural de la acción, de un requisito necesario para obtener sentencia favorable: el de demostrar el demandante **ser propietario del inmueble expropiado**".

Se dijo antes que los herederos del señor Guillermo Albornoz López representan la persona de éste para suceder en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles conforme a la ley, y por lo mismo tienen capacidad jurídica para reclamar lo que en tal calidad les corresponde. Pero el causante no era propietario exclusivo del inmueble sino únicamente poseedor de derechos en común con la señorita Silvia Albornoz, y tal comunidad indivisa continúa vigente. O sea que los herederos, demandantes en el juicio, no tienen el dominio sobre un cuerpo cierto, y en tal circunstancia sólo podrían legalmente trasferir sus respectivos derechos en la comunidad. De modo que, no pudiendo éstos trasferir el dominio del inmueble al demandado, como no lo puede hacer tampoco el co-demandante Medina Herrera, quien ni siquiera tiene derechos en la comunidad, la acción forzosamente ha de serles desfavorable a todos los actores. Porque el litigio, cuyo objeto es el traspaso de la propiedad inmueble que ha sido ocupada por la Administración mediante el pago que

ésto haga de su valor, quedaría sin solución si disponerse solamente el traspaso de parte de derechos en común y proindiviso en la propiedad.

Estas consideraciones permiten concluir que hay falta de legitimación en la causa de los demandantes Manuel Medina Herrera y en los herederos de Guillermo Albornoz Lopez, por no ser ninguno de los codemandantes propietarios exclusivos del inmueble objeto del juicio. Por consiguiente, en acuerdo con el Ministerio Público, la sentencia de primer grado ha de revocarse.

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 el fallo materia de la apelación, y en su lugar absuelve al Municipio de Bogotá de los cargos formulados en la demanda.

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

Aníbal Cardoso Gallán - Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE EL ACTOR, EN ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS, DERE DEMOSTRAR EL DOMINIO DE LA ZONA OCUPADA

No se discute, en el juicio de indemnización de perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, el dominio de los bienes raíces; mas, no obstante, él debe demostrarse de manera plena, puesto que si se condena a la entidad demandada a pagar, a título de indemnización, el valor del inmueble ocupado, es obvio que el actor está obligado a transferirle el derecho de propiedad en dicho inmueble, y entonces esa transferencia debe hacerse cumpliendo, al respecto, todos los ordenamientos legales, entre ellos el de establecer la tradición completa del mismo inmueble, para lo cual es indispensable el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., certificado que ha de referirse a un período de veinte años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló este negocio, el 4 de junio de 1954, condenando al Municipio de Bogotá a pagar al señor Francisco Ramírez Gómez, o a quien sus derechos represente, la suma de cincuenta y cuatro mil novecientos noventa y ocho pesos con ocho centavos ($ 54.998.08), "como valor de las 61,23 v2. que fueron segregadas de su propiedad de la calle 17 número 7-80-86 de esta ciudad de Bogotá y que hoy hacen parte de la citada calle 17", y disponiendo que para obtener dicho pago debe el señor Ramírez Gómez otorgar al citado municipio el correspondiente título de propiedad sobre la zona mencionada.

Concedido el recurso de apelación que contra ese fallo interpuso el señor Personero Municipal de Bogotá, se remitió el expediente al Consejo de Estado, en donde se cumplieron debidamente los trámites legales propios de la segunda instancia, y de allí fue enviado a esta Sala de Negocios Generales de conformidad con lo dispuesto en el Decreto legislativo número 0293 del presente año.

Hallándose, pues, el juicio en estado de recibir sentencia de segundo grado, que debe proferir esta Sala según las disposiciones contenidas en el citado Decreto, se procede a su estudio.

Pidió el apoderado especial del señor Francisco Ramírez Gómez, al formular su demanda, "que se condene al Municipio de Bogotá a pagar a mi representado la zona de terreno ocupada para la ampliación de la calle diecisiete (17) entre las carreras 7ª y 8ª, zona que pertenecía a la finca marcada con los números 7-80 y 7-86 de la citada calle 17 de esta ciudad, zona que tiene una extensión superficiaria de sesenta y una varas cuadradas con veintiocho centésimos de vara cuadrada (61,28 v2....)"; y que "como consecuencia de tal condenación se sirvan ordenar que el Municipio de Bogotá pague a don Francisco Ramírez Gómez la cantidad de **sesenta y un mil doscientos ochenta pesos** ($ 61.280.00) moneda legal, y los intereses a la rata comercial, de esta suma, desde cuando ha debido pagarse hasta el día en que el pago se verifique, como lucro cesante, o la suma mayor o menor que determinen los peritos, deduciendo un veinte por ciento (20%) correspondiente al impuesto de valorización, o la que fijen los mismos peritos, estimando a razón de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, la vara cuadrada...".

Los fundamentos de hecho expuestos en la demanda, pueden resumirse así:

Por escritura pública número 52 de 15 de enero de 1949 adquirió el señor Francisco Ramírez Gómez el inmueble ubicado en la calle 17, distinguido con los números 7-80 y 7-86 y allí, previa licencia concedida por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio, construyó un edificio; pero sometiéndose a la demarcación oficial número 2549 de 22 de junio de 1949 tuvo que ceder una zona de sesenta y una varas cuadradas con veintiocho centésimos de vara cuadrada, destinada a

la ampliación de la calle, y de esa manera una parte de la propiedad ha quedado permanentemente ocupada por la entidad demandada.

Al dar respuesta a la demanda negó el señor Personero Municipal de Bogotá los fundamentos de derecho alegados "y la concordancia que guarden éstos con los hechos aducidos, máxime cuando ni por vía de discusión pueden aceptarse éstos, puesto que cualquier posible acción está prescrita...". Y agregó: "Por la razón anterior, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley 167 de 1941, propongo la excepción de prescripción...". Esta tesis la sostuvo con mayor detenimiento en el escrito por el cual apeló del fallo de primera instancia, argumentando que la demanda fue presentada después del término de dos años que fija el artículo 263 del C. C. A. En cambio, los representantes del Ministerio Público en el Tribunal y en el Consejo de Estado no compartieron aquella tesis y se pronunciaron en pro del derecho alegado por el actor quien, para demostrarlo, adujo ante el a quo, entre otros elementos de juicio: copia auténtica y legalmente registrada de la escritura número 53 de 15 de junio de 1949, otorgada en la Notaría 7ª del Circuito de Bogotá; certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito; declaraciones de los doctores Roberto y Luis Gómez Lizarralde; diligencia de inspección ocular y dictamen pericial. La entidad demandada no solicitó prueba alguna.

En su fallo, el Tribunal estudia, en primer lugar, la excepción perentoria de prescripción propuesta por el señor Personero, y concluye desestimándola porque, en su concepto, está demostrado en autos que la demanda fue presentada antes de vencerse el término de dos años que para ello fija el artículo 263 del C. C. A.; luego analiza las pruebas según las cuales considera que se hallan plenamente establecidos los elementos axiológicos; acoge, por encontrarlo razonado y fundamentado, el avalúo que los peritos dan a la zona ocupada y la estimación que hacen del lucro cesante; y, por último, deduce el 20% de conformidad con el artículo 368 del Código citado para determinar así en $ 54.998.08 la indemnización que el Municipio de Bogotá debe pagar al demandante.

El primero de los elementos axiológicos de indemnización por perjuicios con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada a causa de trabajos públicos, es el dominio o propiedad de la parte demandante sobre el inmueble ocupado. Por eso el artículo 264 del C. C. A. dispone que en la demanda se exprese, en primer término, "el carácter o título con que la indemnización se reclama".

No se discute, en estos juicios, el dominio de los bienes raíces; mas, no obstante, él debe demostrarse de manera plena, puesto que si se condena a la entidad demandada a pagar, a título de indemnización, el valor del inmueble ocupado, es obvio que el actor está obligado a transferirle el derecho de propiedad en dicho inmueble, y entonces esa transferencia debe hacerse cumpliendo, al respecto, todos los ordenamientos legales, entre ellos el de establecer la tradición completa del mismo inmueble, para lo cual es indispensable el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., certificado que ha de referirse a un período de veinte años. Así lo exige, para los juicios de expropiación, el artículo 832 del C. J. al disponer que la entidad oficial demandante acompañe a su libelo dicho certificado, porque el legislador tuvo en cuenta, seguramente, lo relativo a la transferencia del dominio de que se viene hablando. De manera que si tal requisito es legalmente indispensable en aquellos procesos, también debe serlo en éstos, por existir en unos y otros la misma razón: la de que para la mutación del dominio, en cierto modo forzosa, es preciso establecer en autos que el inmueble se encuentre libre de gravámenes y de vicios que puedan afectarlo, porque de lo contrario quedaría menoscabada, en el comprador, su calidad de dueño. Además, sin la plena comprobación de su propiedad el demandante carece de personería suficiente para reclamar la indemnización; o, dicho en otros términos, mientras él no establezca debidamente que es el dueño de la zona ocupada, para acreditar así que su personería es legítima —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva— no es posible, jurídicamente, ninguna decisión acerca de las declaraciones pedidas en la demanda.

Todas estas razones imponen al juzgador la obligación de examinar, en primer lugar, si el demandante es dueño de la zona cuyo pago reclama. Para ello deben estudiarse cuidadosamente los títulos traídos al juicio, para ver si tienen o no plena eficacia legal, puesto que tratándose de bienes raíces el derecho de dominio debe comprobarse con la escritura pública correspondien-

te, registrada en debida forma, y el certificado sobre suficiencia de ese título, por un período no menor de veinte años, que es el término fijado por la ley para que se extinga la acción ordinaria que pueda surgir en el caso de que la propiedad esté afectada por alguna irregularidad esencial, ya que sin esa certificación, o con una por menor tiempo, no se puede saber si en los veinte años se haya o no inscrito un título en que conste alguna condición resolutoria o cualquier otro defecto de esa naturaleza, título que, en caso de existir y tener vigente su inscripción, incidiría en la tradición del dominio.

Esta es ya doctrina de la Sala expuesta en varios fallos como el que se profirió en junio próximo pasado en el juicio de Crisanto Valdivieso O. contra el Departamento de Santander. Allí se dijo:

"...Porque uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular de lo expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del Código Judicial. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble".

La escritura número 52 de fecha 15 de enero de 1949, acompañada por el actor a la demanda, demuestra que el señor Francisco Ramírez Gómez adquirió, por compra hecha a la señora Midleia Felberg de Fainboim, el derecho de dominio "sobre una edificación de tres (3) pisos junto con el terreno sobre el cual se halla construida y sus anexidades y locales, inmuebles ubicados en el barrio de Las Nieves de esta ciudad de Bogotá...". Y la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial establecen que a ese inmueble corresponde la zona que el Municipio incorporó a la calle 17. Pero ocurre que el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, expedido el 8 de septiembre de 1952 (folios 6 a 7 del cuad. número 1), no satisface las exigencias del ya citado artículo 635 del C. J.

En efecto, la certificación mencionada dice que el demandante señor Ramírez Gómez compró el bien raíz en referencia según la escritura número 52 de 15 de enero de 1949; que la vendedora, señora Midleia Felberg de Fainboim, lo adquirió por compra hecha al señor Gonzalo Caramillo López por escritura 6480 de 18 de diciembre de 1946; que, a su vez, éste lo obtuvo de Gonzalo Posada V., de conformidad con la escritura 1804 de 30 de mayo de 1942; y que el señor Ramírez Gómez no había enajenado esa propiedad.

Como se ve, el tiempo a que se contrae la certificación es inferior a veinte años, por lo cual ésta no es una prueba suficientemente eficaz para los fines que el legislador persigue en el artículo 635 del C. J., esto es la suficiencia del título registrado en donde consta la transferencia del derecho de dominio, lo que está significando que sin esa completa demostración no se puede, como antes se ha dicho, decidir a fondo sobre las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda, porque, como lo expresa el fallo atrás citado, "se carece pues de la prueba legalmente admisible para acreditar el interés jurídico del demandante en el pleito, es decir, la de ser legítimo dueño del inmueble. Conclusión que obliga a la Sala a fallar en forma adversa sus pretensiones. Pues la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción de parte del actor. No se trata aquí de la falta de un presupuesto procesal, que conduciría a la inhibición del juzgador para fallar, sino de un elemento estructural de la acción, de un requisito necesario para obtener sentencia favorable...".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado y en su lugar absuelve al demandado de los cargos formulados en la demanda.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Ruenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara.—Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCIONES DILATORIAS DE INEPTA DEMANDA Y DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

1.—La competencia que mediante la norma del artículo 76 del C. J. se da a los Tribunales Superiores tiene como fundamento la calidad de una de las partes. Siendo así que la Universidad de Antioquia es un ente de derecho distinto al Departamento del mismo nombre, ella no tiene entonces el fuero que consagra la citada disposición, sino que está sometida a las normas comunes.

2.—"La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 333 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal: para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria" (G.XX, pág. 546).

En el presente caso, el hecho generador de la excepción de inepta demanda propuesta por el Departamento, no es procedimental, sino que tiene un sentido sustantivo o de fondo, comoquiera que se niega la relación jurídica entre la demandante y el Departamento. No se trata entonces de un medio exceptivo y mucho menos dilatorio. La cuestión tiene relación directa con la legitimidad de la personería del Departamento, que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, y que por ser una de los elementos esenciales de la acción debe ser resuelta al fallar en el fondo el negocio y no antes, porque ella no concierne al proceso sino a la titularidad para demandar y ser demandado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

- I -

La señora Ana de Jesús Agudelo demandó ante el Tribunal Superior de Medellín al Departamento de Antioquia, "comprendido —dice— el ente administrativo denominado Universidad de Antioquia, representado aquél y éste por el señor Fiscal del mismo Tribunal, por el señor Gobernador de Antioquia y por el señor Rector de la misma Universidad", a fin de que, mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declare:

"a) Que la parte demandada es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales, ocasionados a la suscrita, como madre natural y única heredera universal de la menor occisa, Amparo Agudelo, por la muerte violenta que sufrió ésta, el día 11 de julio del mismo año en curso, en esta ciudad, en accidente de tránsito causado por el dependiente del Departamento —Universidad de Antioquia— señor Alfonso M. Ríos B., cuando conducía el automóvil oficial ameritado en los hechos anteriores.

"b) Que, en consecuencia, la parte demandada está obligada a pagarme la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) o cuanto más probare, por vía de indemnización por perjuicios morales y materiales, causados en el hecho de que da cuenta la petición inmediatamente anterior.

"En primer subsidio, la petición primera principal y condena en abstracto, tasable en articulación, aparte de este juicio.

"En segundo subsidio, que la parte demandada está en la obligación de reembolsarme las expensas de entierro de la menor fallecida, de que se viene hablando".

Expresó la demandante, como hechos fundamentales de su libelo:

Que a eso de las seis y media de la mañana del 11 de julio de 1955 su pequeña hija Amparo, de nueve años de edad, regresaba a la casa por la carrera 46, entre calles 64 y 65, por la cual corría el automóvil oficial del Departamento de Antioquia, marca Buick, al servicio del Rector de la

Universidad de Antioquia doctor Samuel Barrientos Restrepo y conducido por Alfonso M. Ríos E.; que, al cruzar la calzada, la citada menor fue atropellada violentamente por dicho vehículo y quedó muerta allí mismo por las múltiples fracturas de la cabeza, las vértebras cervicales y la espalda; y que, como es natural, el doloroso suceso le ha causado perjuicios morales y materiales.

Como fundamentos de derecho citó la demandante los artículos 2341, 2347, 2349, 2359 y 2360 del C. C.; afirmó que "el Tribunal es competente para conocer de esta acción, por la calidad de la persona demandada, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 76 de la Ley 105 de 1931", y en el mismo libelo nombró su apoderado quien firmó a continuación para aceptar el poder y prohijar la demanda.

Por auto fechado el 29 de septiembre de 1965 se admitió la demanda y se dispuso dar traslado de ella a la parte demandada. El señor Rector de la Universidad, por medio de apoderado y dentro del término legal (artículo 330 del C. J.) propuso, como dilatorias, las excepciones de declinatoria de jurisdicción y de inepta demanda, las que también fueron propuestas por el señor Gobernador, quien para sustentarla acogió los razonamientos expuestos, con el mismo fin, por el personero judicial de la Universidad. El incidente respectivo se tramitó en debida forma y solamente el señor Gobernador hizo uso del término probatorio para traer a los autos copia auténtica de la Ley 73 de 1878.

Con fecha 23 de marzo último profirió su fallo el Tribunal declarando improcedentes las excepciones propuestas y ordenando a la parte demandada contestar la demanda. De esa providencia apelaron el señor Gobernador y el apoderado de la Universidad; el recurso les fue concedido en el efecto devolutivo y en virtud de él se remitió el expediente a esta Sala. Y cumplido como está aquí el trámite legal, se pasa a resolver.

- II -

La excepción de declinatoria de jurisdicción la sustentan los excepcionantes afirmando que, según los cargos formulados en la demanda, no existe ninguna relación jurídica entre la persona demandante y el Departamento de Antioquia por lo cual no se da el caso previsto por el numeral 2º del artículo 76 del C. de P. C. y en consecuencia no compete al Tribunal el conocimiento del negocio puesto que, de otra parte, la Universidad de Antioquia no es una dependencia administrativa del Departamento, sino una persona jurídica propia e independiente según la Ley 73 de 1878 y el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 y por lo mismo no tiene el fuero especial que consagra el numeral 2º del artículo 76 ya citado, sino que está sometida a las normas comunes señaladas en el artículo 109 del C. J. y en las demás disposiciones que lo han adicionado o reformado.

Con respecto a la excepción de inepta demanda se dice que, siendo la Universidad de Antioquia una persona jurídica independiente, no es al señor Gobernador a quien corresponde llevar la representación del ente jurídico demandado, sino al señor Rector de aquel Instituto, de conformidad con la Ley 73 de 1878; y que "en el supuesto de que la persona demandada fuera el Departamento", ya se ha demostrado que no hay ninguna relación jurídica entre éste y la demandante y, por lo demás, no serían el señor Rector ni el señor Fiscal los representantes legales de esa entidad porque el primero no tiene tal facultad y el segundo fue desposeído de ella según el artículo 194 de la Constitución.

- III -

Las razones expuestas por el Tribunal para declarar improcedentes las excepciones propuestas son, en resumen, las siguientes:

Las excepciones dilatorias se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y como tales están comprendidas la de declinatoria de jurisdicción y la de inepta demanda. La primera se refiere al caso en que el Juez carezca de jurisdicción o no sea competente para conocer de la demanda. Se carece de jurisdicción en los casos contemplados por los artículos 5º, 145, 146, 147 y 148 del C. J.; se carece de competencia para conocer de la demanda, por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o por el lugar donde debe seguirse el juicio. La incompetencia del Tribunal, en este negocio, no tiene origen en ninguna de tales causas, sino en el hecho de haberse demandado a persona distinta de la que debe responder. Se trata entonces del fenómeno de la legitimación en causa o falta de personería sustantiva que constituye una cuestión de fondo que sólo puede ser analizada y resuelta en el fallo de primer grado. En cuanto a la excepción de inepta demanda anota el Tribunal que la inepticud puede ser de fondo o de for-

ma. y si es de fondo, esa circunstancia genera una excepción perentoria y no dilatoria que, por lo mismo, debe ser resuelta en la sentencia que decida la instancia, porque de lo contrario en un simple incidente se fallaría el pleito. Hace ver el a quo que se ha demandado al Departamento de Antioquia "comprendido el ente administrativo, denominado Universidad de Antioquia", y por ello "si no es el Departamento de Antioquia quien debe responder, como lo afirma el excepcionante, será este asunto que se resolverá al solucionar la instancia, pero no en un incidente de excepciones dilatorias, porque no se trata de la capacidad legal o formal para responder en juicio, sino del aspecto sustantivo o de fondo de la personería de la parte actora" (sic).

La Sala considera:

El artículo 3º de la Ley 73 de 1878 expedida por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Antioquia expresa:

"Artículo 3º—Declárase igualmente de pertenencia de la Universidad del Estado todos los principales i réditos vencidos, fundaciones, bienes i deudas reconocidos por documentos públicos o privados a favor de la 'Aula de Gramática' o 'Aula de Filosofía' del Colejio Provincial, del Colegio Académico, del Colejio de Medellín, del Colejio del Estado i de la Universidad del Estado (o de Antioquia), pues todas estas entidades están refundidas en el Colejio Central de la Universidad de Antioquia, cuya personería i representación jurídicas o administrativas corresponden al Rector Síndico de él".

Y el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 dice:

"La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas".

Ante estas disposiciones es indudable que la Universidad de Antioquia es una persona jurídica propia e independiente, es decir, que no se halla comprendida dentro de la entidad de derecho público llamada Departamento de Antioquia; y es indudable también que quien la representa es su Rector. Veamos pues, en vista de este hecho, si prospera o no la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el apoderado de dicha Universidad.

"La competencia del Juez para conocer de un asunto se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse", dice el artículo 150 del C. J. Y el artículo 76 ibidem dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia, "de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía...", con excepción de los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40 del mismo Código.

La competencia que mediante esta norma se da a los Tribunales tiene, pues, como fundamento, la calidad de una de las partes. Siendo así que la Universidad de Antioquia es un ente de derecho distinto al Departamento del mismo nombre, ella no tiene entonces el fuero que consagra la citada disposición, sino que está sometida a las normas comunes; luego prospera, en este caso, la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción puesto que esa excepción se refiere, según el artículo 331 del C. J., al caso en que el Juez carezca de jurisdicción "o no sea competente para conocer de la demanda promovida", y por lo ya dicho, no es el Tribunal Superior el que debe conocer de la demanda promovida, en cuanto se refiere a la Universidad de Antioquia.

En lo que respecta al Departamento, la excepción que se viene analizando, o sea la de declinatoria de jurisdicción, no es procedente, desde luego que, según el artículo 76 atrás citado, el Tribunal sí es competente para conocer de la demanda, porque en el libelo se señala a la entidad departamental como sujeto pasivo de la relación jurídica extracontractual. Que sea o no el Departamento la entidad obligada es cuestión que, precisamente, toca con el fondo del negocio y que por lo mismo debe decidir el Tribunal.

La excepción de inepta demanda propuesta de conformidad con el numeral 2º del artículo 333 del C. J. se plantea por dos aspectos: 1º Porque no es el señor Gobernador de Antioquia quien tiene la representación de la Universidad demandada; y 2º Porque "en el supuesto de que la persona demandada fuera el Departamento, y ya se ha demostrado que no existe relación jurídica alguna entre la demandante y el Departamento —dice el señor apoderado de la Universidad— entonces no serían sus representantes legales, ni el señor Rector de la Universidad, ni el señor Fiscal del H. Tribunal...".

Conviene repetir aquí que el señor Gobernador propuso las mismas excepciones planteadas por el apoderado de la Universidad. La situación jurídica de ésta, frente a una de tales excepciones,

ha quedado definida y en consecuencia no se requiere el análisis de la otra; en cambio, desestimada la excepción de declinatoria de jurisdicción en cuanto al Departamento se refiere, es indispensable estudiar la de inepta demanda en relación con el mismo Departamento.

Esta excepción se propone, como queda dicho, con fundamento en el numeral 2º del artículo 333 del C. J. o sea "cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda. ...".

"La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 333 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal: para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítimo representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria". (G. J. LIX, pág. 546).

Fácilmente se comprende que el hecho generador de la excepción de inepta demanda propuesta por el Departamento, no es procedimental, sino que tiene un sentido sustantivo o de fondo, comoquiera que se niega la relación jurídica entre la demandante y el Departamento. Ahora: sabido es que las excepciones dilatorias se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y que las perentorias se oponen a lo sustancial de la acción. Las primeras son de especial y previo pronunciamiento; las segundas se deciden en la sentencia definitiva. Siendo esto así, es claro que no se trata de un medio exceptivo y mucho menos dilatorio. La cuestión tiene relación directa con la legitimidad de la personería del Departamento, que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, y que por ser uno de los elementos esenciales de la acción debe ser resuelta al fallar en el fondo el negocio y no antes, porque ella, como lo tiene dicho esta corporación, no concierne al proceso "sino a la sociedad como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado...".

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte REFORMA el auto apelado en el sentido de declarar probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el señor apoderado de la Universidad de Antioquia. En lo demás queda confirmada la providencia de primera instancia.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

El recurso de queja no tiene por objeto obtener la reforma o invalidación de la providencia pronunciada por el funcionario acusado, sino hacer efectiva la responsabilidad en que éste pudiere haber incurrido al pronunciar dicha providencia. — No se admite la queja presentada por el señor José Joaquín Matheus contra los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado Sustanciador: Dr. Ignacio Gómez Posse 195

SALA DE CASACION CIVIL

Técnica de casación.—Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. — **Responsabilidad de quien construye un edificio, por los daños que se causen a los transeúntes.**—La Corte casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali y, revocando la de primera instancia, declara que Edmond Zaccour, demandado en este juicio, está obligado a pagar a Absalón Gómez R. los perjuicios demandados por éste en el juicio que le siguió a aquél. Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 197

Acción de petición de herencia. — **La Corte sólo puede pronunciarse sobre cuestiones y cargos concretos y específicamente planteados en la demanda de casación.**—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín desató el juicio ordinario seguido por José Luis Aramburo, Hernando y Benicio Escobar Uribe contra Pedro Arroyave R. sobre el objeto expresado, sentencia desfavorable a los actores en el juicio.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 204

Págs.

El abogado que recurre de hecho ante la Corte, debe estar inscrito en la Secretaría de la Corporación. — Se abstiene la Corte de conocer del recurso de hecho interpuesto por el doctor Rafael Orozco Martínez, como apoderado del actor, contra el auto del Tribunal de Cartagena en el cual se negó el recurso de casación aducido en el juicio ordinario de Rafael Lemónaco contra Juan Cuesta Bernett.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 208

Acción de nulidad de un testamento cerrado por discrepancia entre la fecha de la cubierta y la de la escritura en que consta su entrega a la Notaría.—En el juicio que sobre el objeto expresado siguió María Pérez v. de Camacho, en su carácter de cónyuge supérstite y como representante de su menor hija María Rebeca Camacho Pérez, contra Víctor J. Camacho, Alvaro Camacho M., Paulina Camacho de Márquez y Gloria Camacho M., no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que, confirmatoria de la de primera instancia, despachó desfavorablemente las súplicas de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 209

Soberanía del juzgador de instancia en la apreciación de la prueba testimonial. — **Técnica de casación.** — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por la cual, confirmada la de primera instancia, se declara la filiación natural de los menores Martín Alonso, Pedro Juan, Fanny, Miryam Inés, Flor Nelly y Ana Sofía Avila o Pérez, en el juicio que sobre tal objeto adelantó María Rosario Avila Núñez contra Eva Flora Pérez Soto.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 215

Págs.

Honorarios del mandatario judicial. — En el juicio que sobre cobro de unos honorarios profesionales siguió Víctor G. Valle O. contra María Ramos vda. de Gilete, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla y, como tribunal de instancia, decide que la demandada está obligada a pagar los servicios profesionales del abogado demandante, honorarios que se liquidarán mediante trámite incidental. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 220

Prescripción entre comuneros.—No se requiere la formalidad del registro para que una sentencia pueda hacerse valer en otro juicio entre las mismas partes.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali por la cual se confirmó la del juez a quo en la que se negó la declaración de pertenencia de un inmueble a favor de Juana, Mercedes, Petronila o Petrona, Carmen y Eulogio Minotta Palomino y Ana Joaquina Minotta Vargas de Vergara, declaración solicitada por éstos en juicio seguido contra Julio César Girón y Constantino y Concepción o Concha Girón Collazos—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 220

Separación de bienes demandada por la mujer casada.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, recurrida en casación por la parte demandante en el juicio seguido por Alicia Acosta de Ortiz contra su marido Marco A. Ortiz, sentencia que revocó la del juez de primera instancia en la que se decretó la separación de bienes solicitada.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 237

Acción de filiación natural.—Error de hecho en la apreciación de la prueba de confesión.—La Corte casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar absuelve al demandado Eduardo Caicedo Melo de los cargos referentes a la filiación natural de las menores Berta Cecilia y Alba María Parra, formulados en demanda dirigida contra aquél por la madre natural de las menores María Parra García.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 247

Medios nuevos.—Soberanía de los Tribunales sentenciadores en materia de apreciación de pruebas.—La Sala resuelve que no hay lugar a la casación del fallo pronunciado por el Tribunal de este Distrito Judicial y dictado en el juicio ordinario seguido por Casilda Carrión, como madre natural de Hernando, Rosa María y Miguel Antonio Carrión y Paula y María Matilde Carrión, en su propio nombre, contra Emma Gómez Pérez de Arévalo, fallo adverso a las pretensiones demandadas con relación a la filiación natural respecto de Epifanio Gómez. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 245

La ley 45 de 1936 es aplicable a los hijos nacidos antes de su vigencia.—Con esto no se vulneran derechos adquiridos.—Diferencia entre efecto retroactivo y retrospectivo de la ley.—Las exigencias de la ley 45 no son ad-solemnitatem sino ad-substantiam actus. El fallo dictado en juicio de filiación natural es declarativo, no constitutivo del estado civil.—Manera de computar la edad para efectos de la posesión notoria del estado civil. — Cuándo hay medios nuevos en casación.—Error de hecho y de derecho. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá dictó para desatar el juicio ordinario seguido por Carmen Elena Farrut de Sánchez contra Salomón Farrut, sentencia en la que se hizo la declaración de filiación natural de la demandante con respecto al demandado.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 250

Al decretarse la nulidad de una cancelación de hipoteca, debe revivir el derecho real hipotecario.—La liquidación de la sociedad conyugal no puede burlar los derechos que los acreedores de la sociedad tengan sobre los bienes sociales. — No obsta para hacer la declaración predicha la existencia de terceros con derechos en los bienes, porque esos terceros adquirentes tienen acciones para ser indemnizados.—Al casarse el

Págs.

fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Pereira, la Corte, como Tribunal de instancia, hace las declaraciones pedidas en demanda ordinaria por Agustín Montoya contra Uladislao Montoya Hurtado, para que se declare la nulidad de una escritura por la cual se declaró cancelado por el demandante un gravamen hipotecario que pesaba sobre un bien de propiedad del demandado y se ordene revivir dicho gravamen.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 267

Alcance de la ley 68 de 1946 sobre régimen conyugal. — Prescriptibilidad de la acción de simulación y forma de contar el lapso requerido.—La Corte no casa la sentencia proveniente del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, sentencia confirmatoria de la de primera instancia y en la cual se declaró la simulación de un contrato de compraventa solicitada en juicio ordinario por Rosa Atilia Mora de Beaine contra Flaminio Mora y Rosa María Saravia Gallo de Mora. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 278

SALA DE CASACION PENAL

Complicidad correlativa. — Coparticipación criminal.—Riña imprevista.—En el proceso seguido contra Salvador y Arcadio Naranjo González por el delito de lesiones cometido en la persona de Isidoro Barrera, la Sala casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo absolviendo al primero de los nombrados y la mantiene en lo relativo a Arcadio Naranjo. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 285

Se niega la libertad de un procesado.—En tal forma resuelve la Sala la solicitud presentada por Mario Enrique Ruiz T. en el recurso de casación interpuesto en el proceso que se le sigue por el delito de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 291

En casación, la Corte no puede declarar la contraevidencia del veredicto—Libertad de apreciación por el juez de instancia de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no son modificadoras o constitutivas del delito.—Técnica de casación.— No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en la cual se condenó a José de los Santos Hernández a la pena de quince años de presidio y accesorias consiguientes como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 293

Revisión y casación.—En el recurso de revisión se trata de subsanar una serie de cuestiones de hecho, no de derecho, por tanto no es admisible discutir la legalidad de la sentencia, lo que es propio de la casación. Causal 5ª de revisión.—"Hechos nuevos" y "Prueba no conocida al tiempo de los debates".—Se niega la revisión solicitada del proceso que se le adelantó a Mario Alberto Garzón ante un Juzgado de Policía por el delito de robo. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 296

Se dirime una colisión de competencias.—La Corte decide que es al Juzgado Tercero Superior de Cartagena y no al Comando de la Segunda Brigada de Barranquilla a quien corresponde conocer del proceso que se adelanta contra Nicolás Pacheco García, Loreto Moreno, Antenor Pacheco, Carlos Rey y Heriberto Oliveros.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 300

La Sala niega la solicitud de que se decrete la revisión de un proceso penal.—En esta forma se resuelve la demanda formulada por Marco Emilio Sánchez Rodríguez para que se revise el proceso que se le siguió por el delito de violencia carnal.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 302

Nulidad constitucional.—Nulidad. — Procedimiento.—Opinión de un jurado.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales, en la cual se condenó a Serapio López Ochoa a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio. — Ma-

Págs.

gistrado Ponente: - Dr. Domingo Sarasty Montenegro 307

El estar la víctima prevenida para el ataque le quita a su defensa toda legitimidad.—La ira causada por grave e injusta provocación debe invocarse por el que la experimenta. — No puede llamarse provocado quien reclama un derecho en forma injuriosa.—Causales segunda y quinta de casación.—En el proceso adelantado contra Félix Antonio Ramírez Montoya por el delito de lesiones personales, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la cual se le condenó a la pena de tres años de presidio.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 312

La indignación causada por el delito y la calidad de la víctima no son motivos suficientes para cambiar la radicación de un proceso penal sino cuando se demuestre con actos positivos que estos hechos podrán influir decisivamente en la determinación que han de tomar los encargados de impartir justicia.—No se accede a la solicitud presentada ante la Corte para que se cambie la radicación del proceso que por homicidio se adelanta contra Arcesio Rengifo, Ricaurte Rojas Jiménez y Esnoraldo Gaviria en el Juzgado Segundo Superior de Manizales. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 318

El Juez que recibe dinero por conceder permisos a los detenidos para salir de la cárcel comete el delito de cohecho; y el que celebra contratos de servicios profesionales con los presos que se encuentran bajo sus órdenes, comete el de concusión.—Se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Filemón Cardoso Torres, Juez del Circuito de Orocué, por hallarse prescrita la acción penal.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 322

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Prueba de la realización del trabajo público en el caso de que se edifique de acuerdo con la licencia de construcción, cediendo una zona para ampliación de la vía. —Se confirma la sentencia apelada procedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se condena al Municipio de Bogotá, demandado por Juan Antonio Villamizar M. - - Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 327

El demandante en juicio sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos debe demostrar la fecha en que se realizó la ocupación permanente de la propiedad.—Cómo se establece esa fecha en el caso de una vía pública.—La Sala revoca la sentencia apelada del Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, absuelve al Departamento del mismo nombre y al Municipio de Rionegro de los cargos formulados por José Vicente Vargas. -Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora.... 331

Presunción de responsabilidad por actividades peligrosas. El demandante debe probar el hecho constitutivo de la culpa para que opere dicha presunción a su favor.—Prueba de indicios.—Caso de una locomotora cuyas chispas producen incendio en predios aledaños a la vía férrea. - En el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Luis Carlos Villegas contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la Corte revoca la sentencia apelada por la parte demandada y que pronunció el Tribunal Superior de Buga, y en su lugar, absuelve a dicha parte de los cargos de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 336

El acatamiento por el particular de una licencia de construcción no puede interpretarse como cesión voluntaria de una zona de terreno a la entidad administrativa para ampliación de la vía pública. — Pago de perjuicios moratorios en acciones de esta clase.— En virtud de apelación interpuesta por el Municipio de Medellín demandado en juicio por Susana Lince de Vásquez, contra la sentencia del Tribunal Adminis-

Págs.

trativo de Antioquia, la Corte reforma la providencia mencionada, condenatoria de la entidad demandada.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 345

Se reitera la doctrina expuesta por la Sala en la sentencia anterior.—La Sala confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, pronunciada en el juicio seguido por Roberto González M. contra el Municipio de Medellín para obtener indemnización de perjuicios con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración con ocasión de trabajos públicos, fallo condenatorio para la parte demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 349

La indemnización, en juicio por trabajos públicos, no puede determinarse por el avalúo catastral del inmueble.—Aplicación del inciso 2º, artículo 268 del C. C. A. cuando la ocupación del inmueble es total. — La Corte reforma el fallo de primera instancia, pronunciado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, condenatorio del Municipio de Medellín, demandado en juicio por el doctor Francisco Eladio Restrepo y las señoras Efigenia Restrepo de Escobar y Hermilda Restrepo de Londoño.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 352

Caso en que como consecuencia de la ocupación permanente de una zona de terreno, el resto del predio sufre un daño consistente en una inundación.—El dictamen pericial debe expresar el valor del terreno en el momento de la ocupación.—Reconocimiento de intereses como indemnización del lucro cesante.—En el juicio intentado por la señora Silena Sardi de Tenorio contra la Nación ante el Consejo de Estado, venido a la Corte por competencia, éste hace algunas de las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora.... 361

Para que la Corte pueda ser competente para conocer de un litigio proveniente de un contrato, se requiere que la Nación haya sido parte originaria en la celebración de dicho contrato.—La Corte declara nulo todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, ordenando archivar el expediente, en el juicio de la sociedad "Max Borrero e Hijo, Ltda." contra la Nación, sobre cumplimiento de un contrato.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 381

Acción reivindicatoria. — La sola consideración de la pérdida de la acción judicial impone al juzgador el deber de condenar en costas al demandante.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales, con la sola adición de imponer la condenación en costas al demandante, sentencia pronunciada para dirimir el litigio planteado en su demanda por Juan de J. Marín contra el Departamento de Caldas, representado por el respectivo Gobernador, con el fin de obtener la reivindicación de un predio. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 387

Requisitos de la acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos. — Cuando el inmueble pertenece a una comunidad, deben demandar todos los comuneros o uno de ellos en nombre y para la comunidad, no en su propio nombre.—La Sala revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, absuelve al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, de los cargos formulados en la demanda por Lucrecia Sucesión de Meck.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 391

El cesionario no puede ejercer la acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos por carecer de capacidad jurídica para transferir la propiedad del inmueble afectado a la Administración. — Se revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se absuelve al Municipio de Bogotá de la demanda formulada por Manuel Medina Herrera, Leonidas Albornoz Medina, Carlos Albornoz Medina y Beatriz Albornoz Medina de Palacio.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 396

Págs.

Se reitera la doctrina consistente en que el actor, en acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, debe demostrar el dominio de la zona ocupada. — La Sala revoca la sentencia apelada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y absuelve al Municipio de Bogotá demandado por Francisco Ramírez Gómez, en juicio sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara.... 402

Págs.

Excepciones dilatorias de ineptа demanda y de declinatoria de jurisdicción.—Se reforma el auto apelado del Tribunal Superior de Medellín en el sentido de declarar probadas la segunda de las excepciones enumeradas, en el juicio de Ana de Jesús Agudelo contra el Departamento de Antioquia. Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 405

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIV-SEGUNDA, DOMINICAL. BOGOTA — SEPTIEMBRE 7 OCTUBRE DE 1956 - Nos. 2171-2172 y 2173

LA REORGANIZACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Texto de las cartas cruzadas entre el señor Presidente de la República y algunos juristas de Antioquia y los miembros del Colegio de Abogados del mismo Departamento, en relación con el Decreto número 1762 de 26 de julio del presente año dictado por el Gobierno Nacional.

CARTA DE LOS JURISTAS

"Medellín, agosto 28 de 1956

"Excelentísimo señor Presidente de la República, Bogotá.

"Excelentísimo señor:

"La Carta de 1886 reconoce a toda persona el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

"Pedimos a Su Excelencia la derogación del decreto extraordinario número 1.762 de 26 de julio del año en curso, por el cual se reorganiza la Corte Suprema de Justicia y se dictan otras disposiciones.

"Obramos en interés general, como ciudadanos y como profesores de derecho.

"En Colombia están constitucionalmente controladas las ramas del poder público.

"El Congreso está controlado por el Presidente de la República y por la Corte Suprema de Justicia, conjuntamente. Cuando el Presidente objeta de inconstitucional un proyecto de ley y el Congreso declara infundadas las objeciones presidenciales, tal proyecto pasa a la Corte para que decida sobre su exequibilidad. Es así como el Presidente y la Corte, conjuntamente, controlan al Congreso oponiéndose a que llegue a ser ley un proyecto inconstitucional.

"El Congreso está también controlado por la Corte Suprema de Justicia, sola. Cualquier ciudadano puede acusar ante ella, de inconstitucional, una ley, para que se pronuncie sobre su exequibilidad. Es así como la Corte, sola, controla al Congreso.

"El control del Presidente de la República se ejerce unas veces por el Consejo de Estado y otras por la Corte Suprema de Justicia. Por éste, cuando la Corte mediante acusación de cualquier ciudadano, conoce de los decretos presidenciales dictados en ejercicio de las atribuciones a que se refieren los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Carta.

"Todo esto es consecuencia de estar constitucionalmente consagrado el principio de que a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución Nacional.

"En vista de tan graves funciones de la Corte, dispuso el legislador, en el artículo 30 del Código Judicial, que las ejerza en sala plena, es decir, con la asistencia de todos los magistrados que integran la corporación.

"Así es, porque en defensa de la integridad de la Constitución Nacional, obra la Corte como juez

del Congreso y del Presidente, como árbitro entre este empleado y aquella corporación, y, en fin, como delegataria del Constituyente cuya obra debe defender de las acometidas que se le hagan con proyecto de ley, con leyes o con decretos extraordinarios.

"Este triple carácter de la Corte —juez, árbitro, delegataria— significa, como lo entendió muy bien el legislador, que ella ha de actuar con la intervención y bajo la responsabilidad de todos sus magistrados.

"El decreto extraordinario número 1.762 suspende el citado artículo 30 del Código Judicial, como si la vigencia de dicho texto fuera incompatible con el estado de sitio, o en otros términos, como si la actuación de la Corte en pleno fomentara la conmoción interior o constituyera un obstáculo para el restablecimiento del orden público.

"En el decreto extraordinario número 1.762 se manda que no será la Corte en pleno quien decide definitivamente sobre la exequibilidad de actos del legislativo y del ejecutivo, sino que tan alta misión corresponde a una sola de sus salas, formada por ocho magistrados no más.

"Impresiona hondamente el pensar que la mayoría de una sala compuesta de sólo ocho magistrados cuyo parecer puede estar en desacuerdo con el de la mayoría de la Corte, alcance a deshacer la obra del Congreso, o la del Presidente de la República, o la de ambos, y sea árbitro inapelable en las controversias que por causa de proyectos de ley objetados surjan entre la rama legislativa y el jefe de la ejecutiva.

Excelentísimo señor,

(Fdos.) **Miguel Moreno, Ignacio Moreno Patiño, Guillermo Jaramillo B., Jaime Maya R., Noel Restrepo, José Luis Molano, Fernando Gómez Martínez, José Manuel Mora Vásquez, Lázaro Tobón, Antonio J. Pardo, Gustavo Bernal Restrepo, Manuel Jaramillo V., Francisco Eladio Gómez G., J. Hincapié".**

CARTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MEDELLIN

"Medellín, agosto 24 de 1956

"Excelentísimo señor Presidente de la República.
"Bogotá.

"La Carta Constitucional de 1886 reconoce el derecho de toda persona a presentar peticiones a las autoridades públicas, y la condición especial en que nos encontramos por haber prestado juramento, cuando se nos otorgó el título de abogados, de defender la Constitución y las leyes de la República, nos obliga a hacer la solicitud de que vuelva a regir la organización democrática que se dio al pueblo colombiano por medio de sus representantes libremente elegidos y en ejercicio de su soberanía.

"Anteriormente habíamos expuesto nuestra opinión sobre las atribuciones que el artículo 121 de la Codificación Constitucional otorga al Presidente de la República para poder mantener el orden público, las cuales configuran un poder limitado por la finalidad, por la materia, por la forma y por el tiempo, y cuya relatividad está corroborada por dos normas de la Constitución: la que hace al Presidente y a los Ministros responsables de cualquier abuso en el ejercicio de esas facultades y la que autoriza a cualquier ciudadano para acusar de inconstitucionales, ante la Corte Suprema de Justicia, los Decretos expedidos en ejercicio de dicho artículo. También expresamos antes, a propósito del mencionado artículo 121 de la Constitución, que no es posible pensar que el Constituyente hubiese querido poner nuestro orden jurídico a merced del jefe del Ejecutivo, autorizándolo para que él y sus Ministros, a quienes libremente nombra y libremente separa, pudiesen hacer una declaración en virtud de la cual quedara roto ese organismo jurídico y sin barreras el ámbito de las funciones gubernativas.

"Ahora vemos penosamente, por la expedición del Decreto extraordinario 1.762 del 26 de julio del año en curso, que el rompimiento de ese orden jurídico, ya perturbado en tantas ocasiones, se consuma de manera integral, pues al dictar este Decreto, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121 de la Carta Constitucional, se ha lle-

gado hasta el extremo inconcebible de desvirtuar la misma Constitución, lo que nos lleva a pedir que se prescinda de esa medida así como de todas las demás relativas a la Corte Suprema de Justicia, debido a que a esa alta Corporación se le confió la más noble de las funciones democráticas, como es la de hacer efectivos los frenos que puso la Constitución a los órganos del poder público para defender las libertades y los derechos naturales que ese mismo instrumento reconoce.

Con la expedición del Decreto número 1.762 del presente año, según el cual ya no será en lo sucesivo la Corte Suprema de Justicia en sala plena, es decir, con la asistencia de todos los Magistrados que la integran, quien decide sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos del legislativo y del ejecutivo, sino una sala formada por ocho de los veinte Magistrados, escogidos por el Presidente de la República, se hace completamente ineficaz el recurso tutelar de la Constitución ante la Corte que consagró el Constituyente contra dichos actos, desvirtuándose así la Carta Constitucional y obrando además en manifiesta oposición al criterio del legislador que por el artículo 30 del Código Judicial reconoció que la guarda de la Constitución corresponde a la Corte Plena.

"Bien se comprende que con medidas como la del reciente decreto, el Presidente de la República, con mayor razón si se tiene en cuenta el nombramiento de Magistrados de la Corte por el mismo alto funcionario, queda habilitado para sustraer sus actos a toda revisión, lo que no se concibe ni es admisible en un país republicano. Tampoco se puede concebir que el funcionamiento de los órganos del poder público y el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, sean considerados como perturbadores del orden público y justifiquen que sean anulados por aquél que tiene el mando de la fuerza pública.

"La organización jurídica del país es fundamental para el desarrollo de la actividad económica, porque si ella se rompe como consecuencia de privar al pueblo de sus garantías constitucionales y de negarle toda participación en el establecimiento, la recaudación y el empleo de los impuestos, desaparece el lazo de unión entre el gobierno y el pueblo, se produce una inseguridad general en todos los órdenes de la economía y se hace imposible la necesaria colaboración de los ciudadanos, con la consiguiente merma de energías espirituales y de recursos materiales tanto de los gobernantes como de los gobernados. A este respecto no encontramos ninguna razón para que se prescinda de la organización jurídica que el pueblo colombiano hizo después de tántos esfuerzos: fundada en la opinión pública expresada por medio de sus legítimos representantes y por los procedimientos que esa misma opinión instituyó.

"Tal organización tiene establecido que únicamente el pueblo puede crear impuestos y disponer de lo que producen, por lo cual variar ese procedimiento equivale a eliminar un punto esencial de dicha organización jurídica y es una medida tan irregular e injusta como sería la de emplear los impuestos, medio de distribuir equitativamente las cargas públicas entre los asociados, como instrumento de persecuciones políticas o para fines distintos de los de interés público. En asuntos de tanta trascendencia es ineludible que sea la opinión pública, quien resuelva los problemas para tener en cuenta los diversos aspectos de ellos, porque no es justo en forma alguna que uno solo de los componentes de esa opinión imponga a los demás sus puntos de vista.

"Renovamos nuestra adhesión al régimen republicano que en el pasado dio a Colombia libertad y orden internos y renombre internacional, establecido definitivamente desde el año de 1886, con las modificaciones posteriores, en especial la del año de 1910 que confió a la Corte Suprema de Justicia el amparo de la Constitución e hizo desaparecer todo obstáculo a la vigencia de los derechos que la primera consagró; y repetimos la solicitud de que rija de nuevo y en forma plena ese régimen democrático, para que el ejército vuelva a la función gloriosa que le señaló la República, la cual si mucho lo compromete también lo dignifica y engrandece.

"Excelentísimo señor Presidente,

"Junta Directiva del Colegio de Abogados de Medellín y Juristas de Antioquia:

"(Fdos.) Joaquín Londoño Ortiz, presidente: Julio Hincapié Santamaría, presidente segundo: Samuel Syro, Ramón Abel Castaño T., secretario. Fiscal, Basilio Uribe Cálad, Fernando Isaza, Elías Abad Mesa, Rafael Botero Restrepo, Hernán Mora Londoño, J. Efrén Ossa, Luis Guillermo Echeverri, Jorge Fernández Santamaría, Absalón Estrada Vélez, César Valencia Arango, Guillermo Escobar Restrepo, Gil Miller Puyo Jaramillo,

Domingo Vélez García, Enrique González Villa, Mario Solórzano, Ernesto Fernández C., Joaquín Emilio Sierra, Marco Tulio Ceballos M., Gabriel Castrillón Holguín, Jaime Betancourt Cuartas, Jorge Lalinde Viveros, Jesús García Avendaño, J. Antonio Rico, Fabio Naranjo Ochoa, J. Emilio Duque, José Domingo Penagos E., Alfonso Arbeláez Madrid, Eduardo Fernández Botero, Ramón Quirós Monsalve, Héctor Cuesta Angel, Alfonso Calvis R., Jaime Ortiz Restrepo, Alfonso Uribe Misas, Manuel José Vallejo, Roberto Ocampo Alvarez, Eduardo Castaño E., Jaime Ochoa Arismendi, Jaime Maya M., Benjamín Echeverri V., José Luis Molina M., Elías Uribe Uribe, Jorge Mejía V., Emiliano Guzmán Larres, Estanislao Posada Vélez, Germán Vélez, Gonzalo Arango Escobar, Fernando Arango S., Miguel Vélez Henao, Heli Mejía Gómez, Jorge Parra Suárez, José María Madrid, Ricardo González G., Mariano Sanín T., Ricardo Uribe Escobar, Jaime Toro Obregón, Gabriel Alvarez Uribe, Francisco López de Mesa, Diógenes Sepúlveda Mejía, Arturo Berrío Parra, Francisco E. Tobar, Lázaro Tobón, Alberto Isaza, Miguel Díaz Mendoza, Eduardo Uribe Botero, Efraím Jaramillo Gutiérrez, Jaime Isaza Cadavid, Raúl H. Sánchez M., Mario Moreno Fernández, Bernardo Valderrama, Héctor Ortiz Restrepo, José Sanín Echeverri, Gustavo Ruiz Sánchez, Francisco J. Medina V., Gabriel Zapata Cadavid, Joaquín Moreno Pareja, Gustavo de la Cuesta, J. Antonio Cañaveral, Luis Angel González, Arturo Rodríguez M., Eduardo Isaza Martínez, Alfonso Cuartas Naranjo, Mauro Trujillo T., Rafael Arango M., Guillermo de la Cuesta, Alfonso Osorio V., Rubén Gil González, Honorio Arroyave Arango, Carlos Restrepo Dumit, Aníbal Vallejo A., Francisco Luis Giraldo R., Gustavo Mejía Ramírez, Fernando Mora Mora, René Arias Montoya, César Montoya, Jesús Gómez Salazar, Eduardo Correa Villa, Jaime Jiménez Ramírez, José Gallo Gómez, Jaime Molina Moreno, Gonzalo Jiménez M., Jaime Posada Londoño, Fabio Arbeláez Cifuentes, Humberto Restrepo Jaramillo, Lázaro Martínez S., Hernán Villegas S., Horacio Sierra R., Augusto Correa Velásquez, Hernán Toro Agudelo, Octavio Moreno Quevedo, Luis Sánchez Puerta, Bernardo Ceballos Uribe, Alfonso Restrepo Moreno, Ramiro Piedrahita R., Jaime Velásquez Toro, Antonio J. Pardo, Joaquín Guillermo Restrepo, Adán Betancur".

RESPUESTA DEL PRESIDENTE

"Bogotá, D. E., septiembre 14 de 1956

"Doctores Miguel Moreno Jaramillo, Lázaro Tobón, Guillermo Jaramillo Barrientós, Junta Directiva del Colegio de Abogados de Medellín y Juristas de Antioquia.

"Medellín.

"Gustoso doy respuesta a sus comunicaciones del 20 y 24 de agosto último, que contienen sus observaciones al Decreto número 1.762 del 26 de julio último.

"A partir del 13 de junio de 1953 en diversas oportunidades he manifestado mi deseo de que los ciudadanos, sin distingos de ninguna índole, manifiesten libremente sus puntos de inconformidad hacia medidas tomadas por el Gobierno, con la sola condición de que lo hagan en lenguaje sereno y respetuoso que deben usar con las autoridades y empleando la buena fe de quien se propone hacer una crítica constructiva. El Gobierno aprecia de veras esta especie de colaboración, que es de gran utilidad para el Mandatario que, como el que se dirige a ustedes, sólo se propone el bien de la comunidad y no lo mueve sino un sincero deseo de acertar.

"Las comunicaciones de ustedes las he leído con agrado, porque a la vez que expresan sus puntos de vista en términos y con propósitos elevados, reconocen que lo más importante para el país y para todos los ciudadanos es la Constitución Nacional, confirmando en esta forma mi creencia de que en esta ocasión tampoco erró el Gobierno al expedir el Decreto Ley 1.762 de julio último.

"En efecto, es bien clara la facultad constitucional del Gobierno para dictarlo.

"En ninguna parte ordena la Constitución que la exequibilidad de los decretos leyes deba fa-

larse por la Corte en Sala Plena. Al contrario, el artículo 147 de la Carta dice expresamente que la Corte Suprema de Justicia se compondrá del número de Magistrados que determine la Ley y que la misma Ley dividirá la Corte en Salas, señalando a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer y **determinará aquellos en que debe intervenir toda la Corte.** (Subrayo yo).

"Por otra parte el artículo 214 de la misma Carta Fundamental, cuando establece que la Corte, en guarda de la integridad de la Constitución, decidirá definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes, no ha dicho que lo haga en Sala Plena, dejando esto al criterio del legislador conforme al citado artículo 147, legislador que solamente es en estado de sitio y no hallándose reunido el Congreso, el Presidente de la República con todos sus Ministros.

"Y no se puede afirmar que al disponer este precepto que sea la Corte la que decida sobre las demandas de inexequibilidad, deba entenderse la Corte en pleno, porque la Corte es Corte, bien sea que se pronuncie por boca de la Sala Plena, o de una Sala especial, o de una Sala unitaria.

"Tan cierto es esto que el Legislador, por ejemplo, en los artículos 33 y siguientes del Código Judicial al desarrollar el artículo 151 de la Constitución que se refiere directamente a las atribuciones de la Corte, distribuyó esas facultades en distintas Salas, sin que jamás se hayan tachado tales normas de inconstitucionales por no haber confiado dichas atribuciones a la Corte en pleno, no obstante que allí la Constitución sólo habla de la Corte.

"Sugieren ustedes que el Ejecutivo ha extralimitado sus funciones, porque el artículo 30 del Código Judicial suspendido por el Decreto número 1.762, no es incompatible en concepto de ustedes con el estado de sitio.

"Parece que los distinguidos firmantes de las comunicaciones que contesto, participaran de la arcaica y revaluada teoría de que las facultades del Ejecutivo en estado de sitio están circunscritas rigurosa e inflexiblemente a las medidas que se encaminen, en forma directa, a reprimir el alzamiento o la conmoción interior.

"Es oportuno transcribir a este respecto un aparte de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, por unanimidad de votos, el 28 de junio último.

"'En la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el constituyente, y dar cabida, en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen y vivifiquen las normas escritas y los principios que las informan, adaptando las instituciones a la realidad de los hechos actuales. El constituyente del siglo pasado no previó ni pudo prever la complejidad de los trastornos políticos, sociales y económicos de nuestros días, pero el intérprete debe encontrar en sus ordenamientos los medios adecuados para salvar las difíciles emergencias a que se enfrenta el gobernante de hoy, como que la Constitución ha sido expedida con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz', según lo expresó sabiamente su preámbulo. Con este criterio, es dable admitir que graves perturbaciones de orden político, social o económico, que pongan en peligro la paz pública, justifican el estado de sitio y la adopción de medidas propias a tal emergencia, en la misma forma como fue autorizado este régimen excepcional para las épocas anormales de conmoción interna por alzamiento o insurrección. En todo caso, desde luego, el trastorno político, social o económico debe ser de tanta entidad que comprometa la paz pública. Y de consiguiente, las medidas legislativas extraordinarias que el Gobierno dicte entonces para conjurar la perturbación del orden público, en ejercicio de los poderes del artículo 121, se extienden legítimamente a las causas políticas, sociales y económicas que hayan originado o mantengan la anormalidad, para atacarlas y destruirlas en cuanto fuere necesario para el pronto restablecimiento de la paz'.

"Después de esta interpretación de la honorable Corte, que corresponde a la doctrina de todos los expositores modernos, pregunto yo si está dentro de las facultades que el artículo 121 de la Carta da al Ejecutivo en estado de sitio, la expedición de un Decreto que se dirige exclusivamente a procurar la mayor agilidad posible a una de las más importantes atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia, y que más se roza con el orden público, como es la de resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, y a rodear esa atribución de una mayor garantía de acierto, como es la especialización de quienes van a ejercitarla.

"Me refiero ahora a las razones de conveniencia e inconveniencia del Decreto.

"Es posible que muchos de ustedes ignoren que en la honorable Corte Suprema de Justicia cursan actualmente 35 demandas de inexequibilidad

y que hay asuntos de esta índole que hace diez años esperan su solución definitiva. Con razón se promovió el año pasado un movimiento en la opinión pública, dirigido por órganos de la prensa y por notables ciudadanos, entre los cuales se contaban muchos de ustedes, encaminado a pedirle a la Corte que no postergara más su pronunciamiento sobre las demandas de inconstitucionalidad que tenía pendientes.

"La Corte, aunque hacía toda clase de esfuerzos por ponerse al día, no lograba hacerlo, pues para reunir la Sala Plena con la frecuencia que el número y la importancia de estos negocios requería, debía hacerlo con menoscabo de las otras Salas que verían paralizada su actividad, con grave perjuicio de la administración de justicia. Se creyó conveniente entonces crear la Sala de Negocios Constitucionales. Dedicada exclusivamente a conocer de tales asuntos, los daría evasión oportuna. Además, una Sala integrada por especialistas en la materia, sería una garantía de acierto. Más que una Corte Plena, en la que por razones obvias no se puede aspirar a que cuando menos la mayoría de los Magistrados sean especialistas en derecho constitucional.

"La Sala de Asuntos Constitucionales consagraría de este modo, en materia tan importante, la acertada y moderna tendencia de acabar con el conocimiento promiscuo en la administración de justicia, canon de los países más adelantados y aspiración permanente de nuestros reformadores.

"Ustedes consideran sin embargo que se lograría un mayor acierto si el fallo de las demandas de inconstitucionalidad lo profiera la Corte en Sala Plena, porque no conciben que el parecer de ocho Magistrados integrantes de una Sala, pueda prevalecer, en un momento dado, sobre la opinión de una Corte de veinte Magistrados.

"Me parece que este argumento de ustedes debiera conducir a la abolición de las demás Salas de la Corte. Porque si es preferible la opinión improvisada de veinte Magistrados a la opinión especializada de ocho, sobran también la Sala Civil y la Sala Penal, y la Sala de Negocios Generales, cuyos asuntos, no menos importantes que los de inconstitucionalidad, deberían pasar, en la lógica de ustedes, al conocimiento de la Corte Plena, puesto que en estas Salas también la opinión de unos pocos Magistrados puede prevalecer, en un momento dado, sobre el criterio de una Corte de veinte Magistrados.

"Sostienen ustedes, asimismo, que con el decreto en referencia el Presidente de la República queda habilitado para sustraer sus actos a toda revisión, tanto más si se tiene en cuenta que el nombramiento de Magistrados lo hace el mismo funcionario.

"Este argumento es absolutamente inaceptable, porque es sugerir a priori que los Magistrados son prevaricadores y que el Presidente de la República es abusivo y concusionario.

"No comprendo por qué si es el Congreso el que elige a los Magistrados de la Corte, y ese mismo Congreso crea las Salas y distribuye los asuntos de que deben conocer, no hay peligro de ninguna especie, aunque esa misma Corte vaya a juzgar actos del Congreso que la elige, y no obstante que en los congresos una exigua minoría selecta impone su criterio a la inmensa mayoría heterogénea y gregaria.

"Pero si son el Presidente de la República y todos sus Ministros quienes, a falta del Congreso hacen esas mismas cosas, entonces resulta gravísimo y perjudicial, aunque el Presidente y sus Ministros sean tan responsables, tan ilustrados y tan honestos como la minoría selecta del congreso, cuando menos.

"Dejo así expuestas las razones que el gobierno nacional tuvo para expedir el Decreto ley número 1.762 del 28 de julio último, y me suscribo de ustedes atento compatriota, General Jefe Supremo, **Gustavo Rojas Pinilla**, Presidente de la República".

S A L A P L E N A

LA CORTE PRESENTA SU RESPETUOSO SALUDO AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, presenta su respetuoso saludo al Excelentísimo señor Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, y al reconocer los altos sentimientos que lo animan en favor de una administración de justicia cada día más recta, pronta y eficaz, le manifiesta la voluntad de todos sus miembros de colaborar armónicamente en la realización de tan altos fines.

"La presente proposición será puesta en manos del Excelentísimo señor Presidente por los Dignatarios de la Corporación".

(Proposición aprobada el día 25 de septiembre de 1956).

PROPOSICION POR LA CUAL SE LAMENTA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR HERNANDO ANZOLA ESCOBAR

"La Corte Suprema de Justicia en sesión plenaria de la fecha deplora profundamente la trágica muerte del doctor Hernando Anzola E. y presenta su voz del más sentido pesar al H. Magistrado doctor Daniel Anzola Escobar y a los demás miembros de familia del extinto. Transcríbase en nota de estilo y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada en la sesión de Sala Plena del 10 de septiembre de 1956).

LA CORTE FELICITA AL DOCTOR JOSE ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA CON MOTIVO DE SU EXALTACION AL CARGO DE MINISTRO DE GOBIERNO

"La Corte Suprema de Justicia, en su sesión plenaria de la fecha, registra con cabal complacencia la exaltación al Ministerio de Gobierno del doctor José Enrique Arboleda Valencia, ilustre miembro de esta Corte, y formula votos por el éxito de sus delicadas gestiones y por su ventura personal. Una comisión designada por la Presidencia pondrá en manos del

doctor Arboleda Valencia copia de la presente proposición. Publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada en la sesión de Sala Plena el 25 de septiembre de 1956).

PROPOSICION POR LA CUAL LA CORTE RECONOCE LA LABOR DESARROLLADA POR LOS MINISTROS DE GOBIERNO, JUSTICIA Y TRABAJO EN BENEFICIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

"La Corte Suprema de Justicia, en su sesión plenaria de hoy, se complace en reconocer la excelente labor que desde los Ministerios de Gobierno, Justicia y Trabajo, realizaron los doctores Lucio Pabón Núñez, Pedro Manuel Arenas y Cástor Jaramillo Arrubla, en beneficio de la recta administración de justicia y de los altos intereses a ella vinculados. Una comisión de la Corte pondrá en manos de los doctores Pabón Núñez, Arenas y Jaramillo Arrubla, la presente proposición, que se publicará en la prensa y en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada el día 25 de septiembre de 1956).

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR FELIX GARCIA RAMIREZ, MINISTRO DE MINAS Y PETROLEOS

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora la muerte del Ministro de Estado, doctor Félix García Ramírez, quien desempeñó las más altas posiciones públicas y privadas, dejando en todas ellas una huella luminosa y perdurable en la vida de la Nación. Transcríbase en nota de estilo a los familiares y publíquese".

(Proposición de Sala Plena aprobada el día 25 de septiembre de 1956).

LA CORTE SALUDA AL DR. LUIS CARLOS GIRALDO CON OCASION DE SU NOMBRAMIENTO PARA MINISTRO DE JUSTICIA

"La Corte Suprema de Justicia, en su sesión plenaria de la fecha, saluda atentamente al señor doctor Luis Carlos Giraldo, y se complace por su exaltación al Ministerio de Justicia, cargo desde el cual pondrá al servicio del país sus mejores dotes de ciudadano y de prestigioso profesional. Comuníquese en nota de estilo al interesado y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada en Sala Plena el día 25 de septiembre de 1956)

REPARTIMIENTO GENERAL DE SALA PLENA

En la ciudad de Bogotá, a veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el suscrito Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado doctor Jesús María Arias, inició el repartimiento general de los negocios de la Sala Plena.

Encontró que se hallaban 12 negocios. Procedió a repartirlos entre los veinte Magistrados que forman la Sala Plena de la Corte. Puso doce fichas y a la suerte se fueron sacando una por una empezando la adjudicación en orden alfabético.

Al terminar este reparto correspondió un negocio a los HH. MM. doctores Daniel Anzola Escobar, Enrique Arámbula Durán, Jesús María Arias, Juan Benavides Patrón, Manuel Buenahora, Santiago Cadena Copete, Miguel A. Constaín, Jesús Estrada Monsalve, Guillermo Garavito Durán, Abelardo Gómez Naranjo, Guillermo Hernández Peñalosa y José Jaramillo Giraldo. No correspondió ningún negocio a los HH. MM. doctores Pablo Emilio Manotas, Juan Manuel Pachón Padilla, Camilo Rincón Lara, Sergio Antonio Ruano, Luis Sandoval Valcárcel, Domingo Saratsy M., Elberto Téllez Camacho y Francisco de P. Vargas Vélez.

RESUMEN DEL REPARTO

1.—Dr. Anzola E. — Queja presentada por José Ulloa Meneses, contra el Tribunal Superior del Trabajo de Barranquilla.

2.—Dr. Arámbula.—Queja presentada por el Secretario de Gobierno del Tolima contra un Magistrado del Tribunal de Ibagué.

3.—Dr. Arias.—Queja presentada por Jorge Reyes Olivares contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.

4.—Dr. Benavides P.—Queja presentada por Pedro Motta S., contra un Magistrado del Tribunal del Trabajo del Huila.

5.—Dr. Buenahora—Queja presentada por el Ministro de Gobierno y otro contra un Magistrado del Tribunal Superior de Pasto.

6.—Dr. Cadena C.—Queja presentada por Jacinto R. Villamizar contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona.

7.—Dr. Constaín.—Queja presentada por Ramón Gómez Naar contra un Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla.

8.—Dr. Estrada M.—Queja presentada por Hernando Devis Echandía contra un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

9.—Dr. Garavito.—Queja presentada por Federico Arango V., contra los Magistrados del Tribunal del Trabajo de Barranquilla.

10.—Dr. Gómez N.—Queja presentada por el Alcalde de Motavita contra el Juez Municipal del mismo pueblo.

11.—Dr. Hernández.—Queja presentada por Andrés Caballero P., contra los Magistrados del Tribunal Superior de Montería.

12.—Dr. Jaramillo.—Queja presentada por Isidro Carrillo F., contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona.

El Presidente (fdo.), **Jesús María Arias.**

El Secretario (fdo.), **Ernesto Melendro Lugo.**

Es copia.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

REPARTIMIENTO GENERAL DE LA SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

En la ciudad de Bogotá, a veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el suscrito Presidente de la Sala de Negocios Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado doctor Enrique Arámbula Durán, en asocio de todos los Magistrados que integran esta Sala, inició el repartimiento general de los negocios.

Encontró que se hallaban 32 negocios para fallo y 5 en tramitación.

Procedió primeramente a repartir los negocios al estudio entre los 8 Magistrados que forman la Sala. Puso igual número de fichas y a la suerte se fueron sacando una por una empezando la adjudicación por orden alfabético.

Al terminar este reparto correspondieron cuatro negocios a cada uno de los Honorables Magistrados.

Seguidamente y en la misma forma procedió a repartir los negocios en tramitación dando como resultado: un negocio para cada uno de los señores Magistrados doctores: Daniel Anzola Escobar, Enrique Arámbula Durán, Abelardo Gómez Naranjo, Juan Manuel Pachón Padilla, y Camilo Rincón Lara.

RESUMEN DEL REPARTO

NEGOCIOS AL ESTUDIO

1.—Dr. Anzola E.—Ley 39 de 1946. Sobre cuociente electoral.

2.—Dr. Arámbula.—Decreto ley 0275 de 1954. Sobre período de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

3.—Dr. Gómez N.—Decreto ley 2421 de 1948. Sobre reorganización de los Juzgados de Instrucción Criminal.

4.—Dr. Pachón P.—Decreto 3275 de 1950. Sobre decisiones de la Sala Plena.

5.—Dr. Rincón Lara.—Decreto 3275 de 1950. Sobre disposiciones ramo de Guerra.

6.—Dr. Ruano—Decreto 4120 de 1949. Sobre funciones del Consejo de Estado.

7.—Dr. Sandoval.—Decreto 2597 de 1950. Suspensión del artículo 9º de la ley 35 de 1929.

8.—Dr. Sarasty.—Decreto 3523 de 1949. Sobre autorizaciones a los Gobernadores de los Departamentos.

9.—Dr. Anzola E.—Ley 39 de 1945. Sobre bienes de extranjeros.

10.—Dr. Arámbula.—Ley 43 de 1945. Sobre escalafón nacional de enseñanza secundaria.

11.—Dr. Gómez N.—Decreto 2231 de 1954. Sobre creación del Circuito Judicial de La Plata (Huila).

12.—Dr. Pachón Padilla.—Decreto 0279 de 1954. Sobre ejercicio de la Medicina y de la Odontología.

13.—Dr. Rincón L.—Decreto 2131 de 1951. Sobre pago de gastos de la justicia municipal.

14.—Dr. Ruano.—Objeciones del Presidente de la República al proyecto de ley sobre biblioteca escolar colombiana.

15.—Dr. Sandoval.—Elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo.

16.—Dr. Sarasty.—Decreto 1111 de 1938. Sobre Jueces de Instrucción Criminal.

17.—Dr. Anzola E.—Objeciones del Presidente de la República al proyecto sobre entonidades públicas.

18.—Dr. Arámbula.—Decreto 1200 de 1950. Ejercicio de la profesión de Abogado.

19.—Dr. Gómez N.—Decreto 2064 de 1953. Sobre Judicatura Municipal.

20.—Dr. Pachón P.—Ley 41 de 1948. Sobre terrenos ejidos y otros.

21.—Dr. Rincón L.—Decreto 2064 de 1933. Sobre Judicatura Municipal.

22.—Dr. Ruano.—Decreto 0279 de 1953. Sobre ejercicio de la Medicina y la Odontología.

23.—Dr. Sandoval—Ley 14 de 1937.—Sobre gastos por cuenta de la Caja Agraria.

24.—Dr. Sarasty.—Decreto 124 de 1954. Sobre Consejo Nacional de Práctica Profesional.

25.—Dr. Anzola E.—Ley 137 de 1948.—Sobre retiro de Oficiales de las Fuerzas Militares.

26.—Dr. Arámbula.—Ley 56 de 1921. Tratado con los Estados Unidos de América.

27.—Dr. Gómez N.—Ley 25 de 1953. Orgánica del Banco de la República.

28.—Dr. Pachón P.—Decreto 1241 de 1944. Sobre requisitos tomar posesión.

29.—Dr. Rincón L.—Decreto 852 de 1955. Sobre avalúos catastrales.

30.—Dr. Ruano.—Ley 94 de 1938—Código de Procedimiento Penal.

31.—Dr. Sandoval.—Decretos 931 y 1021 de 1946. Sobre retiro Oficiales de la Policía Nacional.

32.—Dr. Sarasty.—Ley 24 de 1947. Sobre Jurisdicción del Trabajo.

RESUMEN DEL REPARTO
NEGOCIOS EN TRAMITACION

33.—Dr. Anzola E.—Acto Legislativo numero 1 de 1953, sobre Asamblea Nacional Constituyente.

34.—Dr. Arámbula.—Decreto 3220 de 1953. Sobre carrera de los Oficiales de las Fuerzas Militares.

35.—Dr. Gómez N.—Nulidad nombramietno de un Magistrado de lo Contencioso Administrativo en Cali.

36.—Dr. Pachón P.—Ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República.

37.—Dr. Rincón Lara.—Decreto 1858 de 1951, reformatorio del Código Penal y de Procedimiento.

El Presidente (fdo.), **Enrique Arámbula Durán.**
El Secretario (fdo.) **Jorge García Merlano.**

SALA DE CASACION CIVIL

REPARTIMIENTO GENERAL DE LA SALA DE CASACION CIVIL

En la ciudad de Bogotá, a tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el suscrito Presidente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, doctor Pablo Emilio Manotas, en asocio de todos los Honorables Magistrados que integran dicha Sala, inició el reparto general de los negocios.

Encontró que se hallaban al estudio para fallo 116 negocios, en tramitación 78, sentencias extranjeras 2, revisiones civiles, 1, recursos de hecho 1 y ejecutorias 1.

Se procedió primeramente a repartir entre los seis Magistrados que forman la Sala, los negocios que se encuentran al estudio para fallo. Puso igual número de fichas y a la suerte se fueron sacando una por una, empezando en orden alfabético. Al terminar este reparto correspondieron 18 negocios a los Magistrados doctores Anzola y Pachón Padilla, 20 negocios al Magistrado doctor Vargas Vélez y 21 negocios a los Magistrados doctores Garavito Durán, Arias y Manotas.

Seguidamente y en la misma forma procedió a repartir los negocios en tramitación, las sentencias extranjeras, las revisiones civiles, los recursos de hecho y las ejecutorias dando como resultado: 12 negocios al doctor Anzola, 13 negocios a los doctores Pachón Padilla y Garavito Durán y 14 negocios a los doctores Arias, Manotas y Vargas Vélez.

NOTA—En el presente reparto se le da aplicación al artículo 6º del Decreto ley número 1.762 de 26 de julio de 1956.

RESUMEN DEL REPARTO

NEGOCIOS AL ESTUDIO

1.—Dr. Arias.—Carmen Herrera de Alzamora contra José Mª Leiva.
2.—Dr. Garavito.—Vicente Olivares P. contra Aviance.
3.—Dr. Manotas.—Juan S. Robles contra Municipio de Barranquilla.
4.—Dr. Vargas V.—Guadalupe García contra Ramón A. Vargas.
5.—Dr. Arias.—Emigio Cortés E. contra Municipio de Cali.
6.—Dr. Garavito.—Pastora de la R. de Hidalgo contra Raquel Moncayo.
7.—Dr. Manotas.—Rosa Elena Cabrera contra Suc. de Tomás Velasco.
8.—Dr. Vargas V.—Dora Fca. Palermina contra María O. Fernández de P.
9. Dr. Arias. Víctor M. Giraldo contra Antonio José Jaramillo.
10.—Dr. Garavito.—Rosa Uribe contra Pedro Uribe Mejía.
11.—Dr. Manotas.—Carola Orozco contra Luis Carlos Valencia.
12.—Dr. Vargas.—Luis F. Restrepo contra Blas Eduardo Giraldo.
13.—Dr. Arias.—Mercedes Jiménez contra Luis Alejandro Cárdenas.
14.—Dr. Garavito.—Demetrio Namen contra Faiace Hermanos y otros.
15.—Dr. Manotas.—Vicente Gutiérrez A. contra María Angel v. de Angel.
16.—Dr. Vargas.—Francisco Vásquez contra Isabel Castrillón.
17.—Dr. Anzola E.—Sucesión de Angel María Palma.
18.—Dr. Arias.—Clementina Peláez contra Carlos Materón S.
19.—Dr. Garavito.—Cecilio Cepeda contra Suc. de Rodolfo Eckard y Cía.
20.—Dr. Manotas.—María Delia Meza contra Ramón Meza Villa.
21.—Dr. Pachón.—Rafael Mª Charry y otro contra Francisco Albornoz.
22.—Dr. Vargas.—Justiniano Chamorro contra Argemiro Lemos Pérez.
23.—Dr. Anzola E.—Clara Sapuyés y otra contra León Gil Sapuyés.
24.—Dr. Arias.—Sucesión de Amalia Calderón de Bravo.

25.—Dr. Garavito.—Lisandro Villalba N. contra Elvira Barriga.
26.—Dr. Manotas. — Ernesto Salcedo R. contra Antonio Salcedo C.
27.—Dr. Pachón P.—Rosa Elena Salazar contra Eliécer Patiño.
28.—Dr. Vargas.—Julio Mazabel contra Villegas Hnos. S. A.
29.—Dr. Anzola.—Matilde Méndez R. contra José Gregorio Reyes.
30.—Dr. Arias.—María L. Tulcán contra José María Rodríguez.
31.—Dr. Garavito.—Santos Miguel Barrera contra María S. Molina.
32.—Dr. Manotas.—Arturo Moreno B. contra sucesión de Eduardo Bonilla.
33.—Dr. Pachón P.—Ester Torres contra Rosa María Velandia.
34.—Dr. Vargas—Tomás J. Núñez L. contra Soc. Jesús Orozco, Ltda.
35.—Dr. Anzola. — Hernando Moreno H. contra Hans J. Von Mellenthain.
36.—Dr. Arias.—Donaldo Guzmán contra María Elvigia Muñoz.
37.—Dr. Garavito.—Pedro F. Lara contra Municipio de Cúcuta y otros.
38.—Dr. Manotas.—Alfonso Romero A. contra Víctor Oppenhein.
39.—Dr. Pachón P.—José González contra María Pulido de Pulido.
40.—Dr. Vargas.—Empresa de Tipacoque contra Banco Agrícola Hipotecario.
41.—Dr. Anzola E. — Comunidad de Dominio Tere. contra Ricardo Castillo F.
42.—Dr. Arias.—Carlos S. Goyeneche contra Ciro E. Goyeneche.
43.—Dr. Garavito.—Luis Hurtado T. contra Gabriel Hoyos Botero.
44.—Dr. Manotas.—Jesús Mª Bedoya contra Aníbal Loaiza.
45.—Dr. Pachón P.—Julio César Gil contra Suc. de Francisco Sánchez.
46.—Dr. Vargas V.—Luis C. Iglesias contra Seguros Bolívar.
47.—Dr. Anzola E.—Antonio Barrientos y otros contra Benjamín A. Vargas.
48.—Dr. Arias.—Pastor Montoya D. y otro contra Ricardo Arias.
49. Dr. Garavito.—María Echeverri contra Norberto Navarro B.
50.—Dr. Manotas.—Carmen Salazar contra Hernando Rodríguez G.
51.—Dr. Pachón P. — María L. Valencia contra Andrés Valencia M.
52.—Dr. Vargas.—Mélida Segura contra María A. Hernández.
53.—Dr. Anzola E.—Cía. Urbanizadora la Costeña contra Elena López.
54.—Dr. Arias.—Catalina Rodríguez contra Guillermo Millán T.
55.—Dr. Garavito.—Isabel Buitrago contra Suc. Emiliano Arango G.
56.—Dr. Manotas. — Efraín Cruz P. contra Suc. de Jorge Saavedra A.
57.—Dr. Pachón P.—Julio A. Vengoechea contra Pablo E. Vengoechea.
58.—Dr. Vargas.—Luis Estrada contra Argemiro Estrada y otros.
59.—Dr. Anzola E.—Juan Bautista Botero contra Luciano Serna Angel.
60.—Dr. Arias.—Julio C. Rey Rojas contra Reinaldo Gutiérrez.
61.—Dr. Garavito.—Jesús A. López y otro contra Vicente Correal.
62.—Dr. Manotas.—Soc. Anónima del Sinú contra Municipio de Bogotá y otros.
63.—Dr. Pachón P. — Santos Molinares contra Eduardo Rubio Rubio.
64.—Dr. Vargas.—Alirio Meneses contra Benilda Meneses.
65. Dr. Anzola E.—Eduardo Palau contra Ricardo Velásquez y otro.
66.—Dr. Arias.—Marco E. Moreno contra José Mª. Quintero.
67.—Dr. Garavito.—Suc. de Oliverio Rodríguez contra Luis E. Rodríguez.
68.—Dr. Manotas.—Cristóbal Uribe contra Maximiliano Cardona C.
69.—Dr. Pachón P.—Clara Sierra contra José Mª Bustos.
70.—Dr. Vargas.—Marceliano Osorio contra Municipio de Santuario.
71.—Dr. Anzola E.—Virginia Yepes S. contra la Suc. de Nicanor Valencia.
72.—Doctor Arias.—Diócesis de Pasto contra Alfonso Montenegro y otro.
73.—Dr. Garavito.—Matías Cerquera contra Mario Silva.
74.—Dr. Manotas.—Javier Romero contra Suc. de Calixto Romero.
75.—Dr. Pachón.—Ester Valverde contra Arturo Sutzberg.
76.—Dr. Vargas.—Tulio Rubiano y otros contra Félix Abadía L.
77.—Dr. Anzola E. — Confecc. El Roble contra Cote y Cía. Ltda.

78.—Dr. Arias.—Suc. de Elena Carrasco de Cortés.
79.—Dr. Garavito. — Luis M. Calderón contra Jorge Grillo.
80.—Dr. Manotas.—Arrocera Central Ltda. contra Arturo Renao.
81.—Dr. Pachón. — Lázaro Villa W. contra José Vicente Fernández.
82.—Dr. Vargas. — José Neé Ruiz contra María Ester Benavides.
83.—Dr. Anzola E.—Hernando Corredor contra Municipio de Medellín.
84.—Dr. Arias—Maximiliano Cabaño contra Paulina Montoya.
85.—Dr. Garavito. — Antonio García G. contra Arturo Quintana.
86.—Dr. Manotas.—Fortunato Acosta contra José Luis Flórez.
87.—Dr. Pachón.—Benicio Ochoa G. contra Magdalena Gutiérrez.
88.—Dr. Vargas V. — Martín E. Acuña contra Aglae Virginia Villodres.
89.—Dr. Anzola E.—Elvecia Bolaños contra Florinda Camacho.
90.—Dr. Arias.—Rafael Casallas contra Isidora Nava v. de Nieto.
91.—Dr. Garavito.—Alfonso Duarte contra Angelina Celly.
92.—Dr. Manotas. — José Mª Uricoechea contra Avianca.
93.—Dr. Pachón P. — Alfredo Rodríguez contra Luis González Mendoza.
94.—Dr. Vargas V.—Luis A. Aristizábal contra Miguel Pineda.
95.—Dr. Anzola E.—Primitivo Fernández contra Municipio de Barranquilla.

96.—Dr. Arias.—Jesús Pinzón contra Hernando S. de Santamaría.
97.—Dr. Garavito—Amaralia Zarama contra Antonio C. Santacruz.
98.—Dr. Manotas.—Pedro Brito Ojito contra Mitridates Campo Ruiz.
99.—Dr. Pachón.—Raquel Ramírez contra Faustina Lerma v. de Pérez.
100.—Dr. Vargas. — José Luis Aramburo contra Graciliano Arroyave.
101.—Dr. Anzola E.—Luis C. Hernández M. contra Mercedes Ríos.
102.—Dr. Arias. — Guillermo Chaves Ch. contra Rogelia Chaves.
103.—Dr. Garavito.—Carlos A. Tietjen contra Alfonso Salazar V.
104.—Dr. Manotas.—Cerafina Núñez contra Jorge González y otro.
105.—Dr. Pachón. Francisco de P. Moncayo contra Suc. de Josef Moncayo.
106.—Dr. Vargas—Francisco L. Zapata contra Alberto Saldarriaga A.
107.—Dr. Anzola E. — Miguel M. Pérez contra Juan Manuel Pabón.
108.—Dr. Arias. — Juan Clímaco Cabrera contra Antonio Paláu.
109.—Dr. Garavito.—Hipólito Galindo contra Jaia Volovitz y otros.
110.—Dr. Manotas. — Bernardo Martínez Pereira contra Avianca.

111.—Dr. Pachón.—Julio R. Sandoval contra Lucio B. Salcedo y otro.
112.—Dr. Vargas.—Samuel Alvarez B. contra Elisa Herrera.
113.—Dr. Anzola. — Bárbara Quijano contra Rubén Cuéllar.
114.—Dr. Arias.—Carmen R. Ballén contra Suc. de Francisco Ballén.
115.—Dr. Garavito. — Francisco de la C. Motos contra Municipio de Zarzal.
116.—Dr. Manotas.—Efraín Rodríguez R. contra Olga María Zárate.

RESUMEN DEL REPARTO

NEGOCIOS EN TRAMITACION

117.—Dr. Pachón P.—Ana Dolores Martínez contra Suc. de Roberto Martínez.
118.—Dr. Vargas V.—Erasmo Sánchez contra Félix María Reina.
119.—Dr. Arias. — Julio F. Argüelles contra Arquímedes Ramírez.
120. — Dr. Garavito. — Ana Lucía Díaz contra Energía Eléctrica de Riosucio.
121.—Dr. Manotas.—Dolores Salazar contra Sofía Toro Echeverri.
122.—Dr. Pachón.—Enrique De la Torre contra Gustavo O. Pedraza.
123.—Dr. Vargas V.—María T. Carvis contra Augusto Rocha C.
124.—Dr. Anzola E.—Antonio Mª Meléndez contra Consolación Lara.
125.—Dr. Arias.—Susana Orozco contra Sucesión de Rafael Vela Rico.
126.—Dr. Garavito. — José A. Amaya M. contra Manuel J. Amaya Méndez.

127.—Dr. Manotas. — Alcides Perdomo L. contra Juan C. Lugo.
128.—Dr. Pachón—Hermelinda Osorio contra Mario Avila Hurtado.
129. Dr. Vargas V.—Rosalía Rubio contra Héctor Pacheco V.
130.—Dr. Anzola E.—Efraín Cruz P. contra Suc. Jorge Saavedra A.
131.—Dr. Arias. — Luis F. Estrada contra Pedro Rodríguez Mira.
132.—Dr. Garavito.—Juan M. Luna contra Avelino Benigni.
133. Dr. Manotas.—José del C. Cerk contra Cía. de Samacá y otros.
134.—Dr. Pachón.—Lilia Aljure Reyes contra Ernestina Cadena.
135.—Dr. Vargas. — Carlos E. Aristizábal contra Esteban Gómez y otros.
136.—Dr. Anzola E.—Olga Angulo contra Fernando Villegas Marulanda.
137.—Dr. Arias.—Horacio Romero contra Roberto Delgado.
138. Dr. Garavito—Carmen Durán G. contra Naviera Colombiana, S. A.
139.—Dr. Manotas.—Tomás Rosero contra Zoila Villota de Arango.
140.—Dr. Pachón.—Rudecindo Cañón contra Antonio Cañón.
141.—Dr. Vargas.—Carmen Tovar G. contra Suc. de Isidro Cuéllar N.
142.—Dr. Anzola E.—Alicia Wiesner contra Luis E. Guerrero.

143.—Dr. Arias. — Luis Mª Urquino Ch. contra Carmen Urquino.
144.—Dr. Garavito.—Suc. Eliécer Barbosa contra Isabel Barbosa.
145.—Dr. Manotas.—Zhaiter Chalela contra Hernán Ursula Sierra.
146.—Dr. Pachón P. — Paulina Hernández contra Suc. de Tomás González.
147.—Dr. Vargas V.—María R. contra Adán Botero y otro.
148.—Dr. Anzola E.—Tulia Lozada contra Bertilda Lozada.
149.—Dr. Arias.—Pedro P. Vargas E. y otro contra Eusebio H. García.
150.—Dr. Garavito. — Samuel Hernández contra Cornelio Quijano.
151.—Dr. Manotas—Gracicia Lozada contra Aristides Méndez.
152.—Dr. Pachón P.—Blanca L. Cano contra Suc. de Hipólito Cano.
153.—Dr. Vargas V.—Víctor Leal S. contra Tito Livio Morelli.
154.—Dr. Anzola E.—Gerardo Rincón contra Flota Santa Bárbara, Ltda.
155. Dr. Arias.—María R. Giraldo contra Suc. de David Beduya T.
156.—Dr. Garavito. — Antonio Guarín E. contra Miguel Angel Henao.
157.—Dr. Manotas.—Agustín Venegas V. contra Bernardo Gómez.
158.—Dr. Pachón P.—Gabriel Duque contra Miguel Duque.
159.—Dr. Vargas V.—Alicia Gómez y otra contra Elena Stunker.

160.—Dr. Anzola E. — Alfonso González contra Elías Robledo y otros.
161.—Dr. Arias.—Municipio de Neiva contra Olegario Cárdenas P.
162.—Dr. Garavito.—Hernán Span contra Rosa E. v. de Navarro.
163.—Dr. Manotas. — José D. Reyes contra Suc. Hidroeléctrica del Lebrija.
164.—Dr. Pachón P. — Florentino Castro contra Arcesio Castro.
165.—Dr. Vargas V.—Beatriz Z. v. de Muñoz contra Suc. de David Vega L.
166.—Dr. Anzola E.—Idalí Herrera contra Suc. de Juan B. Guerrero R.
167.—Dr. Arias.—Luis N. Henao contra José J. Acevedo y otro.
168.—Dr. Garavito.—Raúl Mejía S. contra Carlos Ruiz.
169.—Dr. Manotas—Dolores Becerra contra Francisco Alvarez.
170.—Dr. Pachón P.—Aristipo Lince contra Rosalía Escobar.
171.—Dr. Vargas V.—María Pava contra Suc. de Enrique Barón C.
172.—Dr. Anzola E.—Cipriano Rojas contra Antonio Martínez.
173.—Dr. Arias.—Juan N. Goyeneche contra Bernardo Goyeneche.
174.—Dr. Garavito D.—Arturo Boada contra Rafael Munar.
175.—Dr. Manotas—Marina García L. contra Suc. de Josué Canal S.
176.—Dr. Pachón P.—Juan N. Rojas contra Hernando Sánchez Páez.
177.—Dr. Vargas V.—Hernando Sosa contra Suc. de José J. Vega y otro.
178.—Dr. Anzola E.—Elvira Sánchez contra José Acevedo Camacho.

179.—Dr. Arias.—Juan de J. Zúñiga contra Luis Nereo Correa.
180.—Dr. Garavito. — Carmen Gómez C. contra Marcelina Sánchez R.
181.—Dr. Manotas.—Lucio Sandoval contra Rubén Saponar.
182.—Dr. Pachón P.—Efraín Ramírez M. contra Roberto Duarte A.
183.—Dr. Vargas V.—José Mª Bejarano contra Suc. de Luis Domínguez.
184—Dr. Anzola E.—Mariano Alvarez contra Luis Felipe López.
185.—Dr. Arias.—David Castro contra Ernestina Cogollo C.
186.—Dr. Garavito D. — Herbert Schwarz contra Janice Wormser de Schwarz.
187.—Dr. Manotas.—Félix Cardona contra Leticia Vivas.
188.—Dr. Pachón P. — Natividad Ospina contra Rafael Ospina D.
189. Dr. Vargas V.—Ernestina Acosta contra Ricardo Rengifo.
190—Dr. Anzola E.—Roberto Cortázar contra Ana Lamoreaux.
191.—Dr. Arias.—Bernardo Tobón contra Belisario Taborda.
192.—Dr. Garavito—Antonio Isaza L. contra Suc. de José M. Isaza.
193.—Dr. Manotas. — María E. Betancourt contra Jesús A. López.
194.—Dr. Pachón. — Clemencia Castrillón contra Tulia Maya.

RESUMEN DEL REPARTIMIENTO

SENTENCIAS EXTRANJERAS

195.—Dr. Manotas.—Francisco Cajiao.
196.—Dr. Vargas V.—Blas Herrera Azoátegui.

RESUMEN DEL REPARTIMIENTO

EJECUTORIAS

197.—Dr. Arias.—Graciela de Cano contra Delia Carbonel.

RESUMEN DEL REPARTIMIENTO

REVISIONES CIVILES

198.—Dr. Pachón Padilla.—Leovigildo Acuña.

RESUMEN DEL REPARTIMIENTO

RECURSOS DE HECHO

199.—Dr. Anzola E.—Francisco Mariño Parra.

El Presidente (fdo.), Fabio Emilio Manotas.
El Secretario (fdo.), Ernesto Melendro Lugo.

LA PROVIDENCIA DE UN TRIBUNAL EN LA QUE RESUELVE QUE ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DE UNA APELACION CONTRA FALLO DE PRIMER GRADO PORQUE EL APELANTE CARECE DE PERSONERIA, YA QUE DESEMPEÑA UN CARGO PUBLICO, ES AUTO INTERLOCUTORIO, QUE NO SE PRONUNCIA SOBRE EL FONDO DEL NEGOCIO, Y, POR TANTO, NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Antecedentes

El señor Juez del Circuito de Garagoa en proveído de fecha 14 de mayo de 1954, a solicitud de varios comuneros decretó la división material del fundo "Los Legatarios", situado en jurisdicción del Municipio de Pachavita del Distrito Judicial de Tunja. El ingeniero Pedro A. Varón C. designado partidor, verificó el trabajo e hizo las pertinentes adjudicaciones entre quienes acreditaron derecho en el bien común. El doctor Francisco Mariño Parra, apoderado de los demandados, objetó el trabajo: el Juzgado tramitó el incidente que fue fallado en providencia de 22 de octubre de 1955 declarando infundadas y no probadas las objeciones: consecuencialmente, aprobó la partición, ordenó su inscripción en el Registro y la protocolización del juicio. Inconforme el referido apoderado con las anteriores determinaciones, interpuso apelación para ante el Tribunal Superior de Tunja, con el resultado de que la Corporación en proveído de 12 de abril del año en curso se declaró incompetente para conocer del recurso, porque, estimó, que el día 24 de octubre último, cuando el doctor Mariño Parra lo interpuso, estaba inhabilitado para gestionar a nombre de sus representados en razón de hallarse desempeñando el cargo de Abogado General del Departamento de Boyacá, función que a juicio del Tribunal era incompatible con la representación judicial de intereses particulares a términos del Decreto 255 de 1955 y del artículo 5º del Decreto Ejecutivo número 3485 de 1950. Determinó el Tribunal, en conclusión, que la parte a nombre de la cual interpuso apelación el doctor Mariño Parra quedó "sin personería legítima", vale decir, "sin representación en el juicio desde el día 19 de julio de 1955, fecha en la cual el doctor Mariño Parra tomó posesión del citado cargo oficial".

Estimando el señor apoderado que el proveído en cuestión tiene fuerza de sentencia solicitó se publicara y notificara en forma legal y a la vez interpuso contra él recurso de casación. En otra solicitud interpuso reposición de lo resuelto, para el caso de que el Tribunal estimara que se trataba de un auto interlocutorio, "a fin de que se revocara y se entrara a dictar sentencia de fondo". Por auto de 25 del mismo abril, el Tribunal, estimando que la providencia reclamada no tenía la categoría de sentencia sino de auto interlocutorio, denegó el recurso de casación. Contra este proveído el señor apoderado interpuso reposición y en subsidio solicitó se le expidiera copia de lo pertinente para recurrir de hecho: el Tribunal, por auto de 8 de mayo pasado no repuso su inicial determinación y ordenó la compulsa de las copias.

Recurso de hecho

El recurrente presentó en tiempo ante la Sala el escrito de folios 10 a 11 vuelta relativo al recurso de hecho que vino acompañado de copia de la actuación surtida ante el Tribunal, en el que funda el derecho que cree tener a que se le conceda el recurso de casación contra la citada providencia de 12 de abril del año en curso que le denegó el citado Tribunal.

A este fin argumenta:

"La divergencia versa exclusivamente acerca de la calidad interlocutoria o definitiva del auto recurrido. Dice el H. Tribunal:

" 'Prescribe el artículo 466 ibidem que las resoluciones de carácter judicial se denominan sentencias si deciden definitivamente sobre la controversia que constituyen la materia del juicio,

o versa sobre lo principal de éste, es decir, que la sentencia defina el punto debatido poniendo término a la instancia y haciendo imposible la continuación del juicio mediante las declaraciones que al efecto deben hacerse".

"En mi sentir, el Tribunal le cuelga al artículo 466, conceptos que no caben dentro de su literalidad ni corresponden a las realidades usuales. Porque tales declaraciones que 'al efecto deben hacerse' no son indispensables y muchas veces no se hacen, como ocurre en la mayor parte de las sentencias absolutorias, en todas las desestimatorias y en las que la Corte niega la casación o la revisión.

"El fallo de 12 de abril puso término definitivo a la instancia y al juicio, haciendo nugatorio cualquier procedimiento posterior, luego fue una sentencia a pesar de la forma interlocutoria que se le dio. Lo que da categoría a una decisión no es el continente sino su contenido o el artículo 472 del C. Judicial está de sobra.

"En los autos interlocutorios se deciden cuestiones incidentales; se prepara el proceso para su adelantamiento y culminación, mediante estatuídos que, si son legales, deben ser tenidos en cuenta en la sentencia. Este auto no prepara nada. Lo decide todo de una vez, clausurando toda posibilidad de prosecución del juicio. Es una sentencia a la que se despojó de las formas y ritualidades que le son propias.

"Y como sentencia aprobatoria de una partición en juicio de división de bienes comunes, contra ella procede el recurso de casación.

"Pero aún suponiendo legal la forma interlocutoria que se le dio, este fallo es exactamente el previsto en la causal séptima de casación: en él el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto cuya competencia se ventilará precisamente en casación, y así se lo declaró.

"No podría argüirse que el artículo 520 en concordancia con el 519 exige que la materia casable sea una sentencia revestida de las ritualidades que le son propias. Porque el Código, apartándose del léxico usado para las otras causales, no emplea la palabra 'sentencia', de sentido un tanto restringido, sino 'fallo', de extensión mucho más lata.

"Y porque tal exigencia sería una petición de principio que dejaría al arbitrio del Tribunal hacer o no casable su decisión.

"Ni se puede justificar la denegación del recurso de casación —como lo pretende el H. Tribunal— con el hecho de haber recurrido yo simultáneamente en reposición.

"El recurso de reposición se introdujo en calidad de subsidiario, y no precisamente en espera ilusoria de una rectificación, sino con el solo objeto de no dejar en el aire ciertas afirmaciones del abogado de la contraparte acerca de mi honor profesional. Llenada esta finalidad, bien sabía yo que mi solicitud de reposición no podía prosperar, entre otras razones por tratarse de una sentencia. Esa necesidad de rectificar o protestar al menos, explica el que haya introducido como subsidiario un recurso que lógicamente era primero en el tiempo".

Consideraciones de la Sala

El artículo 466 del C. J. clasifica las resoluciones judiciales en autos y sentencias, y expresa, que son de esta última naturaleza las que "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario".

La Corte, al comentar lo que debe entenderse "por decisión sobre la controversia que constituye la materia del juicio", tiene explicado que "la sentencia es la que se pronuncia sobre la acción ejercitada", que por sentencia ha de entenderse "la resolución que pronuncia el juez de acuerdo con la ley sobre el punto o cuestión que ante él se controvierte".

Aplicando estos principios al caso en estudio se tiene, que la providencia de 12 de abril de 1956 proferida por el Tribunal de Tunja contra la cual se interpuso el recurso de casación que denegó el Tribunal, no es sentencia, tomando el concepto en el sentido de la disposición del artículo 466 del C. J. Resulta evidente que mediante ella el Tribunal ni confirmó ni revocó la sentencia del juez de primera instancia que aprobó el trabajo de partición practicado dentro del juicio de división de bienes comunes a que se refiere el recurso de hecho; es decir, no se pronunció el Tribunal sobre la acción ejercitada ni aún sobre el punto o cuestión que ante esa Corporación planteó la parte demandada al interponer la apelación consistente en que si procedía mantenerse la partición practicada por el partidor, o si, por el contrario, reformarse o modificarse en el sentido de las objeciones que se propusieron.

Es más: la disposición citada —artículo 466 del

C. J. — expresa que son autos interlocutorios las resoluciones de carácter judicial que "resuelvan algún accidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas".

Resulta entonces, que la referida providencia de 12 de abril es de carácter interlocutorio porque, bien o mal, el Tribunal mediante ella exclusivamente determina la personalidad del representante de la parte demandada para la época en que interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, representación que consideró suspendida en la persona del doctor Mariño Parra por encontrarse entonces ejerciendo un cargo público, y consiguientemente, afirma, sin personería para la interposición del recurso. De ahí la declaración de incompetencia con que culminó dicho paso procesal.

No resolvió, pues, el fondo de la controversia, se limitó el Tribunal a resolver una cuestión incidental, o sea la falta de personería del apoderado de la parte demandada, ocurrencia, que a términos del mentado artículo 466 del C. J. es distinta de fallo definitivo del litigio.

Tan cierto es que el Tribunal no profirió el fallo de instancia en su providencia cuestionada de 12 de abril, que en ella advierte "que con antelación al fallo se hace necesario examinar la actuación en cuanto de inquirir si es o no procedente emitir el fallo pertinente al grado, para lo cual se avanzan las consideraciones siguientes". (Subraya la Sala).

En síntesis: siendo la providencia de 12 de abril último de naturaleza interlocutoria, contra ella no procedía el recurso de casación, como que éste, por imperativos legales, está instituido, de modo exclusivo, para las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia y en la especificación a que se refiere el artículo 518 del C. J. Y como la enumeración allí descrita es taxativa, ello indica que fuera de los casos allí señalados, no son susceptibles del recurso de casación providencias de otra índole, como en forma reiterada lo ha venido sosteniendo esta Corporación.

En tal virtud es legal la negativa del Tribunal a otorgar el recurso de casación interpuesto por el doctor Mariño Parra contra el referido auto de 12 de abril, por lo cual NO ES ADMISIBLE el de hecho interpuesto ante la Corte para que se otorgue aquél.

En mérito de lo expuesto, no se admite el recurso de hecho a que se refieren estas diligencias y se dispone darle aviso al Tribunal de la negativa.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ES CONDICION PARA QUE PROCEDA EL RECURSO DE CASACION QUE SE INTERPONGA EN TIEMPO Y QUE SE REVALIDE EL PAPEL DURANTE EL TERMINO QUE SE SEÑALE EN EL REQUERIMIENTO. — ARTICULO 351 DEL CODIGO JUDICIAL

La orden de no oir al renuente mientras no consigne en estampillas de Timbre Nacional el doble del papel sellado que ha debido suministrar, a que alude el artículo 351 del C. J., no conlleva necesariamente la negativa de lo que se pide, simplemente prescribe una suspensión de la decisión mientras corre el término que se señale en el requerimiento para que se cumpla con ese deber; con menos razón puede entenderse que se deba tener en cuenta para efectos de la oportunidad de la interposición del recurso, la fecha en que por orden del funcionario se verifica la revalidación. De ahí, la recia interpretación del artículo 351 del C. J. expuesta en autos de mayo 30 de 1940 y agosto 14 de 1941 (XLIX, 494 y LII, 387), jurisprudencia que establece, en síntesis, que la principal condición que se requiere para la oportunidad del recurso es que se interponga en tiempo y que la revalidación —en su caso— se verifique dentro del término que señale el requerimiento.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

El doctor Antonio García González, apoderado principal del demandado en este juicio, en su escrito de folios 6 a 8 de este cuaderno pide que la Corte declare inadmisible el recurso de casación concedido por el Tribunal Superior de Bogotá a la demandante, porque en su concepto, no le interpuso oportunamente.

En fundamento de su solicitud expresa "que cuando el demandante interpuso el recurso de casación (6 de febrero) no podía ser oído porque tenía a su cargo papel común por revalidar, y que cuando así lo hizo en 8 de marzo ya habían transcurrido los quince días de que trata el artículo 521 del C. J. que fueron los comprendidos entre el 15 de febrero y el 2 de marzo". En apoyo de su tesis cita varias jurisprudencias de esta Corporación.

Se considera:

El certificado del Tribunal y lo que aparece de autos evidencia que la sentencia proferida por esa Corporación se publicó el 26 de enero del año en curso; que desde el día en que se surtió por edicto la notificación a las partes (15 de febrero) al 2 de marzo siguiente, transcurrieron quince días hábiles; que dentro del lapso comprendido entre estas dos fechas, en 6 de febrero, el señor apoderado de la demandante interpuso, por escrito, recurso de casación contra la referida sentencia; que por auto de 6 de marzo el Tribunal requirió a la parte demandante para que dentro de la respectiva ejecutoria revalidara el papel común que tenía a su cargo, lo que fue cumplido el 8 del mismo marzo, es decir, en tiempo. Finalmente, que por providencia de 5 de abril del presente año, el Tribunal concedió el recurso.

En sentir de la Sala, la prohibición del artículo 351 del C. J. "no oír en juicio a la parte renuente en el suministro de papel competente que le corresponde", no tiene el alcance que el señor apoderado del demandante le atribuye, porque, la prohibición, según el texto de la disposición no puede entenderse en el sentido de que en todos los casos implique negativa, de plano, de lo que se pide, como que está condicionada, para que sea definitiva, al incumplimiento de lo allí prescrito —"la consignación en estampillas de timbre nacional del doble del valor del papel sellado que ha debido emplear"—. Y el modo como ha de manifestarse la renuencia a cumplir con la obligación del suministro o su falta involuntaria, no puede ser otro que el no obedecimiento al requerimiento que el funcionario le prescriba al presentar la solicitud de que se trate.

Lo que ha de tenerse en cuenta es, si la solicitud, interposición del recurso, etc., se hizo en tiempo y si dentro del término señalado, el solicitante o recurrente cumplió con la orden de revalidar el papel común empleado en la actuación. Cumplidas estas dos condiciones, la parte tiene derecho a que se resuelva su petición. Esta es la reiterada doctrina de la Corte como puede verse de lo dicho, entre otras providencias, en autos de 30 de mayo de 1940, XLIX, 494, y 14 de agosto de 1941, LII, 187, así:

"El artículo 351 del C. J., en su inciso 2º, no es de aplicación mecánica sino que es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto, además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes. Pero si eso es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o para hacer uso de él, y, en todo caso, antes de que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario".

La orden de no oír al renuente mientras no consigne en estampillas de Timbre Nacional el doble del sellado que ha debido suministrar, no conlleva necesariamente la negativa de lo que se pide, simplemente prescribe una suspensión de la decisión mientras corre el término que se señale en el requerimiento para que se cumpla con ese deber; con menos razón puede entenderse que se deba tener en cuenta para efectos de la oportunidad de la interposición del recurso, la fecha en que por orden del funcionario se verifica la revalidación. De ahí, la recta interpretación del artículo 351 del C. J. expuesta en la jurisprudencia de que se ha hecho mérito, que establece, en síntesis, que la principal condición que se requiere para la oportunidad del recurso es que se interponga en tiempo y que la revalidación —en su caso— se verifique dentro del término que señale el requerimiento.

En el caso, el apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación el día 6 de febrero de 1956, vale decir, dentro del término indicado como hábil para ese efecto por el artículo 521 del C. J., toda vez que el fallo se publicó en 26 de enero del mismo año y su notificación a las partes se surtió en 14 de febrero, fecha de la desfijación del edicto. Y si no se le otorgó el recurso en marzo cuando entró al despacho con la petición, fue porque se encontró que la apelante tenía papel común por revalidar, omisión que se apresuró a corregir el mismo día en que se notificó por estado el auto por medio del cual se le requirió, es decir, en tiempo, pese al hecho de que entre la fecha de presentación del escrito en que se interpuso el recurso — 6 de febrero— y la de la revalidación a virtud de requerimiento —8 de marzo— transcurrió un lapso más o menos de un mes.

No está de más observar, que si para la orden de requerimiento no hubiera dejado el Magistrado actuante transcurrir ese término de un mes, probablemente la revalidación la hubiera hecho el interesado con anterioridad al vencimiento del término del artículo 521. Luego por este aspecto —por la demora del funcionario— nada podría inculparse al recurrente, menos, sancionársele con la pretensión de su contraparte quien indirectamente pide como pena la pérdida del recurso que interpuso en tiempo.

En esas condiciones no quedaba al Tribunal otra alternativa que conceder el recurso, como lo hizo en auto de 6 de abril siguiente, ya que de otro lado, concurrían las circunstancias resultantes de la naturaleza, cuantía del pleito y habilidad legal del recurrente.

Carecen de fundamento las alegaciones del señor apoderado del demandado sobre inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la parte actora.

Ahora bien, por cuanto el recurso de casación fue interpuesto en tiempo, por parte legítima y contra una sentencia proferida en segunda instancia en juicio ordinario, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, lo declara admisible y ordena proseguir la tramitación.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y revalídese el papel común.

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NATURALEZA DEL RECURSO DE HECHO.—ARTICULO 4º DEL DECRETO 0243 DE 1951 SOBRE PAGO DEL PORTE DE CORREO POR LA PARTE QUE HA INTERPUESTO EL RECURSO

El recurso de hecho está exclusivamente consagrado para el caso de denegación de los recursos de apelación o casación. En el caso de estudio, el recurso de casación interpuesto fue concedido, como ya se vio, pero no pudo surtirse por omisión del pago del porte de correo. No se trata, pues, de denegación del recurso, sino de la aplicación del procedimiento que la ley prevée con el fin de evitar que el juicio quede indefinidamente paralizado si se le dejara en el correo pendiente de ser remitido al superior para evacuar un recurso interpuesto por alguna de las partes. Como no se trata de denegación del recurso de casación, es improcedente el recurso de hecho instaurado, ya que éste sólo tiene cabida cuando el Tribunal no otorga el primero.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

El doctor Jorge Altuzarra Lezama, mayor y vecino de Ibagué, quien dice obrar como apoderado de la "querellada", por medio del escrito que antecede manifiesta a la Corte que "recurre de hecho, a fin de que por esta vía se le otorgue el recurso de casación que el Tribunal Superior de la aludida ciudad de Ibagué, negó en el ordinario de Miguel Fernández y Elena Luna v. de Fernández contra Basilia Saldaña".

A su memorial acompañó copia autenticada de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal y de toda la actuación posterior cumplida en el juicio aludido. Bajo el título "Historia" el recurrente relata los siguientes hechos: "El 3 de abril del año actual de 1956, el aludido Tribunal sentenció en segunda instancia el referido juicio (fls. 1 a 9 de la copia que se exhibe). El 4 interpuso el recurso de casación (cop. ib. hoj. 9-10). En proferimiento de 27 de junio siguiente, fue otorgado el recurso (cop. id., 13 v.). El 9 de julio se envió el proceso al correo con dirección a la H. Corte (pág. 13 v., cit.). El 23 del mismo mes, los actores pidieron se requiriera el pago del porte y se declarara ejecutoriado el fallo recurrido, si no se pagaba (14 ib.). El 24 del mismo julio el Tribunal proveyó: "Requiérase al recurrente..." (Hoj. 14 cop. ref.).

Como lo anota el memorialista en el aparte transcrito y aparece de la copia acompañada, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 3 de abril del corriente año y que puso término a la segunda instancia del juicio seguido por Miguel Fernández y otra contra Basilia Saldaña, fue concedido por auto de fecha 27 de junio de 1956. Para que se surtiera el recurso se colocó el proceso al correo, el 9 de julio siguiente, pero como transcurrieran más de ocho días sin que el interesado pagara el porte correspondiente, su contraparte pidió en memorial presentado el 23 de julio se le requiriera para que hiciera el pago dentro de tres días y que si no lo cumpliere que fuera devuelto el expediente al H. Tribunal y se declarara ejecutoriada la sentencia. A esta solicitud recayó el auto de 24 de julio de 1956, en el cual dispuso el Tribunal:

"De conformidad con el artículo 4º del Decreto 0243 de 1951, requiérese al recurrente en el juicio a que se refiere el anterior memorial para que dentro de los tres días siguientes al de la notificación por estado de la presente providencia pague el porte correspondiente. Ofíciese al administrador de Correos, para que devuelva el expediente si dentro de los tres días de que se ha hablado, el interesado no hubiere hecho el pago del porte correspodiente".

Este auto aparece notificado por estado el 26 del mismo mes y con oficio 539 se comunicó ese día al señor Administrador de Correos lo resuelto. El auto no fue reclamado. Como no fue pagado el porte en el término indicado, el Admi-

nistrador de Correos devolvió al Tribunal el expediente el 31 de julio, y éste, por auto de primero de agosto último declaró ejecutoriada la sentencia de fecha 3 de abril del año en curso. Contra esta última providencia interpuso el doctor Altuzarra recurso de reposición y supletoriamente pidió copia de la sentencia y actuación posterior para recurrir de hecho en casación. El Tribunal, por auto del 27 de agosto, negó la reposición y ordenó expedir la copia solicitada.

De lo anteriormente relatado se observa que no está en lo cierto el recurrente cuando dice que recurre de hecho para que por esa vía se le conceda el recurso de casación que el Tribunal le negó. Ya se vio que por auto de 27 de junio de 1958 el Tribunal concedió el recurso de casación oportunamente interpuesto. Además el expediente se remitió al correo con destino a la Corte para esos efectos, con lo cual se cumplieron las formalidades que al Tribunal correspondían. Fue la omisión del pago del porte de correo por parte del interesado la que impidió que el recurso fuera adelante. En presencia de tal omisión y mediando solicitud de parte, el Tribunal no podía hacer cosa distinta a la de dar aplicación a la terminante disposición del artículo 4º del Decreto 0243 de 1951, que dice:

"Artículo 4º — El artículo 390 del Código de Procedimiento Civil quedará así: Cuando el superior ante quien se interponga algún recurso no resida en el mismo lugar del inferior, la parte recurrente, si no está exenta por disposición especial, deberá pagar el porte que corresponda al envío y devolución del expediente. Este pago se efectuará en la Administración de Correos dentro de los ocho días comunes siguientes al recibo del expediente en dicha oficina. Pasado dicho término sin que se haya pagado el porte, el Juez, a solicitud de parte, ordenará oficiar al Administrador de Correos para que devuelva el expediente si dentro de los tres días siguientes al de la notificación por estado del auto en que se da aquella orden, no se hubiere hecho el pago. Devuelto el expediente, el Juez de oficio, declarará ejecutoriada la providencia recurrida".

Alega el recurrente que en el auto de 24 de julio se exigió y decretó un requerimiento, es decir se promulgó una ley procesal a la cual tenía que atenerse el recurrente y que en su texto explícito obligaba al Tribunal y a las partes; que el requerimiento correspondía hacerlo mediante notificación personal y que como no se hizo así, tal requerimiento no se ha realizado, no está en mora de satisfacer el porte y consecuencialmente no se ha perdido el derecho al recurso de casación. Y agrega:

"Así, conservando el derecho de recurrir en casación y lógicamente derogable el proferimiento que lo concluló y declaró ejecutoriada la final decisión de segunda, objeto de recurso de hecho, remedio éste procedente, desde luego que si es ilegal la negativa de la casación aducida como recurso, y este de recibo, para hacerlo efectivo se debe revisar la providencia negativa, fin para el cual hay que darle vía al recurrimiento de facto".

Parece, pues, que lo que el recurrente pide a la Corte es que por falta de notificación personal del requerimiento revoque el auto del Tribunal que declaró ejecutoriada la sentencia por no haberse pagado el porte de correo oportunamente.

En primer lugar se observa que el auto de 24 de julio no ordena hacer requerimiento posterior, sino que por medio de ese auto el Tribunal requiere al recurrente para que pague el porte. Dice "requiérese al recurrente", que es tanto como decir intímase al recurrente o avísasele o hácesele saber. La ley procedimental no exige en estos casos la notificación personal, y según el artículo 325 del C. J. "Los avisos, requerimientos, reconvenciones u otros actos análogos en que debe intervenir el Juez se entienden surtidos con la notificación del auto, y la exhibición de los documentos que en cada caso exige la Ley". La notificación de los autos interlocutorios y de sustanciación, cuando no sea necesario hacerla personalmente, se efectúa por medio de su anotación en estados. Si por medio de ese auto se promulgó una ley procesal como lo considera el recurrente, allí mismo se previó su notificación por estado.

En segundo lugar, el recurso de hecho está exclusivamente consagrado para el caso de denegación de los recursos de apelación o casación. En el caso de estudio, el recurso de casación interpuesto fue concedido, como ya se vio, pero no pudo surtirse por omisión del pago del porte de correo. No se trata, pues, de denegación del recurso, sino de la aplicación del procedimiento que la ley prevée con el fin de evitar que el juicio quede indefinidamente paralizado si se le dejara en el correo pendiente de ser remitido al

superior para evacuar un recurso interpuesto por alguna de las partes. Como no se trata de denegación del recurso de casación, es improcedente el recurso de hecho instaurado, ya que éste sólo tiene cabida cuando el Tribunal no otorga el primero.

Por lo expuesto, la Sala declara improcedente el recurso de hecho interpuesto por el doctor Altuzarra, y ordena poner en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué esta providencia.

Notifíquese.

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Jesús María Arias — Guillermo Gerardo Durán — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de Paula Vargas — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE COBRO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. — EL SENTENCIADOR PUEDE AGREGAR A LOS PRONUNCIAMIENTOS PRINCIPALES DE LA SENTENCIA LOS EXTREMOS ACCESORIOS QUE SEAN NATURAL Y LOGICA SECUELA DE AQUELLOS, SIN INCURRIR POR ELLO EN INCONSONANCIA

1.—La interpretación errónea de una ley proviene del equivocado concepto que se tenga del contenido de su texto, independientemente de toda cuestión de hecho y de derecho en la interpretación de las pruebas, cuestión ésta última que, por sí sola, no es motivo de casación, pues necesita tener incidencias sobre un texto sustantivo infringido a consecuencia de un error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

2.—El concepto de la consonancia no exige que los pronunciamientos de la sentencia se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de los litigantes, basta con que ellas sean resueltas sustancialmente. Los sentenciadores están facultados por la ley para agregar a las decisiones esenciales, cualquier extremo accesorio, que lejos de alterar o desvirtuar los pronunciamientos principales, por el contrario, sea simplemente natural y lógica secuela de éstos, y que conduzca a facilitar su efectividad en el trámite de la ejecución.

3.—Toda sentencia judicial se integra por las declaraciones de hechos que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador: por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por la consiguiente declaración del derecho disputado en el pleito.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El doctor **Alfonso Romero Aguirre**, abogado titulado e inscrito, en su propio nombre y ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra el doctor **Víctor Oppenheim T.**, con el objetivo de obtener judicialmente "el pago de la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) colombianos, más intereses legales por la mora, costas y costos del juicio, honorarios de abogado, por las gestiones ante el órgano judicial colombiano que ya quedan expresadas, o la suma que por peritos se fije sobre los once mil pesos ya admitidos por el doctor Oppenheim, sobre el negocio criminal que fue fallado por el señor Juez Cuarto Superior de Bogotá. Es decir que la suma de once mil pesos ya no podrá ser objeto de disputa en este juicio, como sí puede serlo la de $ 4.000 del negocio ya dicho".

Surtido el traslado legal de la demanda, el apoderado del demandado la contestó oponiéndose a las pretensiones del actor y negando los fundamentos en que se apoya. Al cabo de la tramitación legal correspondiente, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de fecha 23 de febrero de 1954, resolvió: "Declárase que el demandado doctor Víctor Opphenheim, debe al doctor Alfonso Romero Aguirre, el valor de sus honorarios como apoderado en los tres negocios judiciales que da cuenta la demanda y la parte motiva de este fallo, cuya cuantía deberá establecerse en la forma preceptuada por el artículo 553 del C. Judicial.

"Del monto de la suma que se fije, **se descontará** la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. cte. recibidos a buena cuenta del primer negocio, por el demandante.

"Se condena en las costas del juicio al demandado".

Llegado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por virtud de la apelación interpuesta por las partes, esa entidad, en sentencia definitiva de segunda instancia, de fecha 7 de diciembre de 1954, confirmó lo recurrida, sin hacer condenación en costas algunas en la segunda instancia.

En el mencionado fallo, el Tribunal, acoge las razones expuestas por el inferior en el recurrido,

y consistentes en que: "Está probado y lo aceptan las dos partes contendientes, que el doctor Oppenheim debe pagar al doctor Romero Aguirre lo que a éste le corresponde por el valor de servicios profesionales"; en que "la causa o razón de la demanda, está admitida en el caso presente por la parte demandada, quedando por establecer solamente el valor de esos servicios, lo que no se puede hacer numéricamente en el fallo, ya que las pruebas aportadas y necesarias para ello, no fueron completas, por el hecho de no haberse practicado el experticio con las formalidades legales. De manera que sobra igualmente analizar si debe tenerse en cuenta la fijación de honorarios que hace el doctor Romero Aguirre en la carta que obra en autos, pues la parte demandada no acepta tales precios, y el mismo demandante, como petición subsidiaria, pide se regulen por el Juzgado el valor de los honorarios debidos por el doctor Oppenheim".

Y después de analizar, el mismo Tribunal, todas las pruebas aducidas en el juicio, expresó la siguiente conclusión:

"No existe ninguna disposición que autorice al Juez para fijar él mismo la cuantía de los honorarios que se deban pagar a un profesional por la prestación de sus servicios, careciendo de pruebas para poder determinar cuánto valen esos servicios. Si existiera alguna disposición que diera esa facultad al Juez, es claro que no sería necesario acudir, por analogía, al artículo 553 del Código Judicial; pero en el presente caso cualquiera determinación en cuanto a la cuantía de los honorarios, en cifra numérica, sería arbitraria por parte del juzgador. Y el artículo 553 citado debe aplicarse por analogía, según lo permite el artículo 203 del mismo Código y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Estas son las razones que tiene el Tribunal para estimar que el señor Juez a quo se ajustó a la ley al pronunciar el fallo que es materia del recurso".

El recurso de casación

Contra el fallo del Tribunal interpusieron las partes el recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado se procede a decidir en su correspondiente orden, es decir, primero el del demandante recurrente y luego, el del demandado recurrente.

Recurso del demandante

Invoca este recurrente, la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y acusa la sentencia "de ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea", porque, "la sentencia de primera instancia se niega a condenar a una deuda representada en una suma líquida de dinero y me remite a lo establecido en el artículo 553 del Código Judicial, y la sentencia contra la que va formalmente el recurso confirma sencillamente este fallo".

Agrega el recurrente que, "se prescindió de las siguientes pruebas que determinan concretamente la cuantía de la deuda de honorarios que a su favor tiene contraída el demandado Víctor Oppenheim". En seguida relaciona el mismo recurrente las pruebas que estima no consideradas y haberse prescindido en el fallo de ellas, tales como la carta de 18 de abril de 1950 —folios 3 y 4, cuaderno principal—; la carta de 20 de junio de 1950 —folios 6, cuaderno principal—; la carta de 25 de agosto de 1950 —folios 7, cuaderno principal—; los recibos que obran a los folios 26 y 27, cuaderno número 1 y fechados en mayo 25 y enero de 1951; el certificado del señor Juez Cuarto Superior de este Distrito Judicial —folios 1, cuaderno número 1—, y la prueba pericial practicada en el juicio.

Sintetiza, el recurrente demandante, su único cargo contra la sentencia, así textualmente:

"En síntesis, si existen pruebas concretas y precisas, con guarismos determinados, que se desecharon y se interpretaron erróneamente, que determinan la cuantía de los viles honorarios que me adeuda el señor Oppenheim; esas pruebas fueron olvidadas por el fallo, y a través de ellas se violaron las disposiciones del Código Judicial ya citadas, 207, 226, 603, 604, 605, 606 y siguientes, 637, 649 y 710 y ss.; y a través de esas disposiciones que figuran en tal obra, el fallo ha violado las siguientes disposiciones sustantivas del Código Civil: 2143, 2144, 2146, 2149, 2150, 2184, 2189, 1494, 1495, 1502, 1602, 1603, 1608, 1621, 1757, 1763, 1765, 1626 y 1627.

"Si por el criterio del Tribunal, está deficiente la prueba del dictamen pericial sobre mis honorarios en el proceso por abuso de confianza en cuantía de veinte mil pesos ($ 20.000.00) se debió entonces condenar a Oppenheim a pagarme nueve mil pesos ($ 9.000.00) ya determinados por el acuerdo, y entonces confirmar los $ 4.000.00 establecidos en el negocio a que se tramite el in

cidente judicial de valorización de esa prestación".

Considera la Corte:

Que, "la demanda de casación está restringida en su formulación y planteamiento, por una preceptiva técnica legal, cuya omisión inhibe a la Corte para su estudio de fondo, por afectarla de ineptitud sustancial y que la lleva a su fracaso inevitable.

"En las normas que gobiernan la sustanciación y decisión del recurso extraordinario de casación —artículos 520 del C. J.— se hallan las disposiciones que imponen aquella preceptiva técnica, que como todas las de procedimiento constituyen el aspecto práctico del orden jurídico. Todas las condiciones formales a que es preciso sujetarse en el ejercicio de este recurso extraordinario, aluden exclusivamente a la demanda, que es instrumento que estructura y compendia todo lo que él jurídicamente representa, y de aquí, la justificación de la exigencia rigurosa del puntual cumplimiento de los requisitos de forma que vienen a representar el mínimo de técnica indispensable y necesario para el ejercicio del recurso.

"Las exigencias formales de expresar en la demanda de casación: el resumen de los hechos controvertidos, el señalamiento de la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo recurrido con indicación clara y precisa de sus fundamentos, y la cita de los textos legales que se estiman infringidos, obedece a la necesidad de dar base al estudio comparativo de aquél, enfrentado a la ley que se dice quebrantada, en el juicio que ante la Corte se suscita con motivo de la acusación y con el fin de establecer, si en realidad, existe o no, aquel quebrantamiento.

"La demanda, presentada en aquellas condiciones, forma el punto de partida inevitable y de la referencia doctrinal en el examen que ha de hacer la Corte, en la comparación, de la sentencia con la ley sustantiva, para establecer si la última ha sido realmente infringida y proveer en el sentido de remediar, en caso de que exista, la violación alegada". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXVIII, páginas 780 y 781; casación de 19 de diciembre de 1950).

Que, la demanda de casación que estudia la Corte carece de la técnica legal que impone el artículo 531 del Código Judicial. Así, el recurrente acusa la sentencia "de ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea", esto es, por el concepto genérico del error de derecho que implica por sí solo una violación de la ley sustantiva, que proviene del errado concepto que se tenga de un texto o proposición jurídica completa, a consecuencia de lo cual o no se aplica o se lo hace indebidamente.

Que el recurrente para fundar su acusación, se refiere a puntos de hecho y a consideraciones del Tribunal relativas a la apreciación de las pruebas, extremos estos que se excluyen, aun cuando ambos estén incorporados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Que la interpretación errónea de una ley proviene, como se dejó dicho, del equivocado concepto que se tenga del contenido de su texto, independientemente de toda cuestión de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, cuestión ésta última que, por sí sola, no es motivo de casación, pues necesita tener incidencias sobre un texto sustantivo infringido a consecuencia de un error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, de aquí la doctrina de la Corte que dice:

"La ley puede quebrantarse de varias maneras: por la vía directa, cuando el fallo entiende la ley equivocamente, esto es, se le da una interpretación contraria a sus términos; o rectamente interpretada se le hace regular un caso o un hecho que no es el contemplado; o se deja de aplicar al hecho previsto y probado en el pleito; y por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea de determinada prueba: entonces, la violación de la ley se origina en el análisis de las pruebas, error que puede ser de hecho o de derecho, el primero de los cuales debe ser patente o manifiesto". (GACETA JUDICIAL, Tomo LIX, página 755, LX, página 159, LXII, páginas 148 y 420).

Que el recurrente acusa la sentencia, no por error de derecho ni de hecho en la apreciación de la prueba, sino por interpretación errónea de la ley sustantiva, y por este concepto estima violados directamente algunas disposiciones del Código Judicial, violación que condujo al Tribunal a la de otras del Código Civil.

Que si la acusación tuviera el carácter de error de derecho o el de hecho, no por ello dejaría de ser infundada, por no haberse formulado por una parte, ni demostrado, por otra, ni uno ni otro extremo, condición sine qua non para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, esto es, por error de derecho o por error de hecho manifiesto en los autos, en la apreciación de la prueba.

Así las cosas, ni aun queriendo la Corte ser casuística en la interpretación de la demanda de

casación sujeta a su estudio, le es posible entrar a considerar el fondo de la cuestión jurídica en ella planteada, en relación con la sentencia recurrida por ausencia de cargos, de puntos de reparo, y como es obvio, de formal acusación contra ésta. En consecuencia, se rechaza el único cargo que contiene la acusación del recurrente demandante.

Recurso del demandado

El recurrente demandado, invoca las causales segunda y primera del artículo 520 del Código Judicial. Se examinan en el orden de presentación:

Causal segunda.

Dice el recurrente que acusa la sentencia del Tribunal: "Por ser ella incongruente con la demanda en cuanto por ese fallo declárase que el monto de los honorarios correspondientes al demandante por su intervención en los mencionados "Primer Asunto" y "Segundo Asunto", o sean el juicio penal promovido contra Oppenheim por Martínez Delgado y Lombana y el iniciado contra éstos por Oppenheim deben liquidarse por la vía señalada en el art. 553 del Código de Procedimiento Civil".

Transcribe el recurrente los hechos 21 y 22 del libelo principal, así como su parte petitoria, para la sustentación del cargo y para concretarlo así: "Petición de que se condene a pagar cantidad pericialmente estimada no hay pues sino en lo relativo al "Tercer Asunto": mas el Tribunal, que no halla comprobado que las partes pactaron el honorario de $ 11.000 por los dos asuntos, ni el de $ 6.000 por el "Segundo Asunto", ni el de $ 7.000 por los tres asuntos, condena a pagar, como honorarios correspondientes a aquellos dos asuntos, las sumas que se fijen por peritos, saliéndose de los límites que le traza la **litis contestatio**. Dado lo pedido en la demanda, tenía el juzgador, o que absolver o que condenar respecto de cantidad fija, hasta la expresada de $ 11.000, con relación a honorarios por tales dos asuntos, y como decidió otra cosa, cual es que estos honorarios se fijen por peritos, y como esto no se le había demandado, se extralimitó y, fallando **ultra petita**, dictó sentencia que, empleando la terminología legal, no está "en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" y que, por ello, habrá de ser casada por la Corte para entrar ésta a fallar en el fondo".

La Corte considera:

a) Que la incongruencia es una de las causales de casación que más se utilizan, con o sin fundamento, para atacar los fallos judiciales. Resulta atrayente para los litigantes invocar reales o supuestas discordancias entre los pronunciamientos de la sentencia y las pretensiones deducidas en la demanda y en su contestación. De allí, la constante necesidad en que ha estado la Corte de fijar el alcance preciso de la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

b) Que no hay falta de consonancia, o incongruencia, en la sentencia que, lejos de ampliar, limita lo pedido por el actor. No se puede condenar a más, pero sí a menos de lo pedido.

c) Que el concepto de la consonancia no exige que los pronunciamientos de la sentencia se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de los litigantes, basta con que ellas sean resueltas sustancialmente. Los sentenciadores están facultados por la ley para agregar a las decisiones esenciales, cualquier extremo accesorio, que lejos de alterar o desvirtuar los pronunciamientos principales, por el contrario, sea simplemente natural y lógica secuela de éstos, y que conduzca a facilitar su efectividad en el trámite de la ejecución.

d) Que en el presente caso, los pronunciamientos de la sentencia recurrida en casación guardan completa armonía con las pretensiones sustanciales deducidas por las partes en la demanda, su contestación y con las deducidas a través de todo el juicio. Así, para llegar al pronunciamiento principal, el Tribunal, partió de la realidad procesal de que "está probado y lo aceptan las dos partes contendientes, el doctor Oppenheim debe pagar al doctor Romero Aguirre lo que a éste le corresponde por el valor de servicios profesionales".

De allí la declaración en abstracto de la existencia de la deuda o cargo del demandado y a favor del demandante por la prestación de sus servicios profesionales; y de allí, también, el pronunciamiento complementario o extremo accesorio, tendiente a facilitar la efectividad del fallo en el respectivo trámite de su ejecución, ya que en relación con la cuantía del valor de esos servicios profesionales no están de acuerdo los litigantes, ni se logró establecer plenamente en los autos. Lo anterior, no obsta para que en aquel trámite se fije esa cuantía con base en la establecida en la demanda, su contestación y con las

pruebas aportadas al juicio, complementadas con las que se lleven al respectivo incidente de ejecución del fallo. En tal virtud se rechaza el cargo estudiado.

Causal primera

Dos cargos se formulan con fundamento en esta causal: el primero, por error de hecho en la apreciación de la prueba, y el segundo, por interpretación errónea de la ley.

Primer cargo. Dice el recurrente que "cometiendo —el Tribunal— evidentísimo error de hecho en la apreciación de los recibos que forman los folios 26 y 27 del cuaderno número 1 del expediente, desatiende a que, después de escrita esa carta —la de 18 de abril de 1950—, a la cual confesó el doctor Romero Aguirre haber recibido $ 2.000 a título de honorarios causados por el "Primer Asunto", el demandante recibió, como honorarios la cantidad de $ 465, que también tiene que deducirse de la suma en que los honorarios del doctor Romero Aguirre le estiman". Que "semejante yerro es causa de que la sentencia quebrante, por aplicación indebida, el artículo 2184, numeral 3º, del Código Civil, puesto que, ordenándose por ella cubrir al doctor Romero Aguirre cantidad que éste ha recibido a buena cuenta de los honorarios que allí se le reconocen, ahí se decide que se pague más de lo que el demandado tiene obligación de pagar. Por lo referente a la expresada cantidad de $ 465, la disposición aplicable es el art. 1628 del C. Civil, aplicado en lo atañedero al abono de los $ 2.000 que se ordena descontar "del monto que se fije".

Considera la Corte:

El pronunciamiento principal de la sentencia recurrida en casación, contempla un caso de condenación en abstracto, que precisamente se hizo en esa forma, porque las pruebas aportadas al juicio, entre las cuales se encuentran los recibos que se afirma desatendidos en la sentencia, no daban margen, en el sentido probatorio, para hacer esa condenación en cantidad fija o determinada. Así las cosas, que la suma de $ 465 deba incorporarse o no a la ya recibida por el demandante por concepto de sus honorarios, es cuestión que previó el fallo en su parte resolutiva al diferir la fijación de esos honorarios en guarismo determinado para la etapa procesal de la ejecución de aquél. Es en esa etapa donde debe discutirse la forma de integración de la suma total percibida por el demandante a buena cuenta de sus honorarios, porque "en los juicios por remuneración de servicios profesionales no es admisible que el Juez por su propia cuenta, haya o no pruebas, fije arbitrariamente la cuantía del valor; pues él debe fallar con conocimiento de causa".

No existe, pues, el error de hecho evidente alegado por el recurrente en este cargo, el Tribunal, como se ha visto no desatendió los elementos probatorios a que él alude. Además, como se ha dejado anotado, el cargo no tiene incidencia en la parte resolutiva del fallo recurrido en casación, y como tal, debe rechazarse, como en efecto se rechaza.

Segundo cargo.

Acusa el recurrente en este cargo a la sentencia por violación del artículo 2184, numeral 3º del Código Civil por interpretación errónea, y desarrolla el cargo así:

"Con arreglo a ese texto, el demandante es obligado "a pagarle (al mandatario) la remuneración estipulada o usual"; y así, el mandato, que en Derecho Clásico era contrato gratuito por esencia, es entre nosotros contrato gratuito por naturaleza, como que si no se ha estipulado la remuneración del mandatario o si no se acostumbra remunerar el servicio prestado por éste, no ha lugar a remunerarlo. Síguese de ahí también que si el mandante que demanda honorarios no demuestra que éstos hayan sido pactados ni establece que, según la costumbre, el monto de ellos es o puede ser de tanto, el demandado tiene que ser absuelto, como también por medio de peritos no cabe fijar en caso alguno el monto de los honorarios que el mandatario reclama, porque la costumbre, hecho cierto y positivo, no puede ser materia de prueba pericial, no existiendo el arte de conocer la costumbre. El Tribunal conceptúa erróneamente que el texto en referencia establece que el mandato es por naturaleza contrato oneroso, y, admitiendo en consecuencia que entre nosotros la prueba pericial es apta para fijar los honorarios del abogado que ha prestado servicios, decreta que los que al demandante correspondan por sus gestiones se liquiden mediante la prueba de peritos por la vía procesal conducente a determinar el monto de la condenación a pagar la cantidad iliquida que resulta deberse, y ello va contra el texto en referencia".

La Corte considera:

a) Toda sentencia judicial se integra por las declaraciones de hecho que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por la consiguiente declaración del derecho discutido en el pleito.

b) El sentenciador no ha emitido, en ninguna de las situaciones integrantes de la sentencia, el concepto general que le atribuye el recurrente. Pero, sí el muy especial de que, "es de la naturaleza del mandato judicial el pagar honorarios al mandatario. No es así, cuando se trata de otra clase de mandatos civiles, en que no existe la susodicha costumbre". Definición jurídica que la derivó el juzgador de las declaraciones de hecho que, en mérito de la apreciación de las pruebas aportadas en el juicio, estimó probadas, para terminar con la declaración del derecho discutido, la situación que contempla el artículo 2144 del Código Civil, o sea la obligación por parte del demandado de pagar los servicios profesionales que le había prestado el demandante. Y como "en los juicios por remuneración de esa clase de servicios, no es admisible que el Juez por su propia cuenta, haya o no pruebas, fije arbitrariamente la cuantía del valor, pues él debe fallar con conocimiento de causa", el problema planteado en el cargo no es de errónea interpretación de la ley, sino de apreciación de pruebas. Entonces, también, por este aspecto debe rechazarse el cargo, como en efecto se rechaza.

En mérito de las consideraciones 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 Bogotá, de fecha siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Sin costas.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Gaviria Zuleta. Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE DOMINIO.—REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION. — CAUSAL 1ª—TECNICA DEL RECURSO

1. — A través de innumerables fallos ha venido estableciendo la Corte, y es su jurisprudencia, que la técnica del recurso de casación exige perentoriamente como principales formalidades, la indicación separada de las causales que se invoquen y la ordenación lógica, clara y breve del razonamiento fundamento de los cargos que dan sustento a las causales.

2.—Es de rigor, que cuando se alegue la primera causal, deberá indicarse, según el caso, el concepto en que se estime haber sido violada la norma sustantiva (si por infracción directa, aplicación indebida o errónea) o darse la demostración de haberse incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho como resultado de la equivocada apreciación de una prueba o por no haberse tenido en cuenta alguna. Ocurrencias éstas, que son las que pueden alegarse como que llevaron al fallador al quebranto de una o de varias disposiciones sustantivas que en cada caso habrán de señalarse expresamente.

3.—Conocidas jurisprudencias de la Corte tienen establecido que cada uno de los tres casos a que se refiere la causal 1ª (infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea) derivan de fuentes distintas: el primero tiene lugar, generalmente, cuando se aplica la norma a un hecho inexistente o se niega aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, no menos complejo, se produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. De ahí, pues, la importancia en orden al éxito del recurso de casación, que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Por escritura pública número 278 de 15 de agosto de 1939 de la Notaría de Trujillo, del Departamento del Valle del Cauca, Carlos Antonio Hernández casado con María Carmen Márquez adquirió de Heliodoro López el dominio de la finca denominada "La Celda", de la comprensión del citado municipio y deslindada a términos de los señalamientos indicados en el instrumento referido; Hernández falleció dejando como único bien herencial el expresado inmueble. Abierto el juicio mortuorio se hicieron parte sus dos hijos legítimos Luis Carlos y María Blanca a quienes se les asignó la herencia según sentencia aprobatoria de la partición de fecha 3 de junio de 1950; la hijuela de gastos se adjudicó a Pedro A. Delgado, quedando así constituída una comunidad entre los herederos y el citado señor sobre la base de sus respectivas cuotas.

Tiempo antes, la cónyuge sobreviviente, por instrumento público número 231 de 15 de mayo de 1942 de la Notaría de Aguadas del Departamento de Caldas, confirió poder a Miguel Hernández, entre otros fines "para que la represente en el juicio de sucesión de su esposo Carlos Hernández, para que los haga nombrar curador, a sus menores hijos Luis Carlos y María Blanca Hernández, para que denuncie los bienes que dejó mi finado esposo el día que se efectúen los inventarios y avalúos; para que perciba los bienes que le correspondan a la poderdante por mitad de gananciales, o por porción conyugal si fuere el caso; para que perciba los bienes que le fueren adjudicados a la exponente en la parti-

ción, los enajene, fije su precio y lo perciba". El apoderado no se presentó al juicio mortuorio, pero diciendo hacer uso del mandato dijo vender por escritura 240 de 29 de mayo de 1942 de la Notaría de Trujillo a la señora Mercedes Ríos de Quiceno "un lote de mejoras agrícolas, compuesto de caña, café, casa de habitación, plátano, rastrojos, monte, y los enseres correspondientes para el beneficio de la caña, inclusive un trapiche de hierro y cinco fondos de cobre, conocida con el nombre especial de "Las Delicias", situada en la región de Cáceres, jurisdicción del Municipio de Trujillo, y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Occidente, predio de José Muñoz; por el Norte, propiedad de los hermanos Gómez; por el Oriente, finca de Fabriciano Agudelo; y por el Sur, con terrenos de Rogelio Sierra". En el instrumento expresó el apoderado que la propiedad que transfería en venta la había adquirido su poderdante "con recursos propios y su trabajo personal".

El 21 de septiembre del mismo año de 1942 la la señora de Quiceno compró por escritura pública número 434 de la misma Notaría de Trujillo al Banco Agrícola Hipotecario un lote, parte de la parcelación que adelantaba la entidad en el sitio de "Cuaneua", inmueble que como se verá adelante es exactamente el mismo que antes dijo comprar el causante Hernández a Heliodoro López y a que se refieren las hijuelas de los demandados.

La demanda

Así las cosas, los titulares de la herencia del causante Hernández, señores Luis Carlos, María Blanca y Pedro Delgado en atención a que la señora Ríos de Quiceno "por razón de la venta que le hizo el apoderado de la cónyuge sobreviviente se encontraba en posesión del bien hereneial", en demanda ante el juez primero del Circuito de Tuluá solicitaron que previos los trámites legales se hicieran por sentencia estas declaraciones:

"a) Que el inmueble alinderado en el punto primero de esta demanda pertenece a mis poderdantes en su totalidad, en la proporción que les fue adjudicado en la sucesión de Carlos Antonio Hernández, por haber presentado títulos que así lo acreditan suficientemente.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, la demandada está en la obligación de entregarles a mis poderdantes tal inmueble, dentro del término legal que en la sentencia se le señale.

"c) Que la demandada está en la obligación, como poseedora de mala fe que entonces a sabiendas una cosa que no pertenecía al vendedor Miguel Hernández ni tenía poder para venderla, de pagar a mis poderdantes el valor de los frutos naturales y civiles de la finca materia de este juicio, y no solamente los percibidos sino los que ellos hubieran podido percibir si el inmueble hubiera estado en su poder, con mediana inteligencia y actividad.

"d) Que la demandada está en la obligación de pagar a mis poderdantes las costas del juicio si afronta la litis.

"e) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declara la cancelación de la inscripción de la escritura 240 de 29 de mayo de 1942, cuya copia acompaño, y por medio de la cual Miguel Hernández vendió a Mercedes Ríos de Quiceno el inmueble materia de este juicio".

Entre los hechos, además de los que vienen indicados se destacan estos:

"Quinto.—No obstante que según lo dicho, el poder le fue conferido al tal Miguel Hernández para que liquidara la sucesión de Carlos Antonio Hernández y para que le hiciera nombrar el curador correspondiente a Luis Carlos y a María Blanca Hernández, sin liquidar esta sucesión, y sin que los mencionados hijos del matrimonio formado por Carlos Antonio Hernández y María Carmen Márquez le hubieran conferido poder al mismo Miguel Hernández para vender sus cuotas herenciales, éste, por medio de la escritura número 240 de 29 de mayo de 1942, otorgada en la Notaría de Trujillo y cuya copia acompaño, vendió, sin reserva alguna, todo el inmueble a Mercedes Ríos de Quiceno, inmueble que es el mismo alinderado en el punto primero de esta demanda.

"... ... ...

"Séptimo.—Como se dijo anteriormente, el inmueble alinderado en el punto primero fue vendido, sin poder suficiente de la cónyuge sobreviviente y sin poder alguno por parte de los herederos, por el vendedor Miguel Hernández, y lo único que hizo este señor fue cambiarle el nombre de "La Celda" que tenía anteriormente por el de "Las Delicias", como se observa en la escritura de compra de Carlos Antonio Hernández y la venta de Miguel Hernández a Mercedes Ríos de Quiceno".

La demandada se opuso a las declaraciones solicitadas y en escrito separado propuso demanda de mutua petición en orden a obtener que en la misma sentencia se resolviera:

"a) Que la señora Mercedes Ríos de Quiceno es dueña exclusiva, por haberlo adquirido con justo título, del predio rural descrito y alinderado en el hecho 1º de la demanda principal y en el hecho 1º de esta demanda, predio rural que es el mismo de que está en posesión material mi mandante y que ésta adquirió por escritura pública número 431 de 21 de septiembre de 1942, pasada en la Notaría de Trujillo, en lo referente al terreno, y por escritura pública número 240 de 29 de mayo de 1942, extendida en la misma Notaría, en lo relativo al derecho de gananciales de la señora María Carmen Márquez de Hernández, y por haber plantado de su propio peculio, con su esfuerzo personal y los de su familia, las mejoras que hoy existen en el predio rural antes mencionado.

"b) Que, en consecuencia, la señora Mercedes Ríos de Quiceno no está obligada a restituir a los demandantes Luis Carlos y María Blanca Hernández Márquez y Pedro Delgado, el predio rural que es materia del juicio de reivindicación que ellos han establecido ante su Despacho.

"c) Que es nula, de nulidad relativa, la cuenta de partición de fecha 1º de junio de 1950, formulada por el doctor Alfonso Tamayo Ch. en el juicio de sucesión del señor Carlos Antonio Hernández, por haberse prescindido en ese juicio y especialmente en la cuenta de partición mencionada, de los derechos que por concepto de gananciales le correspondían a la señora María Carmen Márquez de Hernández, como cónyuge sobreviviente, y por haber sufrido esta última lesión enorme en esa cuenta de partición por el desconocimiento total de sus derechos, y por no haberse liquidado, como debió hacerse, la sociedad conyugal Hernández-Márquez.

"d) Que por razón de la anterior declaración, queda también sin valor ninguno la sentencia aprobatoria de la partición de fecha 1º de junio de 1950, y se ordene la cancelación de los registros de la partición y su sentencia aprobatoria, así: la efectuada en el libro de registro número 1º el 18 de julio de 1950, bajo partida número 1281, folios 379, tomo 57 y la hecha el 27 de julio del mismo año bajo partida número 59 a folios 538, tomo 7º del libro de registro de causas mortuoria, para lo cual se oficiará (sic) al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"e) Que se condene en costas a los demandantes, señores Luis Carlos y María Blanca Hernández Márquez y Pedro Delgado".

En subsidio pidió se declarara "que la partición no afectaba sus intereses como cesionaria de la cónyuge sobreviviente porque, en dicho acto —en la partición— ha debido reconocérsele el derecho deducible de su condición de tal".

Surtidos los pasos procesales propios de la primera instancia el señor Juez del conocimiento le puso fin mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 1953 al tenor de la siguiente disposición resolutiva:

"1º—SE ABSUELVE a la señora Mercedes Ríos de Quiceno, mayor y vecina de Trujillo —V.— de todos los cargos que le aparecen en la demanda que dio origen a este juicio ordinario reivindicatorio promovido contra ella por los señores Luis Carlos y María Blanca Hernández y Pedro Delgado.

"2º—DECLARASE —de oficio— PROBADA la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva en la parte demandada, para pedir que se declare la nulidad de la cuenta de partición y sentencia aprobatoria, efectuadas en el juicio de sucesión del señor Carlos Antonio Hernández, y en consecuencia:

"3º — SE ABSUELVE a los demandantes Luis Carlos y María Blanca Hernández y Pedro Delgado, de los cargos que les aparecen en la demanda de reconvención.—SIN COSTAS".

Ambas partes apelaron del fallo, recurso que resolvió el Tribunal mediante proveído de 26 de julio del año próximo pasado, así:

"Primero.—REVOCASE el punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia dictada en este juicio, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá y en su lugar CONDENASE a la demandada, Mercedes Ríos de Quiceno, mayor y vecina de Trujillo a restituir a los demandantes Luis Carlos y María Blanca Hernández Márquez y Pedro Delgado, mayores y vecinos de Tuluá, la finca denominada "La Celda", a que se refiere el hecho primero de la demanda. CONDENASE igualmente a la demandada, como poseedora de buena fe a restituir a los demandantes los frutos naturales y civiles de la finca, percibidos después de la notificación de la demanda. RECONOCESE a favor de la demandada el derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de

la notificación de la demanda y, en consecuencia, RECONOCESE el derecho de retención sobre el inmueble hasta que se verifique el pago de tales mejoras, o se le asegure a su satisfacción.

"Segundo. — CONFIRMANSE los puntos 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"Sin costas".

Notificada la sentencia el apoderado de la contrademandante interpuso el recurso de casación que declarado admisible por la Corte es la oportunidad de resolverlo agotado como se encuentra el trámite legal correspondiente.

Las sentencias de instancia

El Juzgado negó las peticiones de la demanda principal dando como razón la circunstancia de que aunque los demandantes presentaron sus hijuelas derivadas del juicio mortuorio de Carlos Antonio Hernández, el título de éste vino al juicio sin la nota del registro, "deficiencia que lo hace inválido para efecto de la reivindicación intentada según mandato del artículo 2673 del Código Civil".

Y absolvió a los contrademandados con fundamento en que el título que la señora Ríos de Quireno exhibe como razón de sus peticiones "no tiene las características de justo por haberlo adquirido de un apoderado que no tenía facultad de transmitir ningún derecho de dominio, menos el que es materia de la litis". Anota la Sala, que el Juzgado no hizo ninguna referencia al título presentado por la contrademandante en su demanda —escritura pública número 434 de 21 de septiembre de 1942— relativa a la compra que le hizo el Banco Agrícola.

Las peticiones subsidiarias, nulidad de la partición y demás consecuenciales, también fueron negadas porque "la única persona con personería sustantiva para el fin indicado no podía ser otra que la titular del derecho, o sea la cónyuge sobreviviente, quien legalmente no se ha desprendido del interés deducible de su condición de tal", porque, repite, "el apoderado no estaba facultado para efectuar la venta de que da cuenta el instrumento que inicialmetne opuso como única defensa al título aducido por los herederos demandantes".

El Tribunal revocó el fallo del Juzgado y decretó la reivindicación en favor de los actores principales, entre otras razones, porque para el fin indicado halló hábiles las hijuelas de éstos pese al hecho de la falta de registro del título de causante "en razón — dice— de que la tesis del Juzgado no tiene valimento con relación a los copartícipes o de quienes de éstos derivan su derecho por compra, porque no disputándose el derecho original, la adjudicación en legal forma de un determinado bien es título suficiente para demostrar la propiedad exclusiva entre ellos". Agrega, además, que como el título aducido por la demandada relaciona únicamente la venta de "un lote de mejoras" la contrademandante no puede alegar haber adquirido cuerpo cierto ni el derecho a reclamar los gananciales de la cónyuge con base en el mencionado título.

Reconocido el dominio y decretada la reivindicación en favor de los actores principales, lógicamente debió el Tribunal negar las declaraciones en contrario solicitadas por la contrademandante. De ahí la negativa que impartió a sus pretensiones fundada, a más de lo que viene indicado, en la descalificación que hizo del otro título aducido por ella y con el cual abandonando su primitiva posición, dice demostrar plenamente el derecho de dominio sobre el inmueble que posee y que le disputan los actores principales. Ese título es el contenido en la escritura pública número 434 de 21 de septiembre de 1942 que relaciona la venta que le hizo el Banco Agrícola "de un lote de terreno en la parcelación de Cuancúa".

En relación con la validez jurídica de este título para los fines singulares de este pleito le dio esta calificación el Tribunal:

"Fuera del título estudiado, ha invocado la demandada como fundamento de la declaración de dominio formulada en la demanda de reconvención, la escritura pública número 434 de 21 de septiembre de 1942, otorgada en la Notaría de Trujillo, según la cual compró al Banco Agrícola Hipotecario, el terreno de la finca "La Celda", por hacer parte de la antigua hacienda denominada "Cuancúa" y obrando el Banco como mandatario de la sociedad denominada "Sociedad Parceladora de Cuancúa, S. A.", domiciliada en Bogotá. Con la contrademanda presentó la copia debidamente registrada de dicha escritura y durante el término de prueba hizo traer al juicio las copias debidamente registradas de la escritura número 3765 de 29 de noviembre de 1938, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, suscrita por el Gerente del Banco Agrícola Hipotecario y por el Gerente de la Sociedad Parceladora de Cuancúa, [illegible] por medio de la cual dicho Banco se comprometió como mandatario a hacer la

parcelación de los terrenos de la finca "Cuancúa", y de la escritura número 2535 de 26 de noviembre de 1938, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se constituyó la Sociedad Parceladora de Cuancúa, S. A., y en la cual consta que se aportó por los constituyentes la propiedad del fundo denominado "Cuancúa", alinderado en general así: "Por el Sur, el río Riofrío; por el Este, el río de Cuancús; por el Norte, el mismo río de Cuancúa, y por el Oeste la sierra alta de la Cordillera Occidental de los Andes; o en otros términos: todo el terreno que se comprende entre los ríos Riofrío y Cuancúa, encerrados por naturaleza por la cordillera Occidental de los Andes, siendo el lindero occidental la cima o cumbre de la sierra alta".

"Según consta en la diligencia de inspección ocular que con intervención de peritos se practicó a petición de la parte demandada, los peritos comprobaron que el predio que posee la señora Ríos de Quiceno es el mismo que determina el hecho primero de la demanda, el mismo que fue inventariado y adjudicado en la sucesión de Carlos Hernández y el mismo de que hablan las escrituras número 240 de 29 de mayo y número 434 de 21 de septiembre, del año 1942, otorgadas en la Notaría de Trujillo. Pero, si bien es cierto que con la prueba pericial se acreditó la identidad entre el predio que se reivindica y el que la demandada compró al Banco Agrícola Hipotecario, por medio de la última escritura que se ha mencionado, no aparece que se hubiera demostrado que el terreno hacía parte del fundo denominado "Cuancúa", es decir que estuviera comprendido dentro de los linderos generales de este fundo que señala la escritura 2535 de 27 de noviembre de 1938, sobre constitución de la Sociedad Parceladora de Cuancúa, S. A. Sobre el particular nada dice la diligencia de inspección ocular antes mencionada, ni puede aceptarse como demostración de ese hecho lo que dicen los testigos Arturo Conde, Fernando Jaramillo, Juan de Jesús Gil y Cesáreo Mejía (fs. 10 vto., 12, 14 v. y 16, C. Nº 4), pues se limitan a afirmar que el predio que Miguel Hernández le vendió a Mercedes Ríos de Quiceno "es el mismo que el Banco Agrícola Hipotecario, Suc. de Trujillo, le dio en venta a la señora Ríos de Quiceno en cuanto al terreno que pertenece al globo conocido con el nombre de "Cuancúa", conforme se les preguntó en el punto c) del interrogatorio formulado por la parte demandada. Quiere esto decir que los testigos afirman solamente el hecho de la identidad entre lo comprado por la señora Ríos de Quiceno a Miguel Hernández y lo comprado por ella misma al Banco Agrícola Hipotecario, como perteneciente al globo de "Cuancúa", pero no precisamente que dicho terreno formara parte de este globo.

"Por perfecta que sea una titulación, de nada sirve si quien la representa no demuestra que dentro de los linderos a que ella se refiere, se encuentra el predio que es objeto de la controversia de dominio. Por otra parte, no puede perderse de vista que se ha alegado por la señora Ríos de Quiceno que adquirió la finca como subrogataria de los gananciales de la cónyuge sobreviviente de Carlos Hernández y que este hecho produce en contra suya las consecuencias que ya se han analizado, lo que quiere decir que por obra de la misma demandada se le quita toda eficacia legal, frente a los demandantes, al título otorgado a ella por el Banco Agrícola.

"Lo expuesto es suficiente para concluir que no puede hacerse la declaración de dominio formulada por la demandada, en la demanda de reconvención".

Cuanto a las súplicas subsidiarias y demás consecuenciales, el sentenciador confirmó lo resuelto por el Juzgado, es decir, le desconoció personería a la señora de Quiceno para pedir a nombre de la cónyuge "por no ser cesionaria de los derechos de ésta para el fin indicado".

El recurso

La recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. Y el único cargo que aduce en fundamento lo precisa en estos términos:

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida. Esta violación proviene de la falta de estimación de unas pruebas, y errónea apreciación de otras, lo que llevó al fallador a incurrir en varios errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos".

Las disposiciones sustantivas que estima quebrantó el Tribunal con ocasión de la sentencia recurrida son las de los artículos 762, 763, 946, 950 y 951 del Código Civil; como pruebas no tenidas en cuenta, señala la declaración de Rogelio Sierra y la diligencia de secuestro practicada dentro del juicio de sucesión del causante Hernández; las mal apreciadas, por equivocación y error, el contenido de las demandas, sus respuestas y

los demás elementos probatorios aducidos por las partes durante el trámite de las dos instancias.

El escrito de casación

Estudiado el largo y contradictorio escrito de casación observa la Sala, que en estricto derecho, su contenido no encaja dentro de la técnica procesal esencialmente formalista propia de las demandas de esta finalidad ante la Corte, porque el apoderado de la recurrente en determinados pasajes del escrito sostiene indistintamente que se trata de violación directa de la ley; que si la violación no es directa resulta entonces indirecta: que incurrió el Tribunal o en errores de hecho, o que hubo error de derecho en la apreciación tanto de las disposiciones sustantivas como de los distintos elementos probatorios.

Presentó el recurrente las acusaciones que hace a la sentencia con la grave deficiencia de que en ninguno de los supuestos precisa la conclusión que considera ha debido legalmente tomarse para proferir el fallo; no explica el modo legal como han debido apreciarse e interpretarse las probanzas; no indica cuál debió haber sido la conclusión jurídica aconsejable; ni por qué la interpretación que le dio el Tribunal al elemento probatorio vino a ocasionar la violación de las normas sustantivas subrayadas. Dice, únicamente, que con el título que le hizo el Banco Agrícola acredita la contrademandante recurrente plenamente su dominio sobre el bien del pleito, pero no agrega —como procedía— por qué razón, frente al de los demandantes, debió haberlo preferido el Tribunal para en consonancia con él hacer la declaración principal solicitada en su demanda.

A través de innumerables fallos ha venido estableciendo la Corte, y es su jurisprudencia, que la técnica del recurso de casación exige perentoriamente como principales formalidades, la indicación separada de las causales que se invoquen y la ordenación lógica, clara y breve del razonamiento fundamento de los cargos que dan sustento a las causales. Es de rigor, que cuando se alegue la 1ª causal, deberá indicarse, según el caso, el concepto en que se estime haber sido violada la norma sustantiva (si por infracción directa, aplicación indebida o errónea) o darse la demostración de haberse incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho como resultado de la equivocada apreciación de una prueba o por no haberse tenido en cuenta alguna. Ocurrencias éstas, que son las que pueden alegarse como que llevaron al fallador al quebranto de una o de varias disposiciones sustantivas que en cada caso habrán de señalarse expresamente.

Conocidas jurisprudencias de la Corte tienen establecido que cada uno de estos tres casos (infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea) deriva de fuentes distintas: El primero tiene lugar, generalmente, cuando se aplica la norma a un hecho inexistente o se niega aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, no menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. De ahí, pues, la importancia en orden al éxito del recurso de casación, que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia.

En relación con los anteriores particulares ha dicho la Corte:

"Copiosa y constante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos de casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto porque lo hayan sido. Esto, en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta".

"Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera concreta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científico, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judicial". (Casación, marzo 15 de 1948, LX, 145).

Ahora bien, la demanda de casación, si como tal pudieran calificarse las apreciaciones y alegaciones que en ella hace el recurrente, no contiene cargo atendible por la Sala, porque los que parece quisieron formularse se plantearon con prescindencia de las más elementales nociones

que gobiernan la técnica que les es propia. No obstante los esfuerzos que se han hecho para tratar de aislar y sintetizar el concepto que puede encerrar la confusa argumentación en orden a captar el alcance y su sentido, se ve la Sala en la necesidad de declarar que ello no le ha sido posible. Se está en presencia de una demanda de casación absolutamente inepta, circunstancia que obliga si no a declarar desierto el recurso sí a no entrar en el fondo todo con el resultado de que forzosamente habrá de mantenerse la sentencia recurrida.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Jesús María Arias — Guillermo Caravito Durán — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA LEGITIMACION EN CAUSA O PERSONERIA SUSTANTIVA ES UN PRESUPUESTO PROCESAL INDISPENSABLE PARA QUE PUEDA FALLARSE EL NEGOCIO EN EL FONDO Y CONSISTE EN LA IDENTIDAD EXISTENTE ENTRE EL ACTOR Y EL TITULAR DE LA ACCION O ENTRE EL DEMANDADO Y EL SUJETO PASIVO DE LA ACCION

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Por instrumento público número 972 de 22 de septiembre de 1939 de la Notaría Primera del Circuito de Tunja, Sor Dominga de las Mercedes, Religiosa Terciaria Dominica —en el mundo Magdalena Castillo Pulido— cedió a título de venta al Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas de Colombia, representada por la Superiora General, Sor Cecilia del Santísimo Sacramento, también religiosa Terciaria Dominica —en el mundo Ana Luisa Márquez Durán— "los derechos y acciones que le corresponden y puedan corresponderle en la sucesión de su finado padre Carlos Alejo Castillo", juicio mortuorio que por ese entonces cursaba en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá; la comunidad cesionaria no se hizo parte en aquel sucesoral por lo que en la partición se le adjudicó la hijuela directamente a la cedente. Tiempo después murió la religiosa y en el juicio mortuorio se reconoció como heredero suyo al señor Ricardo Castillo Franco en representación de su padre don Ricardo Franco, hermano de la misma. El heredero reconocido asumió la personería de la causante con el resultado, entre otros, de que logró obtener la entrega de un dinero que la religiosa cobraba en el ejecutivo contra Leonor Castillo Franco en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá y más tarde recibió la herencia a términos de la sentencia aprobatoria de la partición de fecha 26 de noviembre del año de 1941.

Esta la razón del presente juicio en el que no el Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas de Colombia, sino la "Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia" representada por la Reverenda Madre Sor María Amada de Jesús —en el mundo Inés Sánchez Silvestre— en demanda presentada en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá pidió que previos los trámites de un juicio ordinario con citación y audiencia del citado Ricardo Castillo Franco, se hicieran en la sentencia estas declaraciones:

"Primera.—Que la hijuela y adjudicación hechas en el juicio de sucesión de Carlos Alejo Castillo en favor de su hija María Magdalena Castillo, en religión Sor Dominga, con la sentencia aprobatoria de dicha partición y el registro efectuado en la Oficina de Registro de Bogotá, deben entenderse hechas a favor de la comunidad denominada "Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia", por cuanto dicha heredera cedió a la comunidad antes de la liquidación de la sucesión de Carlos Alejo Castillo sus derechos en sucesión en escritura pública número 972 de fecha 22 de septiembre de 1939 extendida en la Notaría de Tunja, y que debe tomarse nota de esta declaración en la oficina de Registro de Bogotá.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaración precedente, se declare, que es de la comunidad demandante la casa de piedra, ladrillo, adobe y teja y el terreno en donde está edificada, situada en el Barrio de Chapinero de esta ciudad en la calle 48 número diez bis (10 bis), comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Sur, con la calle citada; por el Oriente, con la casa llamada Varsovia de propiedad del señor Rafael Rodríguez; por el Occidente, pared medianera de por medio, con el lote del señor Nazario Giraldo, y por el Norte, con propiedad de Ricardo Rodríguez". También el crédito por valor de seis mil ocho pesos con sesenta y tres centavos sobre el valor de doce mil quinientos pesos en que se avaluó en el juicio de sucesión de Carlos Alejo Castillo, la obligación reconocida

a favor de esta sucesión y a cargo de Ricardo Castillo Franco, Leonor Castillo Franco y Alicia Castillo Franco, hijos de Ricardo Castillo Pulido, crédito que consta en documento privado suscrito el día 1º de marzo de 1928 por Leonor Castillo Franco en su propio nombre y por Lucía Franco de Castillo en su calidad de representante legal de sus menores hijos Ricardo y Alicia Castillo Franco. Estos bienes aparecen adjudicados en la sucesión de Carlos Alejo Castillo a favor de su hija María Magdalena Castillo, en religión Sor Dominga.

Tercera.—Que el demandado Ricardo Castillo Franco en su carácter de heredero está obligado a devolver o pagar a la entidad demandante el crédito que María Magdalena Castillo o Sor Dominga de las Mercedes cobraba en juicio ejecutivo a Leonor Castillo Franco, y que según la última liquidación del Juzgado fue de tres mil trescientos cincuenta y tres pesos con cincuenta y siete centavos, y que el demandado recibió, a sabiendas de que dicho crédito pertenecía a la comunidad demandante y no a su causante.

"Cuarta.—Que el demandado Ricardo Castillo Franco está obligado a pagar a la comunidad demandante el valor de toda clase de perjuicios que a esta entidad le causó el hecho de haber cobrado sin derecho alguno el crédito que las religiosa (sic) María Magdalena Castillo, en religión Sor Dominga de Las Mercedes cobraba a Leonor Castillo en el Juzgado Séptimo de este Circuito, perjuicios que deben estar integrados por sus dos elementos, o sea el daño emergente y el lucro cesante.

"Quinta.—Que la comunidad demandante no está obligada para con Ricardo Castillo Franco, en su calidad de heredero de María Magdalena Castillo Pulido, en religión Sor Dominga de Las Mercedes, a devolver la cantidad que la expresada religiosa María Magdalena Castillo Pulido recibió de Ricardo Castillo en el juicio ejecutivo que le adelantó en el Juzgado Séptimo de este Circuito, pues esa cantidad le corresponde a la comunidad demandante.

"Séptimo.—(Sexto correspondería). Que el demandante debe pagar las costas de este juicio".

El Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con su sentencia de fecha 6 de octubre de 1954 favorable en un todo a las súplicas de la demanda.

Apelado el proveído, el Tribunal por medio de sentencia de 12 de noviembre de 1955 revocó la del inferior y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de "Falta de legitimación en causa" del demandante y absolvió consecuencialmente al demandado de los cargos de la demanda, sin hacer condenación en costas.

Notificada la sentencia, el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación que declarado admisible por la Corte, es la oportunidad de resolverlo agotados como se encuentran los trámites procesales de rigor.

La sentencia recurrida

El sentenciador en fundamento de la excepción que declaró probada la "Falta de legitimación en causa" del demandante dio esta motivación:.... "La calidad para obrar o legitimación en causa, existe si el derecho de acción pertenece a quien ejercita la acción o a su mandante. La legitimación sustenta el derecho que se ejercita, dice la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de julio de 1936, esto es, se refiere a que la persona que instaura la acción sea la misma a quien la ley concede esa facultad y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable".

"Concluyese, pues, que el criterio básico para determinar la legitimación en causa está constituido (sic) por la titularidad efectiva de la relación o del estado jurídico alegado.

"Ahora bien, en el presente caso la titularidad alegada por la parte demandante, como se ha visto, se deriva de ser cesionaria de María Magdalena Castillo Pulido, o Sor Dominga, quien cedió derechos herenciales a **'Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas de Colombia'**, lo que aparece en la escritura número 972 otorgada el 22 de septiembre de 1939, ante el Notario 1º Principal de Tunja, y, el demandante se denomina, lo que aparece en las certificaciones expedidas por la Curia y en el escrito de demanda mismo, **'Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia'**, y no existe demostración alguna en autos que indique que haya identidad jurídica entre las dos nombradas personas morales, luego, se llega a la conclusión de que la última carece de legitimación en causa para pedir se haga la declaración solicitada".

El recurso

El apoderado de la parte recurrente invoca la causal 1ª de las señaladas por el artículo 520 del C. J. y los cargos que aduce en fundamento los sustenta "en que la sentencia recurrida viola la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errada, violación de la ley que proviene de la errada apreciación de las pruebas aducidas al juicio".

Como disposiciones legales quebrantadas con ocasión de la sentencia se citan las de los artículos 24, 25, 26 y 27 de la ley 57 de 1887; 16 de la ley 153 de 1887; 640 y 1967 del Código Civil y 342 del C. J.

Los cargos

a) En lo referente al quebranto de los citados artículos de la ley 57 de 1887, 640 y 1967 del Código Civil se alega en síntesis:

La Iglesia Católica "y los particulares correspondientes a la misma iglesia son personas jurídicas" y como tales susceptibles de adquirir bienes raíces de todas clases, por cualquier título, por conducto de sus representantes legales. La Asociación religiosa denominada Comunidad o Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas como persona jurídica que es, estaba legalmente capacitada para adquirir los derechos allí relacionados mediante la cesión que se le hizo por la escritura 972 de 22 de septiembre de 1939 de la Notaría de Tunja: consiguientemente, al desconocérsele ese derecho como lo hizo el Tribunal, se han quebrantado en la respectiva decisión judicial las normas legales sustantivas citadas.

b) El Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 343 del C. J. al declarar probada la excepción perentoria de "la falta de legitimación en causa de la parte demandante" toda vez que al determinar "que no existe demostración en los autos que indique que haya identidad jurídica entre las dos personas morales —Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas de Colombia y Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia— "estimó erradamente tanto la escritura pública tantas veces citada como los certificados expedidos por la autoridad eclesiástica, error que lo llevó a aplicar indebidamente al caso del pleito el artículo 343 del Código Judicial, y este error lo llevó a quebrantar las disposiciones legales sustantivas que antes cité, porque sin ese error el Tribunal habría tenido que confirmar la sentencia de primera instancia, reconociendo en esta forma el derecho que la parte actora reclama en este juicio".

Estudio de los cargos

Cargo A)—Las disposiciones citadas de la ley 57 de 1887 como las contenidas en los artículos 640 y 1967 del C. C. no aparecen que hayan sido violadas por el Tribunal con ocasión de la sentencia sub lite, porque en ninguno de los pasajes del fallo aparece que el sentenciador haya dicho que la Iglesia Católica y demás asociaciones reconocidas de la misma no sean personas jurídicas; ni que el Instituto de las Hermanas Terciarias Dominicas en Colombia no participe de este carácter; ni menos, que como tal persona jurídica no hubiese estado capacitado legalmente para adquirir mediante la cesión que se le hizo —modo legal de contratar éste— la clase de bienes materia del aludido contrato de cesión. Afirmó el Tribunal, y es el fundamento de su fallo, "que por no haberse comprobado la identidad jurídica entre el Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas en Colombia y la Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia, estaba ausente de los autos la demostración de uno de los presupuestos de la acción "Interés en obrar", declaración muy distinta de la resultante del hecho imputado —haberle desconocido el Tribunal en la sentencia el derecho legal de contratar a la persona que en el juicio aparece accionando con la calidad de parte actora.

Lo brevemente expuesto, que no deja de ser bastante, hace ver cómo resulta de ineficaz e infundado el cargo que se le hace a la sentencia consistente, en que por su imperio, violó el Tribunal directa o indirectamente los indicados mandatos sustantivos.

Cargo B) — El segundo cargo —violación del artículo 343 del C. J.— consistente en que al estudiar erradamente la escritura de cesión y el certificado expedido por la autoridad eclesiástica sobre existencia de la comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia, dicho error llevó al sentenciador al quebranto de las normas sustantivas citadas, se observa:

Considera el recurrente —es la base de su argumentación— que existe absoluta identidad jurídica, vale decir, que es una misma persona moral la que en el proceso viene designada indistintamente con los nombres de Instituto de Hermanas

nas Terciarias Dominicas de Colombia y Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia. Pero no trae el recurrente en abono o respaldo de su respetable afirmación elemento alguno legal de convicción; explica a su entender el significado de las dos palabras Instituto y Comunidad y valido del concepto de autoridades técnicas concluye: "si las palabras Instituto y Comunidad tienen una significación que les es común, para determinar a una entidad religiosa como la demandante, es preciso atenerse a los vocablos que siguen a estas dos expresiones, que lo son Terciarias Dominicas, porque sólo con estas dos últimas palabras se viene a determinar la entidad religiosa o persona moral de que se trata".

Ahora bien:

El Tribunal sentenciador proveyó en el sentido que ya viene indicado porque halló que el litigio no reunía uno de los presupuestos procesales, extremos que la doctrina exige, como que deben concurrir en cada litis, para que pueda proveerse sobre las súplicas de una demanda. El presupuesto ausente de los autos, anotó el mismo fallo, es el designado con el nombre de "Legitimación en causa", fenómeno jurídico que sustancialmente equivale al de "personería sustantiva", locución empleada frecuentemente por la Corte para designar la falta de identidad entre el actor y el titular de la acción o entre el demandado y el que en derecho debe en cada caso reunir las características de tal.

Aclarado lo anterior, deberá estudiarse si la circunstancia "que el demandante demuestre tener interés en obrar" aparece establecido en el proceso, o lo que es lo mismo, si en el caso, se halla acreditado que el derecho de ejercitar la acción intentada pertenece o radica en la entidad demandante por ser ella la respectiva titular.

Afirma el recurrente que entre el Instituto del título contentivo de la cesión y la Comunidad de Hermanas Terciarias Dominicas de Santa Catalina de Sena en Colombia, hay absoluta identidad, que son las mismas personas aunque designadas con nombres diferentes. El Tribunal opina lo contrario y lo hace sobre la base de que no resulta comprobada la tal identidad porque, dice, no aparece prueba de ninguna clase que evidencie que la Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia sea la persona que con el nombre de Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas de Colombia recibiera la cesión de bienes a que se refiere el instrumento del proceso. Y efectivamente, no existe tal demostración.

Entiende la Sala que ni en general ni singularmente puede confundirse una determinada Comunidad con un Instituto también determinado aunque en éste pueda funcionar, actuar o desarrollar su labor aquélla. Precisamente interpretando la cita que hace el recurrente de la obra "Diccionario de Derecho Canónico", edición de Rosa y Boudet, Instituto significa establecimiento y Comunidad reunión de personas para obrar.

Precisando, se advierte: La cesión comentada en el proceso la hizo la Religiosa a un Instituto singularizado y expresamente determinado como lo evidencia el instrumento público en cuestión, no a la entidad distinguida con el nombre de Comunidad... que es la que actúa como demandante en el juicio y a que se refiere el certificado de la Curia. Ahora, si como lo afirma el recurrente una y otra son la misma persona moral, es cuestión sujeta al resultado de un proceso probatorio como cuestión esencialmente de hecho que es, proceso legalmente imposible de efectuar en este caso dada la total ausencia de signos o elementos de convicción al respecto.

Y si el Tribunal en su fallo, siguiendo literalmente las declaraciones que los otorgantes hicieron en la escritura de cesión expresa que la entidad cesionaria fue el Instituto y no la Comunidad actuante en el proceso, no puede menos de aceptarse que interpretó a cabalidad dicho instrumento, con el resultado, entonces, de que siendo así, el cargo que se le hace a la sentencia con fundamento en que se apreció en este particular el texto de la escritura indebidamente con equivocación o con error, es absolutamente infundado, circunstancia que obliga a darle al cargo negativa sin más consideraciones al respecto, tanto más, cuanto que acrecienta la duda en relación con la identidad de la persona que actuó en el contrato como cesionaria con la actora en el pleito, porque a la denominación "Instituto de Hermanas Terciarias Dominicas" se le singulariza con la adición "Dominicas de Colombia", al paso que a la Comunidad demandante viene a singularizar con la adición "Dominicas de Santa Catalina de Sena en Colombia".

Por lo demás, el certificado de la Curia visible al folio 21 del cuaderno principal se limita a es-

tablecer, precisamente, lo que dijo el Tribunal en su fallo "que la Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia, erigida en Arquidiócesis tiene como su representante legal a la Reverenda Madre María Amada de Jesús". Si el sentenciador no hizo afirmación contraria mal pudo incurrirse en error en la apreciación de este documento, como lo afirma el recurrente.

—...

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

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar, **Jesús María Arias**—**Guillermo Garavito Durán**, **Juan M. Pachón Padilla**—**Francisco de P. Vargas**. **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

LAS ACCIONES JUDICIALES TIENEN POR OBJETO RESTABLECER EL DERECHO VULNERADO O DESCONOCIDO EN LA PERSONA DEL DEMANDANTE, NO SIMPLEMENTE MENOSCABAR O DISMINUIR LA SITUACION JURIDICA DE OTRA PERSONA. — LA CAUSA DE LA ACCION JUDICIAL CONSISTE EN EL PROVECHO QUE EL ACTOR DERIVA DE LA DECLARACION QUE EL JUEZ HICIERA A SU FAVOR. — ERROR DE HECHO

1. — El artículo 2512 del Código Civil es una disposición por medio de la cual se define qué debe entenderse por prescripción. Expresa que es uno de los modos 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.

Según la disposición citada la cosa ajena puede ser adquirida por haberse poseído durante cierto lapso de tiempo.

Y el no ejercicio de ciertas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, también produce el fenómeno jurídico de la extinción de ese derecho o de esa acción. Pero para que de esa situación jurídica pueda aprovecharse una persona, es necesario que exista causa que justifique el beneficio que le reporta el transcurso del tiempo sin que otro ejercite sus acciones. Porque no podría nadie explicarse, por qué la parte demandante en el presente caso, debía pretender que el juzgador providenciara en el sentido de declarar en abstracto la extinción de derechos del demandado en determinada sucesión, si en realidad de ello no le resultara ningún provecho.

De ser así, la petición carecería de causa, le faltaría al peticionario título jurídico para impetrar tal declaración.

2.—La ley reconoce y garantiza el ejercicio de acciones privadas, pero no por el simple prurito de hacer daño o mermarle o disminuirle cualquier situación jurídica efectiva o de simple espectativa a otra persona, sino para lograr o restablecer el propio derecho desconocido o vulnerado.

3.—La circunstancia de que el juzgador no tome en cuenta una prueba, es motivo para atacar la sentencia por error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas Vélez)

La Corte resuelve en el fondo el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de veinte y nueve de marzo del año de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario que Guadalupe García vda. de Vásquez y Gerardo Antonio Vásquez García, por medio de apoderado, diciéndose representantes de la sucesión del finado Simeón Vásquez, promovieron contra Ramón Antonio Vásquez Cifuentes, ante el juzgado del circuito de Sevilla.

Antecedentes

En escrito de 21 de agosto del año de 1953, el doctor Oscar Trujillo L., apoderado de la parte demandante, presentó demanda en la cual solicitó del juez del circuito de Sevilla hiciera las siguientes declaraciones:

"1a—Los derechos sucesorales que en la mortuoria de la señora Mercedes Cifuentes correspondían a su heredero y demandado, señor Ramón Antonio Vásquez Cifuentes, están prescritos, por haber trascurrido más de treinta (30) años sin que hubieran sido reclamados judicialmente.

"2a — El causante, señor Simeón Vásquez, lo mismo que la sociedad conyugal que él formó en su segundo matrimonio con la señora Guadalupe García vda. de Vásquez, adquirieron, por prescripción, los derechos sucesorales que según la declaración anterior, perdió el heredero Ramón Antonio Vásquez Cifuentes.

"3a—A consecuencia de las dos declaraciones

anteriores, la expresada sociedad conyugal Vásquez García, es dueña de los referidos derechos sucesorales, vinculados a la finca raíz que se describe en el hecho III de esta demanda, y por lo mismo tal inmueble, deberá ser distribuído legalmente entre los varios partícipes que tienen acceso a la sucesión de Simeón Vásquez.

"4º—Que es NULA por carecer de causa, cualquiera distribución que de derechos sucesorales se haga en la mortuoria de la señora Mercedes Cifuentes, antes de que el presente juicio esté definido".

. . .

Para alcanzar estas declaraciones, el libelo de demanda contiene la siguiente enumeración de hechos:

"I.—El señor Simeón Vásquez contrajo matrimonio en Pereira con la señora Mercedes Cifuentes, el 27 de julio de 1891.

"II.—De ese matrimonio nació, el 8 de julio de 1896, en Pereira Ramón Antonio Vásquez Cifuentes.

"III.—Por escritura pública número 125, de 15 de mayo de 1912, pasada ante el notario de El Zarzal, debidamente registrada, el señor Simeón Vásquez adquirió de la empresa 'Bucila' (sic), situada en el paraje de 'Palomino', en esta jurisdicción, identificada por los linderos siguientes: Del alto de 'Frontino', donde hay un mojón lindero, con Nicolás Gutiérrez; de aquí, en línea recta, a otro mojón que está a la raíz de un corbón; de aquí a un zanjón; éste abajo hasta la quebrada, lindero con Evangelina García; ésta arriba, la vertiente en medio, hasta su nacimiento; de aquí, línea recta, a un mojón que está a orillas del camino que conduce a Sevilla; y éste abajo, al punto de partida. Estos linderos son los que trae el título citado.

"IV.—La señora Mercedes Cifuentes falleció en esta ciudad, en diciembre de 1914.

"V.—El señor Vásquez mencionado, contrajo segundas nupcias, en esta ciudad, con la señora Guadalupe García, el 27 de septiembre de 1915.

"VI.—De este matrimonio nacieron Clara Rosa, Ana Rita, Gerardo Antonio, Angela Rosa y María Teresa Vásquez García.

"VII.—El mismo señor Vásquez falleció en esta ciudad, el 14 de enero de 1952.

"VIII.—La sucesión del señor Vásquez fue abierta en el juzgado a su cargo, por auto de 1º de abril de 1952, en donde fueron reconocidos como herederos o interesados las personas mencionadas en el hecho VI de esta demanda, con excepción de la cónyuge supérstite y de la señorita María Teresa Vásquez C., quienes lo fueron por auto de 19 de mayo de 1952.

"IX.—El ya citado auto de 1º de abril de 1952, declaró abiertas y radicadas en su despacho las sucesiones de los cónyuges Mercedes Cifuentes y Simeón Vásquez.

"X.—Desde la fecha de la delación de la herencia de la causante Mercedes Cifuentes, y a la fecha en que fue abierta la sucesión de ella misma, han transcurrido treinta y siete años y tres meses (37 a. 3 m.)".

La parte demandada, al evacuar el traslado que se le confirió, manifestó no constarle unos hechos y que debían probarse otros.

Tramitado el negocio ante el juez del circuito mencionado, el juzgado desató la litis absolviendo al demandado de los cargos que se le habían formulado en el libelo de demanda. E interpuesto por la parte actora el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga concluyó la segunda instancia por medio de una sentencia confirmatoria de la proferida por el inferior.

Contra esta última providencia se ha recurrido en casación y admitido y tramitado el recurso en esta Sala, procede definirlo por medio de esta resolución.

La Corte, aplicando el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, ha sostenido reiteradamente la doctrina de que el recurso de casación no es una tercera instancia, en la cual haya de enmendarse libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que puedan incurrir los tribunales superiores al proferir o dictar los fallos finales de la segunda instancia.

A esta entidad jurisdiccional corresponde apenas hacer un examen de la sentencia recurrida "en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental".

Por eso precisa ahora hacer un estudio de la demanda de casación que en oportunidad se ha presentado en esta litis, para deducir si de ella se desprenden cargos que obliguen al juzgador a dar al asunto controvertido una solución distinta de la adoptada por el Tribunal que desató la litis en la segunda instancia.

Demanda de casación

En el libelo de cargos contra la sentencia recurrida, libelo que fue enviado desde la ciudad de Sevilla por el mismo abogado que atendió a la parte recurrente en las instancias, se dice:

"Acuso el fallo del H. Tribunal de Buga, a que hice mención y que fue dictado en el aludido juicio ordinario, por violación directa de la ley sustantiva, y por violación indirecta de la misma, en razón de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas".

El recurrente divide su trabajo en dos capítulos, a saber: INFRACCION DIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA POR ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DEL SISTEMA PROBATORIO DEL ACTOR.

La Sala advierte que lo que contiene la mayúscula es transcripción exacta de lo expresado por el recurrente, y agrega, que este segundo capítulo lo explica el actor en dos apartes que intitula: ERRORES DE HECHO en uno, y ERROR DE DERECHO, el otro.

La infracción directa de la ley sustantiva, la concreta el actor o recurrente, a la violación de los artículos 1326, 2512 2533 del Código Civil.

Considera que el Tribunal debió declarar la prescripción de los derechos sucesorales que en la mortuoria de la señora Mercedes Cifuentes correspondían o corresponden al demandado Ramón Antonio Vásquez Cifuentes, porque habían transcurrido treinta años sin que hubieran sido reclamados judicialmente. Y además, que a consecuencia de la anterior declaración, debió reconocerse al causante señor Simeón Vásquez y a la sociedad conyugal que éste formó por su segundo matrimonio con la señora Guadalupe García, adquirentes por prescripción de los derechos sucesorales que poseía el heredero Ramón Antonio Vásquez Cifuentes.

Aunque en la primera parte de su exposición el recurrente se limita a hacer un análisis del alcance del artículo 2512 del Código Civil, para luego hacer una crítica del 2533 de la misma obra y relievar, a su juicio, la contradicción que cree hallar en esta última disposición legal, es al finalizar su relación cuando hace el ataque al concepto de la sentencia del Tribunal Superior de Buga que indujo a los señores magistrados a absolver al demandado de los cargos formulados en el libelo de demanda.

Se expresa así, el gestor del recurso que estudia la Sala:

"Al ubicar la sentencia acusada el derecho de herencia entre aquellas cosas cuya prescripción requiere la demostración del doble fenómeno de que antes se habló, es decir, el transcurso del tiempo y la posesión material en igual período, ha violado aquellas disposiciones, por cuanto que según lo visto, ellas se refieren únicamente a la prescripción como fenómeno extintivo del derecho. Esa violación se patentiza en el hecho de no haber decretado la sentencia del H. Tribunal las peticiones de la demanda que aluden a la prescripción del derecho de herencia".

Sitúa, pues, el recurrente el cargo a la sentencia del Tribunal Superior de Buga, dentro de la primera causal a que se contrae el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil en su inciso 1º.

La sentencia recurrida aporta comentarios de don Fernando Vélez y del Profesor Manuel Somarriva, para reforzar las argumentaciones básicas de la solución dada al caso en estudio. Pero al esbozar el criterio del juzgador de segunda instancia, se produjo en los siguientes términos:

"Si, como se ha visto, para que se extinga el derecho de herencia por la prescripción es indispensable que los bienes hereditarios hayan sido poseídos durante treinta años, por otra persona; para que ésta pueda alegar con éxito la prescripción es necesario que compruebe que ha poseído durante ese lapso, pues la prescripción no principia a correr desde la delación de la herencia, sino desde que comienza la posesión de los bienes por el prescribiente".

La Sala considera:

El artículo 2512 del Código Civil es una disposición por medio de la cual se define qué debe entenderse por prescripción. Expresa que es uno de los modos 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.

Según la disposición citada la cosa ajena puede ser adquirida por haberse poseído durante cierto lapso de tiempo.

Y el no ejercicio de ciertas acciones y derechos

durante cierto lapso de tiempo, también produce el fenómeno jurídico de la extinción de ese derecho o de esa acción. Pero para que de esa situación jurídica pueda aprovecharse una persona, es necesario que exista causa que justifique el beneficio que le reporta el transcurso del tiempo sin que otro ejercite sus acciones. Porque no podría nadie explicarse, por qué la parte demandante en el presente caso, debía pretender que el juzgador providenciara en el sentido de declarar en abstracto la extinción de derechos del demandado en determinada sucesión, si en realidad de ello no le resultara ningún provecho.

De ser así, la petición carecería de causa, le faltaría al peticionario título jurídico para impetrar tal declaración, máxime, si la calidad de heredero de Ramón Antonio Vásquez en relación con su madre, es una cuestión personal que sólo a él interesa. Y quien pudiera ir contra esa situación que consecuencia el estado civil de hijo legítimo, tendría que alegar y demostrar otros vínculos con la misma persona, que determinaran que al eliminarse por prescripción extintiva el derecho del demandado, el demandante se hacía titular de otros derechos en la misma sucesión que le permitieran recoger la herencia.

La ley reconoce y garantiza el ejercicio de acciones privadas, pero no por el simple prurito de hacer daño o mermarle o disminuirle cualquier situación jurídica efectiva o de simple espectativa a otra persona, sino para lograr o restablecer el propio derecho desconocido o vulnerado.

Además, la forma impropia de las solicitudes al respecto, evidencian o dan fuerza al concepto de la Sala, a juzgar por las peticiones marcadas con los números 2 y 3.

Afirmar que "Simeón Vásquez, lo mismo que la sociedad conyugal que él formó en su segundo matrimonio con la señora Guadalupe García vda. de Vásquez, adquirieron, por prescripción, los derechos sucesorales que perdió el heredero Ramón Antonio Vásquez Cifuentes", y que "la expresada sociedad conyugal Vásquez-García es dueña de los referidos derechos sucesorales", es sencillamente patentizar un error fundamental en las súplicas de la demanda.

Porque prescrito el derecho o los derechos de Ramón Antonio Vásquez como heredero de su madre, no eran precisamente esos mismos derechos los que vendrían a radicarse en las personas de los demandantes. Sino que ellos quedaban con facultad para ejercer aquéllos que con la existencia de los de Ramón Antonio no podían, por determinadas circunstancias legales, hacer efectivos, o no alcanzaban las proporciones aspiradas por los demandantes.

No ve la Sala la manera cómo podrían jurídicamente considerarse prescritos los derechos que en la sucesión de su señora madre legítima podía tener el demandado Ramón Antonio Vásquez Cifuentes, y que esos mismos derechos pudieran pertenecer al causante Simeón Vásquez o a la sociedad conyugal que éste formó con la señora Guadalupe García, de conformidad con las peticiones de la demanda a que se ha aludido.

El Tribunal, pues, se produjo en términos absolutorios. Consideró, estudiando la demanda en su conjunto, como era su obligación, que la acción estaba enderezada a conseguir la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio a favor de Simeón Vásquez y de la sociedad conyugal que éste formó con la señora García, de determinados derechos sucesorales. Y como estimó que en la demanda se presentó como finalidad la declaratoria de prescripción relativamente al lote de terreno determinado en los hechos fundamentales de la demanda, su conclusión absolutoria no podía ser violatoria del artículo 2512 del Código Civil.

Para esta Sala, el Tribunal quiso hallar en la declaratoria de prescripción extintiva, la correlativa prescripción adquisitiva del dominio del lote de terreno que se ha aludido.

Esa misma situación jurídica habría encontrado el inconveniente insalvable de que la demanda tuvo un planteamiento erróneo al no mencionar en los hechos fundamentales de ella nada que se relacionara con la posesión material del bien sobre el cual se habían radicado o deberían radicarse los derechos hereditarios. Hay ausencia al respecto. No se sabe quién en verdad poseía el bien objeto de la litis. Los hechos de la demanda no lo dicen. Y bien sabido es que el debate judicial debe concretarse a lo que en los hechos fundamentales de la acción propone o presenta el demandante y sobre los cuales debe dar su respuesta el demandado.

Con estos mismos fundamentos, tampoco puede decirse violado el artículo 1328 del C. C., desde luego que el juzgador tomó en cuenta que no hubo de parte de los pretendidos prescribientes adquisitivos la prueba del lapso de los treinta años de no ejercicio de una acción, y a que se refiere la demanda.

Y esas mismas razones conllevan a sostener que tampoco fue violado el artículo 2533 de la misma obra.

—

El cargo que se hace a la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva por errores de hecho y de derecho en la apreciación del sistema probatorio, la Sala lo considera erróneamente presentado.

Al tratar la demanda de casación de los errores de hecho, hace una enumeración de las pruebas que a su juicio el Tribunal estudió, pero no les dio el alcance que debiera.

Y al contrario, al referirse al error de derecho, la demanda se expresa en los siguientes términos:

"ERROR DE DERECHO.—Se ha demostrado en el aparte anterior que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba de indicios resultantes de los hechos acreditados a que se acaba de aludir".

Esta sencilla declaración explica por sí sola cómo el actor tergiversó los cargos. Porque la circunstancia de que el juzgador no tome en cuenta una prueba, es motivo para atacar la sentencia por error de hecho.

Ha sido constante e invariable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre estos particulares. En sentencia de junio 30 del año próximo pasado, se produjo en estos términos:

"Hay error de derecho, cuando en la apreciación de una prueba se infringe la ley que la establece y que señala el valor que le corresponde, o en otros términos, el error de derecho implica la transgresión de un precepto legal sobre régimen probatorio.

"Hay error de hecho cuando el fallador considera como no probado un hecho por haber ignorado o no haberse dado cuenta de la existencia en el proceso de un medio probatorio que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió".

—

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 del Tribunal Superior de Buga, de fecha 29 de marzo de 1955, dictada en el juicio ordinario que Guadalupe García vda. de Vásquez y otro promovieron contra Ramón Antonio Vásquez Cifuentes.

Costas en casación a cargo del demandante.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Burán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V.—El Secretario, Ernesto Melendro J.

LA SOLICITUD SOBRE ACLARACION DE UNA SENTENCIA NO PROCEDE SINO UNA SOLA VEZ Y CONTRA EL AUTO QUE LA RESUELVE NO CABE REPOSICION PARA QUE POR MEDIO DE ESTE RECURSO SE HAGA LA ACLARACION SOLICITADA.

1.—Se observa que ya no es posible lo reclamado por nuevas aclaraciones del fallo que puso fin al litigio, porque de esa facultad ya hizo uso el interesado con la solicitud que formuló anteriormente a la cual recayó la providencia recurrida. Bien se comprende que la aclaración de una sentencia es única, no procede sino una sola vez, entre otras razones, porque si se aceptara que de tal recurso puede hacerse uso indefinidamente, no se cumpliría con el requisito de la oportunidad que exige para su interposición el 2º inc. del artículo 482 del C. J.

2.—Resulta improcedente la solicitud del apoderado al pretender de nuevo la aclaración en que está empeñado por medio del recurso de reposición de la providencia que decidió la primera. De aceptarse como pertinente ese trámite, se llegaría a suscitar una verdadera confusión entre el empleo de los recursos de aclaración y reposición que no se compadece con la naturaleza de las sentencias; ya que podría llegarse a la aclaración de un fallo a virtud del recurso de reposición, sistema a todas luces inadmisible porque por su índole, el recurso de reposición permite únicamente obtener la revocación o reforma de providencias que no asuman el carácter de sentencias.

Es más: la improcedencia del procedimiento se hace más patente si se considera que la nueva aclaración que se pretende tiene por finalidad "que se aclare que nada se resolvió, puesto que nada se estudió sobre los efectos de la indignidad contra el demandante-comprador". Si el paso procesal fuera pertinente, habría que hacer nuevos razonamientos para establecer que es o no verdadera esa afirmación, lo que no es posible dictarla como se encuentra la sentencia. (V. G. J. Tomo XLIX, 47).

NOTA DE LA RELATORIA.—La sentencia a que se refiere el presente proveído, así como el auto en el cual se resolvió sobre la aclaración pedida y que es materia del recurso de reposición negado en la presente providencia, se encuentra publicada en el Tomo LXXXII, número 2167, página 548 y siguientes de la GACETA JUDICIAL.

También aparecen insertos más adelante, otros autos que hacen relación a diferentes recursos intentados contra la sentencia a que se ha hecho mérito.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

La Corte en Sala de Casación Civil B), con fecha 8 de abril del año en curso profirió su fallo, como Tribunal de instancia, en el presente juicio ordinario de Gustavo Gómez contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres, el cual se publicó en forma legal.

El doctor Hernando Devis Echandía en su condición de apoderado de la parte demandante y en su propio nombre, con fundamento en el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1219 de 1956, solicitó que dicho proveído fuera sometido como, simple proyecto, a la consideración de la Sala Plena de Casación Civil, por cuanto en su concepto, contenía modificaciones de la anterior jurisprudencia y doctrina sobre puntos nuevos. La Sala Plena de Casación Civil, por las razones que expuso en su proveído de 25 de mayo de 1956, resolvió la solicitud declarando "Que no ha lugar a su intervención en los negocios en que cualquiera de las dos salas de Casación Civil dicte sentencia, por el hecho de no haberlos sometido a la Sala Plena de Casación, y no hay, por tanto, recurso para ante la Sala falladora o la Plena de Casación, invocando el artículo 1º del Decreto número 1219 de 1955 y alegando que la senten-

cia pronunciada es un "proyecto" de fallo, por contener jurisprudencia distinta o contraria a la existente o sobre puntos nuevos, a juicio de parte interesada".

Contra esta providencia el mismo doctor Devis Echandía propuso reposición para insistir en que la Sala B) conceptuara si la aludida sentencia reformó o no doctrinas anteriores sin advertir los fallos que las consagraron, para que en caso afirmativo se llevara esa sentencia —que el recurrente califica de proyecto—, a la Sala Conjunta. Tramitada la reposición, la Sala Plena en resolución de 27 de junio de 1956 ratificó su decisión anterior por no encontrar en los alegatos del apoderado, razón eficaz contra las expuestas en el proveído en referencia y que la hicieran cambiar de parecer; puso de presente la autonomía y privativa incumbencia de la Sala del conocimiento para fallar sin la intervención de la Plena advirtiendo cómo es de frecuente ocurrencia el caso en que una jurisprudencia, al parecer nueva, no es sino aplicación de la existente con las diferencias resultantes de las peculiaridades de los distintos casos. Y terminó rechazando la pretensión del doctor Devis Echandía consistente en que es posible convertir sentencias definitivas en meros proyectos, por ese semejante proceder contrario a la irrevocabilidad de las sentencias que han adquirido firmeza procesal.

Definido este punto, por providencia de 19 de julio del año en curso, la Sala de Casación B) no accedió a hacer la aclaración del fallo que igualmente solicitó el doctor Devis Echandía en cuanto a los efectos, respecto de la parte demandante, de la declaración de indignidad del cónyuge para recibir la herencia de la esposa fallecida, porque como allí se analizó, el punto quedó resuelto en la sentencia al ser negadas las peticiones del actor.

Inconforme con esa determinación, el citado doctor interpone reposición "para que se estudie la aclaración que ha pedido con relación al demandante comprador de la herencia señor Gustavo Gómez como adquirente de buena fe, mucho antes del juicio y seis años antes de que se propusiera la excepción de indignidad por la demandada. Y para que se aclare que nada se resolvió, puesto que nada se estudió, sobre los efectos de la indignidad contra dicho demandante-comprador".

Para resolver la anterior solicitud, la Sala observa que ya no es posible lo relacionado con nuevas aclaraciones del fallo que puso fin al litigio, porque de esa facultad ya hizo uso el interesado con la solicitud que formuló anteriormente a la cual recayó la providencia recurrida. Bien se comprende que la aclaración de una sentencia es única, no procede sino una sola vez, entre otras razones, porque si se aceptara que de tal recurso puede hacerse uso indefinidamente, no se cumpliría con el requisito de la oportunidad que exige para su interposición el 2º inc. del artículo 482 del C. J.

Más improcedente aún resulta la solicitud del señor apoderado al pretender de nuevo la aclaración en que está empeñado por medio del recurso de reposición de la providencia que decidió la primera. De aceptarse como pertinente ese medio, se llegaría a autorizar una verdadera confusión en el empleo de los recursos de aclaración y reposición que no se compadece con la naturaleza de las sentencias; ya que podría llegarse a la aclaración de un fallo a virtud del recurso de reposición, sistema a todas luces inadmisible porque por su índole, el recurso de reposición permite únicamente obtener la revocación o reforma de providencias que no asuman el carácter de sentencias.

Es más: La inconducencia del pedimento se hace más patente si se considera que la nueva aclaración que se pretende tiene por finalidad "que se aclare que nada se resolvió, puesto que nada se estudió sobre los efectos de la indignidad contra el demandante-comprador". Si el paso procesal fuera pertinente, habría que hacer nuevos razonamientos para establecer que es o no verdadera esa afirmación, lo que ya no es posible dictada como se encuentra la sentencia. Confirma la tesis expuesta, la doctrina de la Sala contenida en providencia de 31 de enero de 1940, XLIX, 47, que dice: "El artículo 482 del C. J., prohibe a los jueces revocar o reformar las sentencias definitivas de lo cual resulta que proferidas se hace imposible reconsiderarlas por ningún motivo, **mucho menos con el de hacer nuevos razonamientos o exponer nuevos puntos de vista que entrañen una revisión total o parcial de las ideas que fueron emitidas.** De consiguiente, los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen

acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo". (Subraya la Sala).

En razón de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia NIEGA por improcedente el recurso de reposición que se propone en el anterior escrito.

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

Pablo Emilio Manotas—**Daniel Anzola Escobar.**

Jesús María Arias — **Guillermo Garavito Durán.**

Juan M. Pachón Padilla—**Francisco de P. Vargas.**

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DESPUES DE DICTADA UNA SENTENCIA, NO ES POSIBLE A NINGUNA DE LAS PARTES PROMOVER INCIDENTES DE NULIDAD

Preceptúa el artículo 456 del C. J. que "en cualquier estado del juicio, ANTES DE QUE SE DICTE SENTENCIA, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo"; lo que a contrario sensu significa que después de dictar la sentencia ya no es posible a ninguna de las partes formular esa clase de peticiones.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Preceptúa el artículo 456 del C. J. que "en cualquier estado del juicio, **antes de que se dicte sentencia**, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo"; lo que a contrario sensu significa que después de dictar la sentencia ya no es posible a ninguna de las partes formular esa clase de peticiones.

En este juicio la Corte ya había proferido su fallo cuando el doctor Devis Echandía presentó el escrito anterior en el que solicita que previos los trámites legales se declare la nulidad precisamente de esa providencia. No es admisible la incidencia, de conformidad con la aludida disposición.

Es más: La causa que invoca el doctor Devis Echandía como fundamento del incidente de nulidad que propone, es la misma que ya había hecho valer cuando pretendió que la sentencia fuera sometida a la Sala Plena de Casación Civil "como simple proyecto", cuestión que quedó perfectamente definida en proveídos de 25 de mayo y 27 de junio del año en curso, circunstancia que a términos del artículo 394 ibidem, hace que la Sala deba desechar de plano este nuevo incidente, como así lo dispone. Y como la intervención de la Corporación en este asunto terminó con la resolución impartida a la solicitud de la parte actora sobre aclaración del fallo, se ordena a la Secretaría que sin más dilaciones devuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO SE CONSIDERA LA REPOSICION SOLICITADA CONTRA EL AUTO ANTERIOR

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Como se puso de presente en el auto anterior, por improcedente, la Sala desechó de plano el incidente de nulidad que propuso el doctor Devis Echandía; y además porque la intervención de la Corte en este asunto ya terminó. De consiguiente no es posible seguir resolviendo indefinidamente las solicitudes, recursos o incidentes que las partes tengan a bien proponer, porque lo contrario equivaldría a revivir este proceso que legalmente concluyó usurpando jurisdicción a términos del artículo 148 del C. J.

En consecuencia, no es el caso de considerar lo pedido y se ordena estar a lo resuelto en el proveído de 18 de octubre próximo pasado.

Cúmplase.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas. Jorge Soto Soto, Secretario.

CARACTER Y PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO.—PRACTICA DE PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA. — VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ADUCIDOS EN UNA INSPECCION OCULAR.—ERROR DE DERECHO

1. El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus que lo ha instituido como tal, o cuando por vocación legal o testamentaria se halla en el caso de ser considerado en la expresada condición de heredero. Igualmente, la calidad de heredero RECONOCIDO de un determinado causante se adquiere y comprueba, principalmente, con copia de la declaración judicial que así lo determine.

2.—En casación, es doctrina de la Corte, no es procedente argüir en contra de los elementos probatorios por simples cuestiones de rito o procedimiento, menos en el sentido de que prueba practicada con las formalidades legales pueda venir a tornarse en ineficaz o en no vinculante al resultado de la litis "porque la práctica de ésta tan sólo era procedente en la primera instancia a términos del mandato del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951".

Evidente que a partir de la vigencia de este estatuto el acervo probatorio deberá aducirse en la primera instancia, porque en la segunda sólo puede concederse nuevo término cuando habiéndolo habido ante el inferior ocurre alguno de los avatares señalados por el artículo 550 del C. J.: pero advierte el decreto en su numeral a) que cuando se trata de la práctica de una inspección ocular puede solicitarse y practicarse en la segunda instancia.

3. — Dispone el numeral 2º del artículo 537 del C. J. que a los documentos que a solicitud de cualquiera de las partes se ordene agregar a las actas de inspección ocular se le hará el mérito que les es propio, vale decir, si son originales o si la copia ha sido tomada de determinada fuente.

No quiere decir lo anterior (Casación noviembre 18 de 1942, LIV bis, págs. 409 y ss.) que la Sala esté afirmando que los documentos que examine el juez en el acto de una inspección ocular y que luego se reproduzcan en el acta respectiva, por sí solos se conviertan en pruebas eficaces; lo serán si conforme a los preceptos legales que presiden la crítica probatoria deben apreciarse. Permite el artículo en cita agregar a las actas de inspección ocular los documentos que en relación con la litis presenten las partes como reproducir los documentos que haya inspeccionado el juez, pero claro está, con la reserva de estimar su mérito probatorio al momento de proferir el fallo. (V. cas. sept. 12, 1940, L, 56).

4.—El motivo de casación derivado de la causal 1ª del artículo 520 del C. J. —error de derecho en que se haya incurrido en la apreciación de un determinado elemento probatorio en forma que conduzca al quebranto de normas sustantivas determinadas—, debe entenderse en el sentido de que el vicio surja como consecuencia del mal uso que haya hecho el Tribunal del material probatorio, frente a las reglas que determinan la fuerza demostrativa de la prueba respecto de la existencia y verdad de los hechos cuestionados. Configurado así el cargo, debe en su caso proceder la Corte a examinar si a consecuencia de la valoración y razonamiento que hizo el Tribunal incurrió en la violación de la ley sustantiva citada y si en ella descansa la solución del pleito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario iniciado por Elvecia Bolaños co-

ro representante legal de sus menores hijos naturales Ana Inés y Jaime contra Florinda y Josefina Camacho, herederos reconocidos en la sucesión de Francisco Camacho, padre natural de los menores.

Antecedentes

Elvecia Bolaños en representación de sus menores hijos naturales solicitó del Juzgado del Circuito de La Palma, que con citación y audiencia de Florinda y Josefina Camacho, herederas reconocidas de Francisco Camacho se hicieran en la sentencia de un juicio ordinario, estas declaraciones:

"**Primera**—Que Ana Inés y Jaime Bolaños, menores y vecinos del Municipio de Yacopí, nacidos en el mismo Municipio los días 17 de enero de 1941 y 5 de septiembre de 1943, respectivamente, son hijos naturales del señor Francisco Camacho.

"**Segunda**—Que como tales tienen todos los derechos civiles pertinentes.

"**Tercera**—Que se tome nota de su estado civil en el libro de registro correspondiente en la Notaría de este Circuito.

"**Cuarta**—Que como hijos naturales del señor Francisco Camacho tienen derecho de intervenir en el juicio de sucesión intestada de él.

"**Quinta**—Que como tales, son herederos de mejor derecho para suceder al señor Francisco Camacho en la sucesión que las señoritas Florinda y Josefina Camacho.

"**Sexta**—Que las presuntas herederas del señor Francisco Camacho, Florinda y Josefina Camacho, están obligadas a restituir a Ana Inés y Jaime Bolaños, la universalidad de los bienes sucesorales del señor Francisco Camacho con todos sus frutos civiles y naturales".

Como hechos sustentantes de la acción, dejando de lado los referentes a la pretendida condición de hijos naturales de los demandantes en relación con el causante Francisco Camacho, se copian los atinentes al recurso de casación declarado inadmisible por la Corte y que ha sido tramitado al tenor de las normas procesales pertinentes. Son ellos:

"10. El señor Francisco Camacho murió en la dicha vereda el 16 de julio de 1953, y no dejó testamento.

"11.—Con fecha 31 de octubre de 1953 fue abierto y radicado en el Juzgado Civil del Circuito de La Palma el juicio de sucesión intestada del señor Francisco Camacho. Fue reconocida heredera la señorita Florinda Camacho y por auto de 10 de febrero del presente año fue reconocida también como heredera la señorita Josefina Camacho, ambas en condición de hermanas legítimas del causante.

"12.—En la demanda de la sucesión a que me refiero se fundamenta el derecho de las presuntas herederas para intervenir en el juicio en que no hay otros herederos de mejor derecho y en que el señor Francisco Camacho no dejó hijos naturales".

El señor Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con su sentencia negatoria de las peticiones incoadas, sin hacer condena en costas. Notificado el proveído, el apoderado de la parte actora apeló para ante el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que mediante sentencia de 8 de noviembre del año próximo pasado revocó la del inferior para resolver en su lugar:

"1º—Declárase que los menores Ana Inés y Jaime Camacho o Bolaños son hijos naturales del señor Francisco Camacho, ya fallecido, y que tienen todos los derechos civiles inherentes a esa calidad.

"2º—Los menores Ana Inés y Jaime Camacho o Bolaños pueden intervenir en el juicio de sucesión intestada del señor Francisco Camacho, con mejor derecho a la herencia que las señoritas Florinda y Josefina Camacho.

"3º—Niéganse las peticiones tercera y sexta de la demanda.

"4º—Las costas del juicio en ambas instancias a cargo de las demandadas".

La sentencia recurrida

De los fundamentos del fallo del Tribunal se transcriben los que inciden en la resolución que habrá de proferir la Corte en vista del recurso extraordinario que ha sido propuesto.

"En esta instancia por auto de marzo veintitrés del corriente año se abrió el juicio para los efectos a que alude el numeral 4º del artículo 1º

del Decreto 243 de 1951 y en proveído de abril diez y ocho posterior se decretó la práctica de una inspección ocular para los fines allí indicados, sin que ninguna de las dos providencias hubiera sido reclamada o siquiera objetada por la parte demandada, es decir, que ella aceptó que en esa forma los respectivos medios probatorios fueran allegados al proceso, creando así un estado procesal que no es impugnable en el alegato de conclusión.

"Decretada la inspección ocular con intervención de testigos en el sucesorio de Francisco Camacho seguido en el Juzgado Civil del Circuito de La Palma, fue practicada por medio de Juez comisionado y versó sobre hechos relacionados con el debate como exige el artículo 724 del C. J., siendo plena prueba de los hechos y circunstancias observados, según el artículo 730 ibidem. Con ella se establece la existencia de la sucesión de Francisco Camacho Triana, el reconocimiento de herederas en favor de Florinda y Josefina Camacho en su condición de hermanas legítimas por medio de autos proferidos el 31 de octubre de 1953 y el 10 de febrero de 1954, comprobándose la presentación que hicieron las interesadas de las respectivas partidas de origen eclesiástico indicativas del matrimonio de Guillermo Camacho y Teodora Triana y del nacimiento de Florinda, Josefina y Francisco Camacho Triana. Es decir, que las demandadas son hermanas legítimas del extinto Francisco Camacho y en ese carácter aceptaron la herencia y asumieron la posición de herederas ab-intestato, representando al causante en desarrollo del artículo 1.155 del Código Civil, por lo cual la acción está bien dirigida contra ellas y su personería comprobada satisfactoriamente.

"Estando acreditado que las menores Ana Inés y Jaime son hijos naturales de Francisco Camacho y que Florinda y Josefina Camacho son hermanas legítimas del mismo, quienes aceptaron la herencia y abrieron la causa mortuoria en el Juzgado Civil del Circuito de La Palma, conforme al artículo 20 de la ley 45 de 1936 los menores pueden intervenir en el juicio de sucesión intestada de Francisco Camacho y tienen mejor derecho que los colaterales.

"El señor Juez a quo encontró sin probar legalmente que las demandadas tuvieran la calidad de herederas de Francisco Camacho y en forma acertada decidió la controversia; mas como la situación procesal se ha mejorado en la segunda instancia con las probanzas aducidas, se acogen varias de las solicitudes impetradas".

El recurso

Apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. el recurrente propone el cargo que le hace a la sentencia así:

"El Tribunal incurrió en error de derecho en apreciación de la prueba, sea de la inspección ocular o la documentaria, puesto que le atribuyó un valor de que legalmente carece". Aclara a continuación "que los reparos de orden legal se refieren tanto a las copias de las providencias judiciales como a las partidas de origen eclesiástico con las cuales trató de demostrarse que las demandadas son hermanas legítimas del presunto padre natural Francisco Camacho Triana".

Explica el recurrente el cargo, en estos términos:

"Base fundamental en los juicios sobre filiación natural, cuando se inician después de la muerte del presunto padre (sic) ha de aparecer plenamente acreditada; y, por consiguiente, por los medios idóneos que la ley ha establecido. Esto indudablemente, es así; y también lo es, desde luego, que la prueba documental requerida ha de pedirse y aportarse dentro de la oportunidad que los preceptos positivos señalan y con el lleno de las formalidades y ritualidades en ellas mismas erigidas como regla de conducta que obliga procesalmente a las partes y al juez. La desatención o quebranto de estos preceptos vicia la decisión por error de derecho en la apreciación de la prueba; y esto es, precisamente, lo ocurrido en esta causa, en la cual el Tribunal apreció y valoró como prueba documental una diligencia de inspección ocular, confundiendo lamentablemente estos dos medios específicos de pruebas, que tienen un régimen jurídico distinto y consecuencias probatorias también diferentes.

"La actora en el juicio olvidó o descuidó solicitar o llevar a la primera instancia la prueba fehaciente del carácter de herederas de las demandadas; ninguna gestión en este sentido hizo la interesada; y de ahí que al sobrevenir la inevitable pérdida del pleito, y ante la dificultad de aportar en la segunda instancia los documentos necesarios —partidas del estado civil y copias auténticas de actuaciones en otro juicio— solicitara, haciendo un esguince al Decreto-Ley 243 de 1951, artículo 1º, la práctica de una inspección

ocular, la cual se llevó a cabo con inserción en el acta respectiva de las piezas que había omitido aportar en el primer grado del litigio. Estas piezas precisamente las que el Tribunal apreció para modificar la resolución del inferior, y condenar a las demandadas...

"Ni qué decir tiene que con este inaceptable recurso, se burló abiertamente la norma que acaba de citarse, la cual circunscribe a la primera instancia —salvo excepciones en ella misma contempladas— el debate probatorio en los juicios ordinarios...

"Para dictar su fallo —y concretándonos a la ausencia de pruebas en cuanto a la personería sustantiva de los demandados— el Tribunal sólo tuvo a la vista la diligencia de inspección ocular, a la cual atribuyó calidad de plena prueba respecto al hecho capital de que los mandantes son hermanas legítimas del señor Camacho y sucesoras del mismo...

"Si de acuerdo con el ordenamiento legal y los desarrollos de la doctrina, la inspección ocular es una prueba resumen (lo que implica la preexistencia en el proceso de otras sobre el mismo hecho), si se encamina a colocar al Juez en relación directa con las cuestiones contendidas y si, además y conforme al artículo 730, el acta respectiva hace plena prueba "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez", es obvio que de la diligencia que tan erróneamente apreció el Tribunal no surge la evidencia del parentesco y la vocación hereditaria de las demandadas porque no son ni pueden ser éstos los hechos observados o reconocidos, sino simplemente la comprobación de que un proceso distinto —el sucesorio de Francisco Camacho— existen las partidas y los decretos o proveídos judiciales que en el acta se mencionan. Esta es la única conclusión cierta que, de acuerdo con los principios del Derecho Probatorio y las reglas del C. J. podía el Tribunal deducir del examen que practicó, por medio del comisionado en el referido expediente. Pero de esto, a la conclusión de que las demandadas son herederas, y hermanas o parientes en cualquier otro grado del causante Camacho y, sobre todo aquella única base probatoria decidir el litigio que ha provocado el presente recurso, media indudablemente un abismo que no puede ser colmado en la forma artificiosa e injurídica en que el Tribunal lo ha hecho..." .

"...El artículo 597 C. J contiene una enumeración taxativa de los procedimientos o trámites al alcance de las partes y del juzgador para allegar las pruebas, a fin de que su mérito pueda ser reconocido en la sentencia: y los artículos 632 a 636 reglamentan detalladamente las ritualidades para la aportación de los documentos públicos distintos de las escrituras que pasan ante el Notario".

Finaliza el recurrente la motivación fundamento del cargo afirmando "que de lo expuesto se concluye que el Tribunal por el hecho de haber apreciado la resultante de la inspección ocular quebrantó por aplicación indebida los artículos 404, 1298, 1302 y 1.5 del Código Civil; ordinales 5º, 6º, 19 y 20 de la ley 45 de 1946; 361, 597, 630, 632 y 636 del C. J.

Estudio del cargo

El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus que lo ha instituido como tal, o cuando por vocación legal o testamentaria se halle en el caso de ser considerado en la expresada condición de heredero. Igualmente, la calidad de heredero reconocido de un determinado causante se adquiere y comprueba, principalmente, con copia de la declaración judicial que así lo determine.

Francisco Camacho murió intestado, por lo que vinieron a ser continuadores de su personalidad jurídica los parientes que por lazos de sangre estaban unidos a él en el orden preferencial establecido por la ley; fue así, por lo que a falta de legítimarios vinieron a ocupar la calidad de sucesores suyos, sus hermanas legítimas Florinda y Josefina Camacho, o quienes a solicitud propia se les reconoció como tales en el juicio mortuorio adelantado en el mismo Circuito de La Palma. La madre natural de los menores demandantes dirigió la acción de filiación de que da cuenta el proceso contra las herederas reconocidas, bien que en la primera instancia no allegó la prueba específica de esa personería, deficiencia que, en la segunda, vino a subsanarse con la resultante de la inspección ocular practicada en el juicio mortuorio de Camacho. La diligencia se practicó con las precauciones legales y luego del examen de visto del proceso realizado por el juez, se ordenó agregar al acta respectiva copia del proveído por el cual se reconoció a las demandadas como herederas del presunto padre natural, lo que

fue cumplido con audiencia de la contraparte —la recurrente en casación— sin que en ese entonces hubiese puesto en duda la legalidad del procedimiento ni la improcedencia o ineficacia de la prueba practicada en la forma, modo y medio de que da cuenta el acta respectiva.

Es más: Las demandadas no sólo consintieron la práctica de la inspección, sino que antes habían tomado la condición de herederas del causante al afrontar la litis carácter con que intervinieron a lo largo de las dos instancias como consta en la absolución que dieron al cuestionario de los hechos y en los distintos alegatos que vinieron al proceso. No fue, simplemente, a base de la providencia judicial sobre reconocimiento de herederas de las demandadas del presunto padre natural como el Tribunal halló demostrada su personería; ellas afrontaron la litis en la precisa condición de herederas tomando el título de tales, y es obvio, con las consecuencias legales de tal actividad.

Pero ocurre, que ante la Corte se ataca la sentencia no por su contenido en sí mismo, es decir, no por las apreciaciones y conclusiones que hizo y a que llegó el sentenciador en relación con el mérito de los elementos probatorios que le dieron juicio para hacer la declaración de filiación solicitada. El recurso tiene fundamento en la consideración que se hace, consistente, en que como el modo legal cumplido para allegar a los autos la prueba de la personería de la parte demandada —la condición de herederas reconocidas de las demandadas— fue irregular y legalmente improcedente, no debió el Tribunal considerar dicha probanza por ser ineficaz o no vinculante a su finalidad, acreditar la existencia jurídico procesal de la parte reo. Supuesto lo anterior, agrega el recurrente, el Tribunal con ese proceder quebrantó las normas de los artículos 361, 636 y 630 del Código Judicial.

Considera la Corte: La inspección ocular se decretó por el Tribunal con estricto cumplimiento de las normas procesales de rigor como que la efectuó dentro del término probatorio, con citación de la parte contraria, a la hora y día señalados y previa notificación de las providencias respectivas y sin que en todos estos pasos mediara observación alguna por parte de las demandadas. Y cumpliendo el objetivo, se tomó copia de los autos de 31 de octubre de 1953 y 10 de febrero de 1954 relativos a la apertura de la sucesión y reconocimiento de las demandadas como herederas del presunto padre natural.

En síntesis, cree el recurrente que el contenido de la inspección ocular carece de mérito probatorio, no porque en sí misma adolezca de vicios o informalidades que la hagan inválida o nula, sino porque el Tribunal carecía de facultad legal para ordenarla y practicarla.

En casación, es doctrina de la Corte, no es procedente argüir en contra de los elementos probatorios por simples cuestiones de rito o de procedimiento, menos en el sentido de que prueba practicada con las formalidades legales pueda venir a tomarse en ineficaz o en no vinculante al resultado de la litis "porque la práctica de ésta tan sólo era procedente en la primera instancia a términos del mandato del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951".

Evidente, que a partir de la vigencia de este Estatuto el acervo probatorio deberá aducirse en la primera instancia, porque en la segunda sólo puede concederse nuevo término cuando habiéndolo habido ante el inferior ocurre alguno de los eventos señalados por el artículo 550 del C. J.: pero advierte el decreto en su numeral a) que cuando se trata de la práctica de una inspección ocular puede solicitarse y practicarse en la segunda instancia. Tal aconteció en el caso del proceso.

La parte demandante pidió que el Tribunal practicara inspección ocular sobre el juicio mortuorio de Camacho con el fin de acreditar la existencia en dicho juicio de las providencias judiciales por las cuales se reconoció a las demandadas como herederas del causante, y para tomar, con destino a este proceso, copia de esta providencia como las pertinentes de las partidas de nacimiento de las mismas. La inspección ocular se solicitó, decretó y practicó con audiencia de la parte contraria y con las formalidades de la ley se tomaron las copias anotadas; pero, a última hora, sostiene la parte demandada, que aunque la copia de la providencia sobre reconocimiento de herederos es auténtica y demuestra evidentemente el hecho del reconocimiento en favor de las demandadas, sin embargo, al apreciarla el Tribunal en este juicio incurrió en error de derecho porque legalmente estaba imposibilitado para tomarla en cuenta "por haber venido el documento —la copia— extemporáneamente", como que fué traída con motivo de la inspección ocular que el Tribunal practicó sin tener compe-

tencia para realizarla. Agrega, que con este proceder —la estimación de esta prueba— violó el sentenciador "las normas procesales que ya vienen citadas y que estatuyen sobre el modo legal adecuado para el allegamiento de las pruebas" principalmente la del artículo 597 del C. J., que dispone, que para estimar el mérito de una prueba debe ella formar parte del proceso, siendo tales, las que han venido en la oportunidad legal y mediante el modo y vía señalados por la ley.

Ciertos los principios anotados, y en ellos precisamente se fundó el Tribunal para darle mérito a las constancias allegadas al acta de inspección, porque, como advierte la sentencia recurrida, "las partidas vinieron al juicio por la vía legal aconsejable".

Dispone el numeral 2º del artículo citado que a los documentos que a solicitud de cualquiera de las partes se ordene agregar a las actas de inspección ocular se le dará el mérito que les es propio, vale decir, si son originales o si la copia ha sido tomada de la propia fuente. Y resulta que la copia criticada se tomó del original y se ordenó agregar al cuerpo del acta sin que en el momento de la diligencia, ni antes ni después hubiese hecho la contraparte la menor observación.

Es más: La Sala se ve en el caso de repetir, que el Tribunal para declarar probada la personería de las demandadas tuvo en cuenta, entre otros elementos de convicción, todo el contenido del acta de inspección ocular practicada en el juicio de sucesión de Camacho en la que se insertaron las partidas declarativas del estado civil de aquéllas, las mismas que presentaron para pedir y obtener el reconocimiento de herederas del causante y a las que se refirió el juez al proferir la respectiva providencia de reconocimiento, providencia ésta aducida en esta controversia precisamente por las mismas demandadas desde el momento de trabarse la litis. La legalidad de este estado procesal —el resultado del examen de las actas y la reproducción que de ellas se hizo en el acta— no es posible demeritarlo ni discutirlo, mucho menos en el recurso de casación a no ser dándole una interpretación excesivamente angosta a las reglas contenidas en el artículo 597 y demás pertinentes del Código Judicial.

La anterior, ha sido doctrina repetida por la Corte en numerosos fallos como lo precisa la siguiente jurisprudencia que se copia: "Este artículo —se refiere al 597 en sus relaciones con el 636 del C. J.— enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañados a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren en la mejor forma acerca de **la autenticidad** de dichos documentos, **si al presentarse éstos en forma distinta de la anotada consienten el auto en que se haya aceptado** (subrayados de la Sala) como aquí fue el caso, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieran solemnidades especiales". (Sentencia de noviembre 18 de 1942, G. J. sin número, Tomo LIV bis, páginas 409 y siguientes).

No quiere decir lo anterior que la Sala esté afirmando que los documentos que examina el juez en el acto de una inspección ocular y que luego se reproduzcan en el acta respectiva, por sí solos se convierten en pruebas eficaces; lo serán si conforme a los preceptos legales que presiden la crítica probatoria deben apreciarse. Permite el artículo en cita agregar a las actas de inspección ocular los documentos que en relación con la litis presenten las partes como reproducir los documentos que haya inspeccionado el juez, pero claro está, con la reserva de estimar su mérito probatorio al momento de proferir el fallo. Así lo tiene repetido la Corte, entre otras en la siguiente jurisprudencia, que se copia:

"El artículo 597 del C. J. no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes". (Casación, 12 septiembre 1940, Tomo L. 56).

—

El otro cargo se hace consistir, en que el Tribunal incurrió en error al apreciar la copia de las actas del estado civil de las demandadas, porque, dice, se tomaron de otras actuantes en el expediente inspeccionado, es decir, que las tenidas en cuenta por el sentenciador son copia de copia.

En relación con este cargo se observa: No fueron las copias de las actas de nacimiento, aisladamente consideradas, las que apreció el Tribunal como elemento probatorio hábil a demostrar la personería de las demandadas; fue todo el con-

tenido de la inspección ocular lo que apreció el sentenciador en orden a determinar el extremo reo de la presente litis. El examen de vista, el contenido del auto de reconocimiento en donde consta la existencia de las actas de nacimiento y, finalmente, su reproducción literal en el cuerpo de la diligencia fueron los elementos y circunstancias que tuvo en cuenta el fallador; no fueron "las simples copias de otras copias" lo que determinó la apreciación que se critica en el recurso. Siendo así, resulta infundado el cargo consistente en que el Tribunal para imponer su fallo se basó en la fuerza probatoria que según el sentenciador le atribuyó, aisladamente, a las copias de otras copias.

Por lo demás, no es inoportuno agregar que el motivo de casación derivado de la causal 1ª del artículo 520 del C. J. —error de derecho en que se haya incurrido en la apreciación de un determinado elemento probatorio en forma que conduzca al quebranto de normas sustantivas determinadas—, debe entenderse en el sentido de que el vicio surja como consecuencia del mal uso que haya hecho el Tribunal del material probatorio, frente a las reglas que determinan la fuerza demostrativa de la prueba respecto de la existencia y verdad de los hechos cuestionados. Configurado así el cargo, debe en su caso proceder la Corte a examinar si a consecuencia de la valoración y razonamiento que hizo el Tribunal incurrió en la violación de la ley sustantiva citada y si en ella descansa la solución del pleito. La oportunidad y modo legal como adviene al proceso la prueba criticada, si ese hecho no fue reclamado en su oportunidad y si tácitamente consentido por las partes, escapa al control propio del recurso de casación, toda vez que éste no se dirige o no tiene como finalidad la revisión del pleito en su parte formal, ni tiene por objeto provocar nuevo examen de las pruebas ni menos determinar si éstas fueron bien o mal aducidas. La misión de la Corte en Sala de Casación Civil —es su doctrina— "no comprende el examen de cuestiones adjetivas ni procura la enmienda de las faltas procesales en que pudo incurrir el sentenciador. Se limita al estudio de la sentencia frente a las disposiciones de la ley que se dice quebrantada".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—**Daniel Anzola Escobar**, **Jesús María Arias** — **Guillermo Gaviria Durán**, **Juan M. Pachón Padilla**—**Francisco de P. Vargas**, **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE REEMBOLSO, DE QUE TRATA EL ARTICULO 571 DEL C. J., NO SE REQUIERE FIJAR PLAZO ALGUNO O REQUERIR PREVIAMENTE, PORQUE NO ESTA AUTORIZADO POR LA LEY.— EL REEMBOLSO DEBERA HACERSE INMEDIATAMENTE, CON EL SOLO AUTO QUE ASI LO ORDENE.— RECURSO DE HECHO

Según el artículo 571 del C. J., "si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente, para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y mientras tanto, ésta no será oída en el juicio".

El legislador ratifica en este texto su pensamiento expreso y claro de que el pago en estos casos debe hacerse INMEDIATAMENTE, TAN PRONTO COMO SE FIJE LA CUANTIA, de modo que ni el legislador da plazo alguno ni deja posibilidad de que el juez lo señale, porque es cuestión de inmediata ejecución, bajo explícita sanción de no oír al litigante renuente al pago. Se trata aquí de obligaciones sustancialmente procesales que nada tienen qué ver con las de origen y carácter ESTRICTAMENTE CIVIL: aquéllas miran al interés público, éstas al privado. Habiendo intereses diferentes, causas y fines distintos en las obligaciones de uno y otro orden, no es dable pedir, para su cumplimiento, la aplicación de las mismas normas como si se tratara de casos iguales y de derechos de igual naturaleza. De allí que es improcedente pensar que deben señalarse plazos judiciales, cuando la ley de procedimiento ordena otra cosa; o que debe proceder previamente el requerimiento. La solicitud del reembolso y la notificación del auto que lo ordena, son suficientes para que la parte obligada cumpla su obligación inmediatamente como lo exige la ley procesal de manera inequívoca, bajo la sanción terminante de que la parte renuente no sea oída en solicitud alguna o recurso que interponga mientras no cumpla su obligación.

Sobre este artículo ha dicho la Corte: "Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces ese deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, al que es obligado, por duro que ello parezca".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente, Dr. Jesús María Arias)

Blanca Dilia Lozano instauró, ante el Juzgado Civil del Circuito de Ibagué, juicio de filiación natural contra los herederos de su pretendido padre don Alfonso Rodríguez.

La sentencia de instancia, proferida el 16 de noviembre último, le fue favorable y de ella apeló la parte demandada ante el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué, entidad que en sentencia de 8 de mayo de 1956, revocó la de primera instancia y negó las pretensiones de la parte actora. Esta pidió para prueba en su favor, y en la primera instancia, un dictamen pericial que se practicó y fueron asignados a los peritos honorarios de cuatrocientos pesos ($ 400.00) que por no habelos pagado la parte actora que pidió la prueba, los pagó la parte demandada.

El 14 de mayo, antes de notificarse la sentencia del Tribunal, dicha parte presentó los comprobantes de haber pagado los mencionados honorarios desde el 10 de febrero, y pide que de conformidad con el artículo 571 del C. J. se ordene a la parte actora "el inmediato reembolso" y que mientras no lo haga, "no se le oiga en el juicio".

El 19 de mayo, también antes de notificarse la sentencia, la parte actora interpuso el recurso de

casación contra tal providencia que se notificó por edicto el 22 del mismo mes, habiendo empezado el término para interponer recurso, el 5 de junio siguiente y vencídose el 7 de julio. En auto del nueve el Tribunal ordenó que se agregara al expediente el comprobante del pago hecho por la parte demandada y dijo:

"La parte demandante reembolsará a la demandada el valor de los honorarios periciales pagados por ésta y mientras tanto, aquélla no será oída. Notifíquese".

El 14 de julio la parte demandante pidió reposición, expresando que la demandada debe contribuir a prorrata para el pago de esos honorarios periciales. Esto se opuso razonando que la prueba fue pedida exclusivamente por la demandante, practicada en su propio beneficio, con peritos que la demandada no designó, etc., por lo cual debe aplicarse el artículo 570 del C. J. En auto de julio 23, el Tribunal negó la reposición pedida por la parte demandante, con base en el artículo 562 del C. J. por cuanto la prueba que ocasionó los honorarios periciales, fue solicitada por ella y en su exclusivo provecho. El auto se notificó el 25 y se ejecutorió el 28, sin reclamación de ninguna de las partes.

El 31 de julio el Tribunal decidió sobre el recurso de casación interpuesto en los siguientes términos: "Como la parte demandante no llevó a cabo el reembolso ordenado por auto de nueve de los que cursan, el Tribunal se abstiene de conceder el recurso de casación que había interpuesto".

El demandante pidió reposición y en subsidio las copias pertinentes para recurrir de hecho, expresando que la sanción que estatuye la ley para la parte renuente al pago es el no ser oída y extraña cómo el Tribunal se abstiene de concederle el recurso interpuesto, que en estos casos —la norma legal debe interpretarse y aplicarse con sentido estricto y no con criterio de analogía, que la sanción es no oír a la parte deudora cuyo plazo no está determinado y exige previo requerimiento para constituirla en mora, conforme al artículo 1608 del C. C.; que no está declarado en mora y que si el plazo no está señalado por la ley, debe señalarlo el juez conforme al artículo 307 del C. J. El 30 de agosto último, el Tribunal le expresa a la parte reclamante, que no obró de oficio, como lo afirma ella, sino por virtud de la solicitud que desde el 14 de mayo le hizo la parte demandada y porque así lo ordena la ley. Negó la reposición y ordenó que la Secretaría diera al recurrente las copias solicitadas, con las cuales se presentó ante la Corte, en escrito del 17 de septiembre último pidiendo que mediante el recurso de hecho que interpone, se resuelva que es procedente concederle el de casación que antes interpuso y sobre lo cual se abstuvo el Tribunal.

Ante la Corte arguye de nuevo que el Tribunal no le hizo ningún apremio ni fijó plazo para el pago; que de oficio se abstiene de concederle el recurso, sin haber prevenido nada en su auto de nueve de julio y se trata de una obligación procesal sin plazo, que debe fijarlo el Juez y que es inexigible mientras no se haga el requerimiento y señale el término para hacerlo, que ni el auto de julio nueve ni el artículo 571, autoriza la sanción que implica el abstenerse de conceder el recurso o aplazar la decisión.

El recurrente termina así su memorial ante la Corte: "Al pagar, mejor reembolsar, se tiene que conceder el recurso de casación, porque no se ha fijado plazo para hacerlo y así es factible rectificarlo en cualquier tiempo: porque no se ha requerido, y para requerir hay que obrar con la norma especial del 325 proc. civ.".

La Corte considera lo siguiente: el debate entre las partes y ante el Tribunal se circunscribe a la renuencia de la demandante para reembolsar a la demandada el valor de unos honorarios periciales que ésta pagó en la práctica de una prueba que aquélla solicitó y para que el juicio continuara entre tanto su tramitación ordinaria. No se discuten los hechos de que la demandante pidió la prueba en su favor, que fue practicada, que la demandada para nada intervino en ello, ni siquiera nombrando perito de su parte, que los honorarios periciales fueron cuatrocientos pesos ($ 400.00) y que los pagó la parte demandada. Sólo se trata de un caso de orientación procedimental para saberse si era legal conceder o no el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

El C. J. al hablar de términos judiciales en el artículo 366, expresa que son los plazos señalados por la ley o por el juez, para que dentro de ellos, entre otras cosas, "se ejecute algún auto en el curso del juicio", como ocurre precisamente en el caso que motivó el presente estudio, porque una de las partes debió pagar los honorarios periciales en la prueba que pidió y no lo ha hecho. El plazo o término, cuando lo hay empieza a correr el día siguiente a la notificación del auto y el artículo 307 ibidem, ordena al juez señalar los plazos o

términos, cuando la ley no lo hace y deja lugar a ello.

Para resolver el caso de autos, son básicas las siguientes disposiciones: El artículo 549 del C. J. dice: "Puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que éstas queden ejecutoriadas, si en ellas mismas no se fija el plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren".

El auto que dictó el Tribunal de Ibagué el 9 de julio de 1956, ordena a la parte demandante que reembolse a la demandada lo que ésta pagó por ella y que mientras no lo haga no será oída en el juicio, como lo ordena el artículo 571 del citado Código.

El artículo 562 ordena que "cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite...".

En este juicio la demandante pidió la prueba o diligencia pericial que ocasionó honorarios tasados en cuatrocientos pesos, luego a ella corresponde el pago. Inicialmente arguyó que la otra parte debía contribuir al pago, pero negado desistió de tal empeño y sigue debiendo tales honorarios.

El artículo 570 expresa que "los derechos que se causen en una diligencia los pagan las partes que la soliciten o a cuyo favor se declara, tan pronto como se fijen por el juez quien ha de hacer la regulación a más tardar el día siguiente de prestado el servicio".

De manera que prestado un servicio, debe tasarse su valor ojalá inmediatamente, y el mayor plazo que al juez da la ley es de un día. Pero la parte llamada al pago debe hacerlo "tan pronto como se fijen por el juez", es decir no tiene plazo. En este juicio se fijaron los honorarios periciales que la parte demandante debía pagar, desde 1955 y debió pagarlos **"tan pronto como se fijaron"**, pues la ley no da plazo, ni permite al juez que lo señale, porque exige ejecución inmediata. Permite sí que la contraparte pague y la entiende subrogada en el derecho, de donde el artículo 571 expresa: "Si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente, para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y mientras tanto, ésta no será oída en el juicio".

El legislador ratifica en este texto su pensamiento expreso y claro de que el pago en estos casos debe hacerse **inmediatamente, tan pronto como se fije la cuantía**, de modo que ni el legislador da plazo alguno ni deja posibilidad de que el juez lo señale, porque es cuestión de inmediata ejecución, bajo explícita sanción de no oír al litigante renuente al pago. Se trata aquí de obligaciones sustancialmente procesales que nada tienen que ver con las de origen y carácter **estrictamente civil**; aquéllas miran el interés público, éstas al privado. Habiendo intereses diferentes, causas y fines distintos en las obligaciones de uno y otro orden, no es dable pedir, para su cumplimiento, la aplicación de las mismas normas como si se tratara de casos iguales y de derechos de igual naturaleza. De allí que es improcedente pensar que deben señalarse plazos judiciales, cuando la ley de procedimiento ordena otra cosa: o que debe proceder previamente el requerimiento. La solicitud del reembolso y la notificación del auto que lo ordena, son suficientes para que la parte obligada cumpla su obligación inmediatamente como lo exige la ley procesal de manera inequívoca, bajo la sanción terminante de que la parte renuente no sea oída en solicitud alguna o recurso que interponga mientras no cumpla su obligación.

La parte final del artículo 571 del C. J. es prohibitiva, en forma que al juez le está vedado oír a la parte que no haya hecho el reembolso a que la disposición se refiere. Eso fue lo que expresó el Tribunal en su auto de 9 de julio y luego en el de 31 del mismo mes, para resolver algo en relación con el recurso de casación.

Al Tribunal le está prohibido oír a la parte renuente en cumplir la obligación impuesta por el artículo 571. Si en auto de 9 de julio le ordenó a la demandante hacer a la demandada el reembolso a que ésta tiene derecho; si no lo ha hecho, habiéndole prevenido de que no se la oiría mientras no lo hiciera; si así lo solicitó la demandada, acogiéndose al derecho que tiene de pedir que no se la oiga, etc., ¿cómo puede sorprenderse la parte demandante de que no se le haya concedido el recurso de casación en tales condiciones?

Si el Tribunal lo hubiera concedido el recurso en ese estado del juicio, y llegado el expediente a la Corte, se hubiera opuesto a su admisión la parte demandada, su oposición habría prosperado, porque tanto a esta entidad como al Tribunal lo obliga el ordenamiento del artículo 571 del C. J. en relación con el 570 y 562 del mismo Código.

La Corte ha tenido varias ocasiones de tomar resolución en el caso concreto del artículo 571 del

Código Judicial y su doctrina más clara y terminante, que ahora ratifica por iguales razones ya expuestas, está concebida en los siguientes términos: "Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces ese deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, al que es obligado, por duro que ello parezca". De manera que el Tribunal Superior de Ibagué, al no conceder el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y renuente a cumplir la obligación que le impone el artículo 571 del C. J. sólo atendió lo dispuesto en ese mandato legal y la Corte no puede resolver lo contrario sin violar dicha norma.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No es el caso de concederse el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en el juicio ordinario sobre filiación natural, seguido por Blanca Dilia Lozano contra la sucesión de Alfonso Rodríguez, como se ha solicitado en el recurso de hecho que se decide en esta providencia que se transcribirá en copia auténtica al Tribunal de Ibagué para su conocimiento y para que se agregue a los autos, como lo ordena el artículo 514 del Código Judicial, inciso segundo.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús M. Arias — Guillermo Gaviria Durán. — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Ernesto Melendro L., Secretario.

EL EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO BILATERAL IMPLICA QUE EL DEMANDANTE HAYA CUMPLIDO O SE ALLANE A CUMPLIR LO PACTADO. — LA VIOLACION DIRECTA DE LA LEY EXCLUYE TODA CUESTION PROBATORIA.— PRUEBA DE LA POSESION

1. — La violación directa de la ley surge cuando la norma se quebrante expresamente y sin consideración de los elementos probatorios que hayan servido al sentenciador para formar su juicio; si así no fuera, el error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas induciría a una violación indirecta de la ley, y no habría entonces violación directa sino indirecta a causa de la apreciación errónea de la prueba bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho.

2. La posesión material, como hecho que es, sólo se demuestra con hechos y no afirmando, confesando o negando esa determinada situación jurídica.

3.—Para que la acción legal potestativa resolutoria o de ejecución de los contratos consagrada por el artículo 1546 del C. C. para los convenios de naturaleza bilateral y extensiva a la compraventa por mandato de los artículos 1882, 1888 y 1939 ibidem, tenga viabilidad y operancia, debe el postulante cumplir anteladamente determinadas exigencias legales, porque su inobservancia enerva su ejercicio si así lo solicita el demandado, entre otros modos, mediante la oponibilidad de la defensa "exceptio non adimpleti contractus" reconocida expresamente por el 1609 del C. C.

El desarrollo doctrinal de estos preceptos consiste en que si el vendedor no cumple una de sus obligaciones, por ejemplo, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida —artículo 1880 del C. C.— pone en capacidad legal al comprador para insistir en el contrato o desistir de él a términos del mandato del artículo 1882 ibidem. De su lado, si el comprador a cuyo cargo militan circunstancias correlativas contrarias incumple o no se allana a cumplir las suyas, capacita al vendedor para el ejercicio de las mismas acciones en su contra.

Pero estas acciones pueden aniquilarse o enervarse si el contratante que las ejerce no ha cumplido a su turno con las obligaciones del pacto o no se ha allanado a cumplirlas; de ahí el artículo 1609 del Código Civil que estatuye lo que ya viene repetido. Quiso el legislador con esta norma asegurar en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes y evitar el rompimiento de la simetría contractual derivada del principio de la reciprocidad o correlación de los mutuos compromisos de las partes. Y como lo ha dicho la Corte "atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de los móviles determinantes del acto jurídico".

En síntesis, la doctrina deducible de los fundamentos explicados, se sintetiza así:

a) El legislador considera que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por lo que, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes creó en favor de la otra el derecho de obtener la resolución del pacto. Y,

b) En todos los casos se entiende establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surjan del negocio jurídico bilateral y voluntario convenido, y en forma, que si ambos contratantes incumplen las obligaciones, uno y otro enervan el derecho a sus acciones, todo en beneficio de la igualdad jurídica contractual.

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

(Magistrado Ponente Dr. Daniel Anzola Escobar)

Por escritura pública número 256 de 5 de mayo del año de 1913 de la Notaría de Fusagasugá, José Tomás Pérez adquirió el dominio de dos lotes de terreno denominados "El Dinde" y "La Esperanza" de la comprensión municipal de aquel lugar; don Tomás Pérez y su hijo Carlos Pérez fallecieron dejando como heredero al Dr. Miguel Pérez, hijo y hermano, respectivamente, de los dos señores Pérez; más tarde —no liquidadas las respectivas sucesiones— el heredero reconocido Dr. Pérez, por instrumento público número 237 de 5 de mayo de 1931 de la misma Notaría de Fusagasugá transfirió en venta al doctor Juan Manuel Pabón el dominio de los lotes citados por el precio convenido en la cláusula 4ª del instrumento, que dice: "Que esta venta la hace por la suma de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) moneda legal que el otorgante confiesa tener recibidos a su entera satisfacción de manos del comprador así: Mil setecientos pesos ($ 1.700.00) moneda legal de contado y los restantes mil pesos en el valor de un pagaré o documento privado de deber de obligación común, que el comprador debe firmarle en esta misma fecha". El vendedor contrajo además estas obligaciones especiales: "a responder de su condición legal de heredero de su nombrado padre señor José Tomás Pérez y de su nombrado hermano Carlos Pérez, y también a ratificar en legal forma esta venta una vez que se obtenga la correspondiente adjudicación de los terrenos de que se deja hecho mérito antes y obtenga la hijuela del caso, y en caso de no hacerlo de ese modo a pagar los perjuicios consiguientes". Finalmente manifestaron los contratantes "que por el lote de 'El Dinde' pasa la antigua acequia de 'El Placer', que beneficia entre otras, la hacienda de 'El Michú' de propiedad del comprador; y que del lote de 'La Esperanza' nace otra acequia que beneficia la hacienda de 'Puerto Rico' de que es nudo propietario el mismo comprador. Que de consiguiente esos terrenos se hallan gravados con dichas servidumbres de acueducto, aun cuando no se hallen constituidas por medio de escrituras públicas".

En la finca de "El Dinde" construyó el Instituto de Crédito Territorial para el doctor Pabón una casa de habitación, la misma que ocupan las personas que usufructúan la finca y cuyo pago garantizó el doctor Pabón con garantía hipotecaria constituída sobre el mismo inmueble".

Así las cosas, el doctor Miguel María Pérez estimando que el comprador habíale incumplido parte de las obligaciones contraídas a su favor, en demanda presentada ante el Juzgado del Circuito de Fusagasugá solicitó, que con citación y audiencia del doctor Pabón, de su esposa doña Margarita E. de Pabón y del Instituto de Crédito Territorial se hicieran por sentencia estas declaraciones:

"**Primero.**- Resuelto, por falta de pago, el contrato de compraventa que se relaciona en la escritura número 237 de la Notaría de Fusagasugá de cinco de mayo de mil novecientos treinta y uno y mediante el cual yo dí en venta, por un precio pactado de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) al demandado doctor Juan Manuel Pabón, los lotes de terreno denominados 'El Dinde' y 'La Esperanza', en el punto de La Isla, dependientes o pertenecientes a la comunidad territorial de La Isla, junto con los derechos correspondientes en tal comunidad, la cual, como los lotes dichos, está situada dentro de este Municipio de Fusagasugá y alindados tales lotes así: El Dinde colinda 'por la cabecera el camino público que de Fusagasugá conduce a Arbeláez (hoy el carretero); por el pie el río Cuja: por un costado el terreno que ocupó en la comunidad Salvador Caravito, después Nemesio Guerrero, y luego José Tomás Pérez o sea el lote La Esperanza y terreno de la misma comunidad; y por el otro costado con terrenos que ocupaban Belisario y Heliodora Carranza, luego Gregorio Díaz". El lote 'La Esperanza' colinda: 'Por el pie con terrenos de la misma comunidad que ocuparon los herederos de Gregorio Díaz Pérez: por el costado derecho de para arriba con terrenos de la misma comunidad: por cabecera con terrenos que ocupó Nemesio Guerrero y que constituyen el lote El Dinde alinderado antes, por el otro costado con el río Cuja". Los linderos generales de toda la comunidad de La Isla son los siguientes: 'Por un costado el río Cuja: por otro costado terrenos de El Espinalito; por otro costado con tierras de los Betancourt: por el otro costado con terrenos de Luis Peñalosa y por el otro con predio o terreno denominado Chicuáez'.

"**Segundo.**—Que como consecuencia de la resolución del contrato aludido se condene al demandado Juan Manuel Pabón a pagar los frutos de la cosa vendida, en la proporción legal correspondiente, y a la pérdida de toda mejora por reputársele poseedor de mala fe.

"Tercero.—Que se condene al demandado Juan Manuel Pabón a restituir al demandante los terrenos vendidos, libres de todo gravamen que sobre ellos hubiere constituído.

"Cuarto.—Que en razón de la resolución pedida se declare sin valor ni efecto el gravamen hipotecario que con relación al predio El Dinde constituyeran los demandados Juan Manuel Pabón y la señora Margarita E. de Pabón a favor del Instituto de Crédito Territorial según documento de veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, registrado en la Oficina de Registro de Fusagasugá el veintiocho de mayo del citado año de mil novecientos cuarenta y nueve.

"Quinto.—Que se decrete la cancelación de la escritura número 237 de la Notaría de Fusagasugá de cinco de mayo de mil novecientos treinta y uno y sus registros".

En subsidio pidió el doctor Pérez:

"A) Que se condene al demandado doctor Juan Manuel Pabón a pagarme, una vez se ejecutorie el fallo que ponga fin a este juicio, la suma de dinero que represente el saldo del precio del lote de terreno denominado El Dinde —ya determinado—, precio que se fijará partiendo de la base del precio total fijado a los predios El Dinde y La Esperanza según el contrato, y abonando al que se fije separadamente a El Dinde la suma de mil pesos que fue lo único que pagara el comprador.

"B) Que se condene al demandado doctor Juan Manuel Pabón a pagarme los intereses del saldo del precio del lote El Dinde a la rata de uno por ciento mensual desde el día cinco de mayo de mil novecientos treinta y dos hasta cuando verifique el pago.

"C) Que se condene al demandado doctor Juan Manuel Pabón a otorgarme, por valor en devolución, el título de propiedad del predio denominado 'La Esperanza' situado y determinado como se ha dicho en la petición principal de esta demanda, junto con los correspondientes derechos en la comunidad de La Isla ya determinada.

"Que se condene al pago de las costas de este juicio".

Como hechos sustentantes de la acción se transcriben los que dicen relación con el recurso de casación al estudio de la Corte.

"3.—Aunque en la escritura aludida se declara que el comprador doctor Juan Manuel Pabón pagaba de contado mil setecientos pesos ($ 1.700) moneda corriente, solamente pagó de contado la suma de mil pesos, es decir, que de la partida que se daba por pagada, debe el comprador, por este aspecto, la suma de setecientos pesos.

"4.—La misma escritura contentiva del contrato de compraventa relacionada, dice en su cláusula cuarta que el comprador quedaba a deber del precio dicho de dos mil setecientos pesos, la suma de mil pesos que se hacían constar en documento privado.

"8.—En razón del registro de tal escritura quedó verificada la tradición del derecho de dominio que yo le enajenara al comprador doctor Juan Manuel Pabón.

"9.—Yo puse a la orden del comprador doctor Juan Manuel Pabón, indicándole por sus respectivos linderos, los predios que le vendiera y el doctor Pabón entró en posesión de ellos, dándose por recibido a su satisfacción.

"10.—Desde la fecha del contrato el doctor Juan Manuel Pabón ha usufructuado los terrenos vendidos, o al menos El Dinde, y con base en tal posesión y en el título que le otorgué lo dio en garantía al Instituto de Crédito Territorial por alguna edificación que se le hacía.

"13.—El comprador doctor Juan Manuel Pabón al recibir materialmente los predios que le vendía yo, llamados El Dinde y La Esperanza, aceptó recibir La Esperanza del mayordomo que había tenido mi antecesor y que tenía yo, señor Dimas Díaz.

"14.—El comprador doctor Juan Manuel Pabón, dejó el predio La Esperanza al cuidado del mismo señor Dimas Díaz e ignoro qué situación de hecho o de derecho se suscitaría entre el citado doctor Pabón y el dicho señor Díaz con relación al predio mencionado.

"15.—Repetidas veces he requerido al doctor Juan Manuel Pabón para que pagara los mil setecientos pesos que me quedó a deber por concepto del aludido contrato de compraventa o que resolviéramos el contrato y siempre ha guardado silencio y ni siquiera me ha exigido le remediara yo la situación que se le había suscitado con Dimas Díaz con relación al predio La Esperanza.

"16.—El demandado doctor Juan Manuel Pabón ha obrado dolosamente en la ejecución del contrato de compraventa ya aludido, pues debiendo pagar el día de la solemnización del mencionado contrato, es decir, al otorgarse la respectiva escritura la suma de mil setecientos pesos ($ 1.700),

después de haber hecho extender así la escritura, resultó pagando o dando por tal concepto solamente mil pesos, y luego no obstante sus pactos o tratos con Dimas Díaz y que desconozco, dice no haberlos pagado porque los retenía hasta la entrega de La Esperanza, siendo así que, como se ha dicho, debía pagarlos, al solemnizar el contrato".

El doctor Pabón contestó la demanda oponiéndose a que el Juzgado hiciera las declaraciones solicitadas; aceptó parte de los hechos y negó expresamente haber recibido materialmente el inmueble "La Esperanza" dando sobre el particular esta explicación: "En la escritura no se puso la cláusula de tener recibidos yo dichos lotes, precisamente por no haberlos recibido. Firmada la escritura recomendé al distinguido jurisconsulto doctor Sinforoso Barrios (hoy fallecido) para qué fuera al terreno y me diera un informe. El doctor Barrios cumplió su cometido y me informó que el lote de El Dinde estaba desocupado, pero el de La Esperanza lo ocupaba el señor Dimas Díaz, quien dijo ser dueño de ese lote por cierto negocio efectuado con el señor Tomás Pérez padre del demandante. Y como de los mil setecientos pesos ($ 1.700.00) que el demandante confiesa haber recibido, según la escritura, yo resolví retener setecientos pesos, que por acaso, no habían sido dados, mientras se me hacía entrega del lote de La Esperanza, entrega ésta que hasta la fecha no se ha efectuado".

La señora de Pabón reafirmó las declaraciones y puntos de vista de su esposo; y el Instituto de Crédito Territorial por conducto de su representante legal, se opuso a las peticiones de la demanda "en cuanto éstas tiendan a desconocer o cancelar la hipoteca constituída, a favor del Instituto demandado, por los señores Juan Manuel Pabón y Margarita Escobar de Pabón, según documento de 21 de mayo de 1949, de conformidad con los artículos 1494 y siguientes, 1602 y siguientes, 1625 y siguientes, y 2432 y siguientes del Código Civil, los Decretos 818 de 1940 y 1360 de 1942, y las leyes 29 de 1945 y 95 de 1946".

En escrito separado el doctor Pabón propuso demanda de mutua petición en orden a obtener que en la misma sentencia se condenara al demandante a:

"Primero.—A entregar al suscrito Juan Manuel Pabón, o a quien represente sus derechos, el lote de La Esperanza, ubicado en jurisdicción de Fusagasugá, y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el pie, con terreno de la comunidad de La Isla que ocupan los herederos del señor Gregorio Díaz Pérez; por el costado derecho de para arriba, con terreno de la misma Comunidad; por la cabecera con terreno de la comunidad que ocupaba el señor Nemesio Guerrero, que forma el lote de terreno El Dinde, y por el otro costado el río Cuja. Los linderos generales de la Comunidad de La Isla, ubicada en jurisdicción de Fusagasugá, son los siguientes: Por un costado el río Cuja; por el costado de abajo el terreno denominado El Espinalito; por el otro, con terreno de los Betancourt; por otro con tierras de Luis Peñalosa; y por otro con terreno llamado Chicuáez.

"Segundo.—A que el contrademandado doctor Miguel María Pérez pague al suscrito Juan Manuel Pabón los perjuicios por no haberle entregado hasta ahora el lote de La Esperanza que sirve de objeto a esta demanda de reconvención".

El contrademandado se opuso alegando varias de las razones indicadas en su demanda.

Trabada así la litis y finalizados los trámites de la primera instancia el señor Juez del conocimiento le puso fin con su sentencia de fecha 12 de agosto de 1953 negatoria de las peticiones formuladas en las dos demandas.

Notificada la sentencia, Pérez, Pabón y su esposa apelaron del fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que mediante proveído de 21 de septiembre de 1955 resolvió el recurso, así:

"Primero.—Declárase probada la excepción de contrato no cumplido, tanto en lo que toca con la demanda principal como con la de reconvención.

"Segundo.—No es el caso, por consiguiente, de hacer las declaraciones pedidas por el demandante doctor Miguel María Pérez, ni por el reconvencionista doctor Juan Manuel Pabón.

"Tercero.—Costas del recurso a cargo de ambas partes".

El demandante Pérez interpuso el recurso de casación que declarado admisible por la Corte, es la oportunidad de resolverlo agotados como se encuentran los trámites procesales pertinentes.

La sentencia recurrida

Son de la motivación del fallo del Tribunal en

lo atañedero a la demanda propuesta por el doctor Pérez que es el recurrente, estos conceptos:

"Por el contrato de compraventa estipulado en la escritura 237 de cinco de mayo de mil novecientos treinta y uno, el vendedor, doctor Pérez, contrajo la obligación de entregarle al doctor Pabón los dos inmuebles, objeto de la venta, El Dinde y La Esperanza, inmediatamente después de perfeccionado el contrato, ya que no estipuló plazo para ello, como lo dispone el artículo 1882 del Código Civil, y la de ratificar la venta una vez expedida la hijuela de adjudicación de los dos inmuebles en el juicio de sucesión de su padre, el señor José Tomás Pérez, y de su hermano, Carlos Pérez, al tenor de la cláusula cuarta de la escritura.

"El comprador doctor Pabón, según la misma cláusula, se obligó a pagarle la suma de mil pesos, saldo del precio, al doctor Pérez "en el valor de un pagaré o documento privado de deber de obligación común" que debía firmarle en la misma fecha de la escritura.

"De las posiciones absueltas antes de iniciarse el juicio, de las que se le pidieron dentro de él, y de la contestación de la demanda por parte del doctor Pabón, resulta que, como de los mil setecientos pesos ($ 1.700.00) que el vendedor confiesa en la escritura haber recibido del comprador el día de su otorgamiento, solamente recibió mil pesos ($ 1.000.00), el doctor Pabón le debe la suma de setecientos pesos ($ 700,00), fuera de los mil a que se refiere el documento".

A continuación estudia y comenta la sala sentenciadora del Tribunal los elementos probatorios actuantes en el juicio para concluir que el resultado del examen crítico evidencia que el doctor Pérez no entregó al comprador materialmente el inmueble de "La Esperanza" hecho que, agrega, "a éste correspondía probar dada su condición de parte interesada en acreditar esa determinada situación jurídica". Son palabras del fallo: "era el actor quien debía demostrar la entrega de los dos terrenos al comprador doctor Pabón, o la posesión actual por parte del mismo"... "el doctor Pérez no demostró que le hubiera entregado al doctor Pabón los dos predios vendidos sino solamente el llamado El Dinde. Luego no ha cumplido esta obligación propia del contrato de venta".

Y refiriéndose el Tribunal a la obligación contraída por el doctor Pérez —ratificar el contrato de venta cuestionado tan pronto como la sentencia aprobatoria de la partición en las sucesiones de su padre y de su hermano quedaran ejecutoriadas—, se lee en el fallo: "como las partes estipularon la ratificación de esa venta después de obtenida la cartilla de adjudicación, el doctor Pérez está obligado a extender la correspondiente escritura de ratificación. No se acreditó este hecho, por consiguiente, el demandante tampoco ha realizado esta prestación. Luego no ha cumplido con todas las obligaciones que contrajo por virtud del contrato cuya resolución demanda. Tampoco hay prueba de que desde el perfeccionamiento de él se hubiera allanado a hacer la entrega del predio La Esperanza, ni de que desde la terminación del juicio de sucesión, cuando le fueron adjudicados los dos inmuebles, haya hecho gestión alguna para efectuar la ratificación pactada.

"Es cierto que el doctor Pabón no le ha pagado los mil setecientos pesos que le debe del precio total de la venta, pero este incumplimiento del comprador en manera alguna habilita al vendedor demandante para pedir la resolución suplicada. Es requisito indispensable de esta acción que el actor haya cumplido la totalidad de sus obligaciones o que, al menos, se haya allanado al cumplimiento de ellas: y ninguno de estos dos supuestos se halla comprobado".

Finaliza la motivación con estos otros considerandos:

"De todo lo expuesto se infiere que, no habiendo cumplido el doctor Pérez sus obligaciones, aunque el doctor Pabón tampoco haya cumplido las suyas, la súplica de resolución del contrato de venta estipulado en la escritura 237 de 5 de mayo de 1931, no puede prosperar".

Respalda el Tribunal sus puntos de vista con estas doctrinas de la Corte, Sala de Casación Civil:

"La resolución de los contratos bilaterales, por falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones... mientras el demandante no cumpla o no se allane a cumplir las que le incumben no puede ejercitar eficazmente el derecho que consagra el artículo 1546 del Código Civil. (Casación de 3 de julio de 1933. Orozco Ochoa. Tomo VII, pág. 290).

"Que las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, conforme a las cuales la

acción resolutoria sólo puede prosperar cuando el deudor está constituído en mora, han de entenderse y aplicarse en armonía con la disposición del artículo 1609 del mismo Código, de acuerdo con la cual no existe mora en el demandado cuando el contratante que demanda la resolución no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir el contrato". (Casación de 17 de septiembre de 1954. G. J. número 2146, pág. 628).

El recurso

Con fundamento en la causal 1ª de las señaladas en el artículo 520 del C. J. se acusa la sentencia por estos motivos:

a) "Por infracción o violación directa del artículo 1757 del Código Civil, y de la cual violación directa surgió la indebida aplicación de los artículos 1882 y 1609 del mismo Código.

b) "Por error de hecho manifiesto en los autos: a) en la apreciación de pruebas sobre la no entrega material del lote o predio 'La Esperanza' y con base en esta apreciación de aplicación fraccionaria al artículo 1882 y 1609 del C. C. y negó la aplicación de los artículos 1546 y 1930 del C. C.".

c) "Por infracción o violación directa del artículo 1929 del C. C., por interpretación errónea del artículo 1882 ibidem, por aplicación indebida del artículo 1609 ibidem y por no aplicación al caso sub judice de los artículos 1546 y 1930 del mismo Código Civil".

Estudio de los cargos

Al primer cargo "violación directa del artículo 1757 del Código Civil de la que surgió la indebida aplicación de los artículos 1882 y 1609 del mismo Código", se explica:

La violación directa de la ley surge cuando la norma se quebrante expresamente y sin consideración de los elementos probatorios que hayan servido al sentenciador para formar su juicio: si así no fuera, el error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas induciría a una violación indirecta de la ley, y no habría entonces violación directa sino indirecta a causa de la apreciación errónea de la prueba bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho. La disposición sustantiva que se dice quebrantó el Tribunal con ocasión de su fallo —artículo 1757 del Código Civil— estatuye "que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas". Y cree el recurrente que el sentenciador violó esta norma porque a lo largo de la motivación del fallo se sostiene que el doctor Pérez "debió haber demostrado en el proceso que por su parte había cumplido con las obligaciones deducibles del contrato de compraventa y las demás convenidas y de que da cuenta el instrumento público en cuestión".

Es más: La norma que se dice violada no fue tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, sencillamente, porque en la controversia no se discute sobre la existencia de las obligaciones que Pérez y Pabón convinieron con ocasión del contrato de compraventa, al contrario, uno y otro aceptaron, y en forma expresa, que los compromisos que mutuamente se impusieron constan en la escritura pública aducida, instrumento que, a más de su existencia en sí mismo, acredita el contrato y la concurrencia acorde de las voluntades que vinieron a configurar la naturaleza contractual del acto jurídico cuyo incumplimiento recíproco se imputan las partes litigantes.

Siendo así, es obvio considerar que el Tribunal no pudo incurrir, no incurrió en quebranto directo de la norma citada, menos, que por ese medio hubiera podido llegar a indebida aplicación de los artículos 1882 y 1609 del Código Civil.

Finalmente, en apoyo del cargo afirma el recurrente "que el artículo 1757 del Código Civil, base de nuestro sistema probatorio tiene establecido el principio de que quien alega la existencia de una obligación debe probarla, y quien alega su extinción debe también acreditarla". Como el Tribunal en ninguna parte de su fallo afirmó que el recurrente no había demostrado las obligaciones a cargo del doctor Pabón, por este otro aspecto carece de fundamento el cargo y debe en consecuencia rechazarse.

Segundo cargo

"Error de hecho manifiesto en la apreciación de pruebas sobre entrega material del lote La Esperanza, que llevaron al sentenciador a dar aplicación fraccionaria a los artículos 1882 y 1609 del Código Civil".

El recurrente sustenta el cargo afirmando "que conforme al artículo 1757 del C. C. era el demandado Pabón quien ha debido acreditar la no entrega por parte del vendedor Pérez del predio La Esperanza, si de los autos no aparece esa prueba

sobre no entrega, se incurrió en error de hecho manifiesto...".

"El demandado Pabón aceptando como cierto el contrato de compraventa y que está debiendo $ 700 y $ 1.000 del precio pactado así como también que está en posesión del predio El Dinde, alegó no poseer por no habérsele entregado el predio La Esperanza...".

"Toda su prueba se concretó a una inspección ocular en la que expresamente dice el Juzgado diligenciador que "al hacer el recorrido del lote La Esperanza (contiguo a El Dinde) halló que las viviendas construidas en tal lote se hallaban sin ningún habitante en el momento de efectuarse el recorrido; repetidamente llamó a las personas que las habitaran y nadie contestó, habiéndose observado que todas puertas (sic) de las casas estaban cerradas y los habitantes que allí vivían estaban ausentes.

"Como la inspección ocular no acredita la no entrega por parte del vendedor Pérez, y el fallo da por acreditado —se ignora con qué elementos— esa no entrega, es manifiesto el error de hecho, y de ese error el Tribunal sentenciador incurre en violación del artículo 1609 del C. C. para atribuirle mora al demandante Pérez, y viola los artículos 1546 y 1930 del C. C. para negarle al mismo Pérez, como vendedor, la acción resolutoria por no habérsele pagado íntegramente el precio de la compraventa que celebrara con Juan Manuel Pabón".

Vuelve a repetirse que dispone el artículo 1757 del Código Civil que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas y que en el pleito no se discute sobre la existencia o no existencia de las obligaciones convenidas; demostradas están con la presentación que se hizo de la escritura pública en donde se hicieron constar. Lo que se controvierte es, precisamente, si el vendedor cumplió o no con las obligaciones convenidas —entregar materialmente el inmueble La Esperanza y ratificar en su oportunidad la venta que efectuó cuando aún no estaba revestido de titularidad suficiente para disponer del dominio del cuerpo cierto que manifestó venderle al doctor Pabón.

En sustento del cargo y en orden a su finalidad señala el recurrente como pruebas apreciadas con error de hecho manifiesto— la diligencia de **inspección ocular** que practicó el Juzgado en el lugar de ubicación de los inmuebles con el fin de establecer lo relacionado con la posesión que estuviera ejerciéndose sobre el predio "La Esperanza". Pero no explica el recurrente en qué consiste **el error de hecho evidente** en que dice se incurrió por el sentenciador al apreciar la resultante de la inspección ocular ni indica qué normas legales pudo haber violado con ocasión del proceso de apreciación y crítica de la mentada prueba.

Pero dejando de lado las deficiencias anotadas que le restan y niegan virtualidad al cargo, observa la Sala, que las apreciaciones del Tribunal en relación con el elemento probatorio a que hace referencia el cargo responden a la más estricta realidad, toda vez que el personal de aquella diligencia —consta en el acta— no encontró a ninguna persona dentro del predio ni logró obtener razón justificativa de factores de los que pudiera deducirse o al menos intuirse sobre la persona que ejercía la posesión sobre el predio La Esperanza. Apenas habrá para qué recordar, que la posesión material como hecho que es, sólo se demuestra con hechos y no afirmando, confesando o negando esa determinada situación jurídica. Huérfano está el expediente de signo alguno demostrativo del hecho de la posesión como ejercida por parte del doctor Pabón. Y eso fue lo que declaró el Tribunal luego de examinar la prueba criticada.

Cree el recurrente, finalmente, que el solo hecho de que por el predio La Esperanza cruce la acequia que da paso a las aguas que van a predios de propiedad del doctor Pabón es prueba evidente de que la posesión material del citado inmueble la está ejerciendo este señor. Cierto que la acequia cruza este terreno, pero olvida el doctor Pérez que tal circunstancia acaecía antes del contrato de venta cuestionado y que en la escritura en donde se hizo constar la convención explicaron los contratantes —las partes en este juicio— que el predio "La Esperanza" sufría de hecho y en favor de Pabón esta servidumbre. La simple lectura de la cláusula que viene trascrita en la parte primera de este fallo, evidencia la ninguna razón del argumento.

Las breves consideraciones anteriores, que no dejan de ser bastantes, hacen ver cómo resulta de infundado este cargo que debe rechazarse.

Tercer cargo

El tercer cargo lo subdivide el recurrente en

los apartes o capítulos que a continuación se estudian.

a) **Violación directa del artículo 1828 del Código Civil.**—Sustenta el recurrente el cargo afirmando que el precio del contrato fue el de $ 2.700 moneda corriente que correspondía pagar el comprador, $ 1.700.00 al contado, y los $ 1.000.00 restantes en un documento privado a cargo del mismo comprador; que como el citado señor no pagó sino $ 1.000.00 de contado debiendo haber pagado los $ 1.700.00 convenidos "Pabón quedó constituído en mora de pagar $ 700.00 como parte del precio, en el mismo momento en que se solemnizó el contrato de compraventa, pues así se había estipulado entre vendedor y comprador, y desde ese momento le surgió al vendedor Pérez el derecho consagrado en el artículo 1930 del C. C. de pedir, a su elección la resolución del contrato, pues tan pronto quedó firmada la escritura contentiva del contrato de compraventa quedó constituído en mora el comprador Pabón (numeral 1º, artículo 1608 del C. C.), con la resultante de que desde ese momneto del incumplimiento por el comprador Pabón, surgió la acción resolutoria y que ha desconocido el Tribunal".

La norma que se dice quebrantada directamente por el Tribunal dispone, que la principal obligación del comprador es pagar el precio convenido sin perjuicio del derecho de retención del precio en el caso previsto por la misma disposición. El Tribunal no desconoció este principio: al contrario, con fundamento en el hecho de que el doctor Pabón "no ha pagado hasta el momento el precio ni se ha allanado a cumplir esta su obligación", negó las peticiones de la contrademanda presentada por éste, y fue por lo que, en repetidos pasajes del fallo declaró que dicho señor estaba en mora de cumplir, cuanto hace al pago del precio, la obligación contenida en la escritura de compraventa.

El Tribunal negó la resolución del contrato pedida por el demandante Pérez porque, son sus palabras, "la acción resolutoria requiere como segundo presupuesto de ella, que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo nacidas del contrato cuya resolución demanda, o que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos; de no ser así, el demandado no puede considerarse en mora, pues bien sabido es el principio de que la mora purga la mora". Y en desarrollo del concepto explicó también cómo se halla demostrado que el doctor Pérez hasta la fecha de la litis no había entregado al vendedor el lote —La Esperanza— que dijo transferirle en venta, y cómo había incumplido la obligación de ratificar la venta tan pronto como se hiciera titular del dominio cierto de los dos inmuebles referidos. Entonces, si el sentenciador no desconoció sino que reafirmó el principio de que la principal obligación del comprador es la de pagar el precio del contrato, no pudo incurrir y no incurrió en la supuesta violación directa del artículo 1929 del Código Civil.

---

b) **Interpretación errónea del artículo 1932 del C. C.**—La norma dispone "que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en época prefijada en él. Si el vendedor, 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. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

No explica, no da a conocer el recurrente las razones que pudieron darle juicio a su apreciación, a no ser para decir que como el doctor Pabón no pagó la totalidad del precio al momento del contrato, surgió para él —para Pérez— el derecho consagrado en el artículo 1930 del Código Civil —reclamar el precio o pedir la resolución del contrato—, derechos éstos que afirma, le niega la sentencia "por haberse interpretado erróneamente la citada norma".

Precisamente el sentenciador con fundamento en las pruebas del proceso explicó cómo el doctor Pérez no había cumplido con la obligación de entregar al comprador uno de los predios vendidos. Siendo ésta la realidad actuante o que surge del proceso, no pudo incurrir el Tribunal en la interpretación errada y que sin ninguna demostración se le imputa en este capítulo del cargo, que debe rechazarse igualmente.

---

c) **No aplicación al caso del pleito de los mandatos de los artículos 1609, 1546 y 1930 del Código**

Civil.—El cargo se fundamenta en las mismas razones antes aducidas, que no habiendo cumplido el doctor Pabón con la obligación de pagar en su totalidad el precio del contrato quedábale al recurrente expedita la vía resolutoria; y que, por haberla negado o desconocido el Tribunal incurrió en olvido de las ameritadas disposiciones legales.

No resulta cierto el cargo, porque, precisamente, en las normas citadas tomó fundamento el sentenciador para negar las acciones propuestas tanto en la demanda principal como la de reconvención. Estimó el Tribunal, que como ambas partes habían incumplido las obligaciones del contrato, una y otra carecían de las acciones que intentaron, resolución del contrato y consecuencial entrega de las fincas.

Es más, para que la acción legal potestativa resolutoria o de ejecución de los contratos consagrada por el artículo 1546 del Código Civil para los convenios de naturaleza bilateral y extensiva a la compraventa por mandato de los artículos 1882, 1888 y 1930 ibidem, tenga viabilidad u operancia, debe el postulante cumplir anteladamente determinadas exigencias legales, porque su inobservancia enerva su ejercicio si así lo solicita el demandado, entre otros modos, mediante la oponibilidad de la defensa "exceptio non adimpleti contractus" reconocida expresamente por el artículo 1609 del Código Civil.

El desarrollo doctrinal de estos preceptos consiste en que si el vendedor no cumple una de sus obligaciones, por ejemplo, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida —artículo 1880 del Código Civil— pone en capacidad legal al comprador para insistir en el contrato o desistir de él a términos del mandato del artículo 1882 ibidem. De su lado, si el comprador a cuyo cargo militan circunstancias correlativas contrarias incumple o no se allana a cumplir las suyas, capacita al vendedor para el ejercicio de las mismas acciones en su contra.

Pero estas acciones pueden aniquilarse o enervarse si el contratante que las ejerce no ha cumplido a su turno con las obligaciones del pacto o no se ha allanado a cumplirlas: de ahí el artículo 1609 del Código Civil que estatuye lo que ya viene repetido. Quiso el Legislador con esta norma asegurar en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes y evitar el rompimiento de la simetría contractual derivada del principio de la reciprocidad o correlación de los mutuos compromisos de las partes. Y como lo ha dicho la Corte "atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de los móviles determinantes del acto jurídico".

En síntesis, no decretó el Tribunal ninguna de las peticiones de las dos demandas, principal y de reconvención, porque como lo da a conocer en su fallo, aplicó con propiedad jurídica la doctrina deducible de los fundamentos explicados antes y que se sintetizan:

a) El Legislador considera que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por lo que, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes creó en favor de la otra el derecho de obtener la resolución del pacto. Y

b) En todos los casos se entiende establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surjan del negocio jurídico bilateral y voluntario convenido, y en forma, que si ambos contratantes incumplen las obligaciones, uno y otro enervan el derecho a sus acciones, todo en beneficio de la igualdad jurídica contractual.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar, Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán, Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas, Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — EL DINERO QUE ADQUIERA CUALQUIERA DE LOS CONYUGES INGRESA AL HABER CONYUGAL, CON DERECHO A RESTITUCION. — INADMISIBILIDAD DE LA CONFESION EN EL CASO DEL ART. 1795 DEL C. C.

1.—El ordinal 3º del artículo 1781 del C. C. lleva al haber de la sociedad conyugal el dinero que cualquiera de los cónyuges adquiera, con derecho a restitución o reembolso. De manera que, aunque se probara legalmente, que uno de los cónyuges heredó el dinero con que compró un inmueble, tal dinero será de la sociedad conyugal y lo que con él se adquiera, también lo será, con derecho a la restitución de él.

2.—La razón fundamental para que el legislador rechace la prueba de confesión, la declaración o la constancia de uno de los cónyuges, o de ambos, A FAVOR DE los herederos, sobre que determinada cosa es suya y no de la sociedad conyugal, inadmisibilidad a que se refiere el inciso 2º del artículo 1795 del C. C., estriba en la defensa de los intereses de terceros, que pueden ser acreedores de la sociedad conyugal, y con exclusiones de los bienes en esta forma, se perjudicarían irreparablemente, ya que al entrarse las obligaciones sociales, se conoce como patrimonio que los respalda, el que legalmente pertenece a la sociedad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias)

Procede la Corte a decidir sobre la casación propuesta y alegada en el juicio de la anterior referencia, así:

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes

1º—El 24 de julio de 1911, Manuel A. Giraldo y Amalia Murillo contrajeron entre sí matrimonio eclesiástico en Armenia (C.).

2º—De ese matrimonio procedieron los siguientes hijos nacidos en Armenia: Jesús María, el 8 de abril de 1915, Víctor Manuel el 14 de diciembre de 1916, y José Arturo, el 18 de febrero de 1920 (fl. 3 y vto. C. número 1).

3º—Durante la existencia de la sociedad conyugal que se formó con dicho matrimonio, la cónyuge Amalia Murillo de Giraldo, adquirió, por compra al señor Belarmino Buitrago J. en pleno dominio, posesión y tenencia, el inmueble rural a que se refiere la escritura número 629 de 14 de junio de 1944 de la Notaría Primera de Sevilla (V.) y debidamente registrada, especificado dentro de los siguientes linderos:

"Del desemboque de una quebrada en el río San Marcos, lindero con Juan Pineda, ésta arriba, lindero con Domingo Quiceno, hasta encontrar un alambrado, lindero con la sucesión de Misael Ocampo, de travesía hasta encontrar un surco de café, lindero con la misma sucesión, se sigue por el surco de café hasta un mojón que está en la cuchilla, de aquí, línea recta, por una serie de mojones de piedra, hasta otro mojón, lindero con Benjamín Salgado, de allí, en línea recta, a otro mojón que está a la raíz de un churimo al borde del río y éste abajo al primer lindero citado".

4º—Manuel A. Giraldo murió en Sevilla (V.) en 31 de julio de 1949, según acta notarial que obra en copia al fl. 2 del C. número 1), quedando supérstites su cónyuge Amalia Murillo, y sus tres hijos atrás citados, como herederos conocidos.

5º—Dicha cónyuge, Amalia Murillo v. de Giraldo, compradora del inmueble descrito en el numeral 3º, considerándose dueña de él lo permutó con la señora María Leonor Arango de Giraldo, recibiéndole en cambio, una casa urbana en Sevilla y transfiriéndole aquella propiedad, en los términos de la escritura número 215 de 3 de abril de 1950, otorgada en la misma Notaría Primera de Sevilla (V.) y debidamente registrada (fl. 4, C. número 2).

6º—La citada permutante, señora María Leo-

nor Arango de Giraldo, a su vez permutó la finca aludida, dándola al señor Narciso Velásquez Llano, por varios inmuebles ubicados en el perímetro urbano de Sevilla (V.), en los términos explicativos de la escritura número 206 de 24 de abril de 1951, pasada en la misma Notaría de Sevilla y debidamente registrada (fls. 11 y 55, C. número 1).

7º—Narciso Velásquez, finalmente, transfirió a título de venta, la misma finca, al señor Antonio José Jaramillo, por once mil pesos ($ 11.000.00), según la escritura número 57 de 16 de enero de 1952, pasada en la misma Notaría y debidamente registrada (fls. 8 y 55, C número 1).

8º—Los señores Jesús María, Víctor Manuel y José Arturo Giraldo M., hijos del de cujus Manuel A. Giraldo y de la señora Amalia Murillo v. de Giraldo, compradora y vendedora del inmueble, hicieron constar en documento privado de 2 de junio de 1951, autenticado ante Notario el 9 de los mismos, lo siguiente, según protocolización hecha en la misma Notaría de Sevilla, por la escritura número 1.101 de 5 de octubre de 1952, debidamente registrada: "Los suscritos Jesús María, Víctor y Arturo Giraldo Murillo, vecinos de este Municipio, y a petición del señor Narciso Velásquez L., hacemos constar: que en la finca de nombre San José, ubicada en la región de San Marcos, municipio de Sevilla, encerrada por los siguientes linderos, según el título (transcriben los anotados en el numeral 3º). En esta finca no tenemos ningún derecho de dominio ni propiedad, ya que dicha finca la compró la señora Amalia Giraldo de Murillo con dinero que ella había heredado de sus padres y por lo mismo, ella era dueña absoluta de la mencionada finca. Esta finca ha sido vendida a la señora Leonor Arango de Giraldo y luego al señor Narciso Velásquez Ll. cuyas escrituras han sido debidamente registradas, acreditando de este modo la propiedad y dominio que de ellas tiene el último poseedor señor Narciso Velásquez Ll. Para constancia firmamos los presentes en Sevilla (V.) a los dos días del mes de junio de mil novecientos cincuenta y uno, ante testigos hábiles rogados por nosotros" (fl. 11 y vto. C. número 1).

9º— El 16 de agosto de 1953, el señor Víctor Manuel Giraldo, hijo de los cónyuges Manuel A. Giraldo y Amalia Murillo, confirió poder especial al doctor Miguel Restrepo con instrucciones de solicitar para la sociedad conyugal formada por aquéllos, la reivindicación del inmueble, de que se ha venido hablando, y consecuencialmente para la sucesión de su padre señor Giraldo en lo tocante a éste, como miembro de la sociedad conyugal mencionada.

10º—El 21 de agosto fue presentada la demanda ante el Juez del Circuito Civil de Sevilla (V.) para solicitarle que declarara a la sociedad conyugal disuelta e iliquida, formada por Manuel Antonio Giraldo —fallecido— y Amalia Murillo v. de G., dueña del inmueble relacionado en el punto 3 de estos hechos, y que como consecuencia de ello, el señor Antonio José Jaramillo debía restituir los frutos naturales y civiles percibidos después de notificársele la demanda.

11.—El demandado fue notificado del auto admisorio de la demanda y la contestó negando casi todos los hechos, así como el derecho relacionado y proponiendo como excepciones perentorias, la carencia de acción o derecho, así como de personería sustantiva en la parte demandante.

12.—Tramitado el juicio en legal forma, terminó en primera instancia con la sentencia de fecha 13 de mayo de 1954, totalmente favorable a las pretensiones de la demanda luego de un análisis completo de los hechos comprobados y del derecho discutido. Surtida la consiguiente apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, profirió su sentencia de 21 de marzo de 1955, que confirma íntegramente la del Juez, por lo cual se interpuso y concedió el recurso de casación que, admitido por la Corte, pasa a decidirse, sobre el cargo formulado en el libelo acusatorio.

CAPITULO SEGUNDO

En libelo muy sintético, por carencia de materia para más, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal y formula el cargo que estima fundamental para obtener la infirmación. Hace el brevísimo esbozo de los antecedentes en obedecimiento al artículo 531 del C. J., y luego entra en la parte fundamental, sin expresar bajo cuál de las causales de casación contempladas en el artículo 520 del C. J. sitúa su cargo pues se limita a uno solo para plantear lo único discutible en favor de su tesis central.

Bajo el epígrafe "Demanda", dice: "Acuso el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro del ordinario a que me he venido refiriendo, por considerar que viola la ley sustantiva, por error de derecho en la

apreciación de una prueba que, de haber tenido en cuenta todo su mérito legal, habría hecho improcedente la reivindicación decretada, y se hubiera absuelto a mi poderdante". Al intitular el único cargo dice "Infracción de la ley sustantiva a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de una prueba capital de la causa". Al desarrollar el cargo expresa que todo se concreta al hecho de saber si la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, la dueña del inmueble, o lo es don Antonio J. Jaramillo, porque lo fue su antecesora doña Amalia Murillo de Giraldo, de quien dice adquirió tal inmueble con dinero heredado y no perteneciente a la sociedad conyugal, según lo expresaron sus hijos, herederos de don Manuel A. Giraldo, en el documento protocolizado y autenticado ante Notario de que se habló en el numeral octavo de los antecedentes.

Afirma que hubo error de derecho en la estimación de ese documento, como prueba analizada y apreciada dentro de los términos del artículo 1761 del Código Civil, que le da, para la parte que lo suscribió, valor de escritura pública, oponible en tal caso a la que se estima como título de la sociedad conyugal, para la cual se demanda la reivindicación y que sólo por un error probatorio, se dio aplicación, con clara violación a los artículos 946 y 950, disposiciones sustantivas del Código Civil.

Lo esencial de la constancia o declaración dada por los tres hijos de don Manuel A. Giraldo, herederos suyos, dice: "En esta finca no tenemos ningún derecho de dominio, ni propiedad, ya que dicha finca la compró la señora Amalia Murillo de Giraldo con dinero que ella había heredado de sus padres, y por lo mismo ella era dueña absoluta de la mencionada finca". Uno de los tres firmantes, el señor Víctor Manuel Giraldo es quien ahora se presenta a reclamar la finca para la sociedad conyugal, y se le ha opuesto su declaración en los términos transcritos, para demostrarle que no tiene acción y que ya reconoció que la finca no era suya en todo ni en parte.

El artículo 1761 del C. C., que el recurrente considera violado, estatuye: "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone... tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos".

Quienes suscriben la constancia transcrita no obran como herederos de Manuel A. Giraldo ni renuncian los derechos de tales en la sucesión de su padre, a la cual pertenece la mitad de los bienes de la sociedad conyugal que formó con doña Amalia Murillo. Dicen que la finca era propiedad absoluta de su madre porque ésta la compró con dinero heredado de su padre. Es imposible que ellos entendieran que eso había ingresado a la sociedad conyugal al adquirirse y que era de tal sociedad disuelta e ilíquida cuando su madre hizo la permuta y que luego sólo al través del juicio de sucesión podía concretarse la propiedad, por adjudicación, en una tercera persona o en la misma cónyuge supérstite.

En la escritura número 629 de 14 de junio de 1944, otorgada en la Notaría de Sevilla, por la cual doña Amalia Murillo de Giraldo adquirió el inmueble, vigente la sociedad conyugal que tenía con su marido, no se explica que la compra con dinero heredado, ni que se subroga ese inmueble; al contrario, consta que lo adquirió por dos mil setecientos cincuenta pesos ($ 2.750.00) y que sólo pagó de contado un mil setecientos cincuenta pesos, quedando a deber el saldo del precio, que no se sabe si se pagó y cuándo.

El Tribunal se expresa así, sobre este particular: "No consta, en efecto, que entre los cónyuges Manuel Antonio Giraldo y Amalia Murillo existieran capitulaciones matrimoniales. Tampoco aparece subrogación alguna en la escritura pública en cuya virtud compró la señora Murillo el inmueble de que aquí se trata. En tales condiciones la finca pertenece a la sociedad. Si aceptamos, por otra parte, que la señora Amalia Murillo compró la finca ameritada con dinero heredado por ella de sus padres, no por ello deja de pertenecer también a la sociedad ese inmueble, puesto que el dinero que sirvió para adquirirla era ya pertenencia del haber social al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del citado artículo 1781 del C. Civil, con la sola obligación para la sociedad de restituirlo, en igual cantidad, al socio que lo aportó. Explícito es sobre este punto el juez a quo en el fallo motivo de la alzada y por eso esta sala hace suyas sus apreciaciones".

Expresa luego que la simple afirmación dada por los herederos, de que la finca es propiedad de su madre, por haberla adquirido con dinero heredado, no puede desvirtuar la reglamentación legal en estos casos, ni la propiedad inmueble se demuestra por ese medio.

Para el caso de autos es claro y terminante el ordinal 3º del artículo 1781 del C. Civil, que lleva

al haber de la sociedad conyugal el dinero que cualquiera de los cónyuges adquiera, con el derecho de restitución o reembolso, según los siguientes términos: "El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma".

El artículo 1795 refuerza lo dicho en el ordinal que acaba de transcribirse y su inciso 2º agrega: "Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento".

Y la razón fundamental para que el legislador rechace en estos casos la confesión, declaración o constancia de uno de los cónyuges, o de ambos, a *fortiori* de los herederos, estriba en la defensa de intereses de terceros, que pueden ser acreedores de la sociedad conyugal, y con exclusiones de los bienes en esta forma, se perjudicarían irreparablemente, ya que al contraerse las obligaciones sociales, se conoce como patrimonio que los respalda, el que legalmente pertenece a la sociedad.

En el caso de autos, por ejemplo, bien podría suceder que al abrirse la sucesión de don Manuel Antonio Giraldo y hacer el inventario de bienes, apareciera un pasivo que afectara el activo en que se inventariara el inmueble adquirido por la señora Amalia Murillo de Giraldo, y de aceptar la constancia de sus herederos, iría en perjuicio de terceros, de los acreedores, y es precisamente lo que ha querido evitar el legislador. Claro está que ella, al demostrarse plenamente que el inmueble lo adquirió con dinero heredado, puede, como lo prevé el ordinal tercero del artículo 1781, pedir la restitución de su dinero.

No huelga observar que en veces ha surgido la duda de si en presencia del artículo 1782 del C. C., cualquiera adquisición a título de herencia, así sea de muebles o de inmuebles, pertenece, no a la sociedad conyugal, sino al cónyuge adquirente. Dice este texto legal: "Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario...". Por los términos genéricos de este artículo, como lo son los del ordinal 3º del anterior, parece que hubiera alguna incongruencia entre las dos disposiciones legales. Pero la Corte ha desatado la duda en los siguientes términos que tienden a darle vigencia simultánea y compatible a las dos disposiciones: "Tómese el artículo 1782, sin relacionarlo con el que le precede, y ha de imponerse la conclusión de que el dinero heredado durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, aumenta el haber del heredero en vez de agregarse al de la sociedad. Pero coordínense estas dos disposiciones, colocadas dentro de un mismo capítulo, una después de otra, y será preciso concluir diciendo que el artículo 1782 del Código mira las adquisiciones de bienes raíces solamente, puesto que las de dinero y otras especies muebles, no eximidas de la comunión en las capitulaciones matrimoniales o en la lista testificada que autoriza la ley, deben entrar en el haber social..." (GACETA JUDICIAL, número 1901, página 490).

De manera que en el caso de este juicio, aunque apareciera demostrado con prueba derecho legal, que la señora Amalia Murillo de Giraldo heredó el dinero con que compró el inmueble, tal dinero sería de la sociedad y lo que con él adquiriera, también lo sería, con derecho a la restitución de él. Pero se vio que la simple manifestación de los herederos no basta como prueba de haber sido dueña del dinero, mucho menos cuando en el título de adjudicación no se mencionó esa circunstancia, caso en el cual opera simplemente el ordinal 5º del artículo 1781.

Esto fue lo que el Tribunal de Buga apreció en relación con el artículo 1761 y en armonía con el 1781 que se dejaron analizados, por lo cual no es posible concluir que incurrió en error de derecho al apreciar la prueba, en la forma expresada por el recurrente, ni que a causa de error de apreciación probatoria, se violaran los artículos 946 y 950 del Código Civil por aplicación indebida, al caso que se decide en estos autos

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 que se ha hecho mérito.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Pablo Emilio Manotas—Jesús M. Arias—Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONFESION EXTRAJUDICIAL DEMOSTRADA POR TESTIGOS. — INDICIOS DE SIMULACION. — EL HEREDERO DE QUIEN CONTRATA SIMULADAMENTE TIENE LA CALIDAD DE PARTE, A QUIEN SE LE RECONOCE AMPLITUD PROBATORIA. — IMPUGNACION DE LAS ACTAS DE ESTADO CIVIL.—LA MASA DE BIENES DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA, PERTENECE A ESTA, NO A CADA UNO DE LOS CONYUGES. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — ERROR DE HECHO.—APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIAL. — CAUSAL 2ª DE CASACION

1. —En derecho probatorio no se puede confundir la prueba de testigos con la de confesión aunque ambas tengan un mismo origen, el dicho del hombre; la de testigos proviene de terceros ajenos al litigio, y la de confesión emana siempre de alguna de las partes contra su propio interés, características distintivas que no se pierden ni desaparecen cuando los testigos son el vehículo sobre el cual se llega a la prueba de la confesión en el juicio. En este último extremo se contempla una modalidad específica de este medio de prueba tutelada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del C. J., en su alcance probatorio por el artículo 608 ib. Normas bastantes para diferenciar la crítica relativa a dicha prueba de la autorizada por la ley para la testimonial, ya que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez.

2.—Es un indicio de la simulación el que el inmueble, objeto de la promesa de compraventa que se tacha de simulada, se encuentre en poder del acreedor —prometiente vendedor— debiendo encontrarse en el del deudor, —prometiente comprador—.

3.—La prueba de la simulación tiene algunas limitaciones deducidas de los artículos 1766, 1767 del C. C., 91 de la ley 153 de 1887, en relación con las excepciones del 93 de este último estatuto

Conforme a estas normas es claro que, entre las partes, la prevalencia del acto oculto sobre las declaraciones de la escritura, no puede acreditarse sino con prueba escrita, principio de prueba por escrito completada por otros medios, además, también puede probarse con la confesión. Esto, porque lo consignado en la escritura, según el artículo 1759 del Código Civil, hace plena fe contra los otorgantes y envuelve una confesión según las voces del artículo 1761 del mismo Código. Es obvio, que esa plena fe no se quebranta mientras no se consiga su destrucción con la prueba de igual categoría o de análogos efectos. En relación con los terceros interesados en acreditar el acto oculto, puede afirmarse, que como éste pierde el carácter de convención y se convierte en un simple hecho, la ley los deja con completa libertad de medios de prueba para establecer ese hecho.

La posición del heredero de quien intervino en el acto o contrato simulado no puede ser otra distinta que la de parte que estuvo en imposibilidad de procurarse la prueba escrita de la contraestipulación. Porque, si es cierto, que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" —artículo 1155 del Código Civil— no es menos exacto que, en la dialéctica jurídica y por virtud de las ficciones legales, es fácil establecer una identidad de aquella naturaleza, entre causante y heredero. Pero es difícil sino imposible extender esa identidad jurídica, creación de la ficción legal, a una situación real; como sería la identidad de aptitudes, de capacidad, en síntesis: de posibilidades para la realización de actos que el causante llevó a cabo sin la intervención física o moral de los herederos, en los cuales éstos posteriormente vienen a sucederle. Y porque aquellas posibilidades y los efectos que de ellos se derivan, no tienen por qué transmitirse al heredero por el sólo hecho de la muerte de su causante, así como

son transmisibles las penas o sanciones a que personalmente pudo hacerse este último por actos ejecutados durante su vida.

La restricción de la prueba implica en definitiva una sanción civil contra quien estando en aptitud de procurarse la escritura de la contraestipulación, no lo hizo, y no siendo ésta la situación jurídica ni de hecho del heredero de quien realizó la simulación no es posible, por absurdo, enmarcarlo dentro de esa posición, cuando no gozó de aquellas posibilidades, ni tuvo oportunidad para preverlas. Luego la identidad consagrada en el artículo 1155 del Código Civil, no es más que una ficción legal, sin respaldo en la realidad jurídica. Porque no hay razón que justifique que, el hijo que ha de suceder a su padre y, sin posibilidad alguna para intervenir en los actos jurídicos de éste, ha de adquirirla por el solo hecho de la muerte de aquél, y en consecuencia, recibir el tratamiento de quien ha intervenido como parte y quien tiene el deber de procurarse un determinado o específico medio de prueba.

De allí, que para sustentar aquella ficción legal se haya recurrido, por algunos doctrinantes, a la socorrida distinción entre las acciones heredadas y personales del heredero que intenta defenderse contra el fraude a sus herederos herenciales. Distinción que tampoco corresponde a una realidad jurídica exacta. En efecto, el heredero es llamado a suceder en todo o en parte, de los bienes de la herencia por una misma vocación; la legal o la testamentaria, de tal manera que, será siempre el menoscabo total o parcial de los derechos que se otorga esa vocación, lo que determina su interés jurídico y su personería para demandar. La forma como el acto simulado lesione ese derecho, a través de los móviles intencionales que lo determinaron, talvez, sirva para mediar la extensión del perjuicio, pero no justifica la discriminación del tratamiento probatorio que con ella se pretende, porque se repite, la imposibilidad de probar por medios específicos será siempre la misma para el heredero en uno u otro caso. Luego en tal sentido habría que admitir también que siempre y en todo caso la acción que se propone es una acción heredada, ya que es por haber estado los bienes sobre que versa la acción dentro del patrimonio del causante, por lo que, posteriormente pueden los herederos reclamar contra la eficacia de los actos jurídicos de aquél, verificados en detrimento de su derecho a sucederle en tales bienes. De aquí, que sea más conforme con la realidad de las cosas, que el heredero sea colocado en la condición jurídica de parte en la simulación, pero de parte, que por su misma esencia física y moral del acto, estuvo en imposibilidad de procurarse prueba escrita de la contraestipulación y se les reconozca el derecho de probar con entera libertad de medios, como análogas condiciones ha de reconocérsele a su causante, conforme a lo dispuesto por el último inciso del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, antes citado.

4.—A las actas que extienden los funcionarios encargados de llevar oficialmente el registro del estado civil de las personas, la ley les otorga pleno mérito probatorio, siempre que lo sean con el lleno de las formalidades que ella prescribe como garantía de exactitud. Pero, cuando con ellas se incurra en irregularidades, éstas deben tener la condición de importancia necesaria y suficiente para restarle esa credibilidad, y deben ser de tal naturaleza, que impliquen el desconocimiento de la situación de orden público que media en relación con el estado civil de las personas e induzcan a la consideración de la inexistencia del acta. Tales irregularidades o causales no pueden ser otras, por razones obvias, que la incompetencia del funcionario que sienta el acta: extensión de ésta en un libro distinto de los destinados para el registro, o en una hoja suelta, y la carencia de las firmas que deben llevar.

Esta doctrina surge del texto completo de la Ley 92 de 1938, ya que este estatuto excusa las irregularidades susceptibles de corregirse. Porque, entonces, existe el acta con una irregularidad formal de mayor o menor significación.

5.—La sucesión hereditaria de una persona la integran dos elementos primordiales: la sociedad conyugal, cuando ha existido matrimonio del causante, y la herencia propiamente dicha, representada por el cónyuge sobreviviente y los herederos.

La masa de bienes de una sociedad conyugal disuelta pertenece a ésta, no exclusi-

vamente a uno de los cónyuges, esto, antes y después de la vigencia de la ley 28 de 1932, porque esa exclusividad no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondiente. Igual fenómeno acontece con las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral.

6. — Han sido doctrinas constantes de la Corte la de que, "cuando la demanda adolece de cierta vaguedad es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe o modifique los capítulos petitorios del libelo"; que "en la interpretación de una demanda existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo"; que "una demanda es susceptible de interpretación siempre que no se varíen los factores esenciales del libelo, constituido por las súplicas y los hechos en que se apoya"; que, "es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro lado el más simple error de detalle en una demanda prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio".

7.—No hay error de hecho en la apreciación de la prueba, por parte del sentenciador, en estimar probado o no, aquello que el recurrente, sustituyendo su criterio al del juzgador, opine que aparece o no justificado. Porque, este error no se justifica mediante la exposición de un criterio jurídico distinto de aquél, respecto a determinado particular del pleito, sino señalando la prueba de cuyo contenido aparezca un hecho en contradicción con el que haya consignado indebidamente el Tribunal en la sentencia como probado.

8.—"Se llama indicio —decía el artículo 587 del antiguo Código Judicial— un hecho cierto y conocido que por relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona, puede servir para inducir la razón a la creencia en la realidad del segundo". Definición que concuerda con la doctrina de los artículos 660 y siguientes del actual Código Judicial, pues según ellos, sobre todo el 653, puede definirse que el indicio es un hecho cuya existencia, una vez comprobada, hace presumir que existe o ha existido otro hecho. No es pues, una prueba directa, sino una indirecta, que se basa en la constancia de uniformidad que guardan las cosas en sus relaciones y en un proceso de lógica y raciocinio, o sea, de análisis y de síntesis, o lo que es lo mismo, de inducción y de deducción, supuesto que esos dos procesos no se pueden separar en realidad.

"En la prueba del indicio pueden basarse los fallos judiciales, cualquiera que la ley le da el valor de plena prueba a un solo indicio necesario, y que en cuanto a los no necesarios les da el mismo valor de prueba completa, siempre que sean varios graves, precisos y conexos entre sí (artículos 663 y 665 del C. J.). Es más, advierte el Código de Procedimiento que una sola presunción y los indicios no son sino presunciones) también prueba plenamente cuando, a juicio del Juez, tenga carácter de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (artículo 684 del C. J.). "Queda así sometida a la conciencia del juez la valorización de la prueba indiciaria, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso".

9.—Uniformemente en repetidos fallos ha dicho la Corte, que la causal 2ª "procede cuando el sentenciador deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido a ella, o cuando en lo que sí se le confió excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar extra-petita o ultra-petita". Ahora, el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal sino también de la consecuencial, y es sabido que es la parte resolutiva de una sentencia la que obliga, la que fija las relacio-

nes jurídicas emanadas de la sentencia, entre las partes. Quiere esto 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 citado, sino otra muy distinta.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

En demanda propuesta ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, **Javier Romero** demandó por la vía ordinaria a la sucesión intestada de **Calixto Romero** y a la sociedad conyugal disuelta y en liquidación formada por el hecho del matrimonio contraído por este último con Concepción Sánchez; representadas por la cónyuge sobreviviente, Concepción Sánchez y por su menor hija Blanca Ligia Romero Sánchez, ésta representada, a su vez, por su madre legítima a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es absolutamente simulado y, por lo mismo, inexistente, el contrato de venta relacionado en la escritura pública número 825 de fecha 26 de noviembre de 1948 de la Notaría de Turmequé, en la que aparece como tradente Javier Romero y como adquirente Calixto Romero.

"**Segunda.**—Que, como lógica y jurídica consecuencia de la declaración anterior sobre simulación absoluta del contrato referido en la escritura número 825 ya enunciada, las entidades demandadas (sucesión y sociedad conyugal), deben restituir por conducto de sus representantes legales: la viuda y su hija menor, a quien aquélla representa, a mi representado Javier Romero los bienes materia del contrato simulado, que son: a) 'El Durazno', fundo ubicado en la vereda de Pie de Peña del municipio de Tibaná y limitado: de un mojón sigue por un cimiento y un camino a dar a otro mojón, linda con tierras de Lucrecia Ruiz y Manuel Molina; por la derecha, sigue por un cimiento a dar a una peña donde hay un mojón clavado, linda con tierras de Candelaria Moreno y de Lisandro Sierra; por cabecera, por todo el relez (filo) de una peña a dar a un mojón, linda con tierras de Pedro Sierra y Calixto Romero. b) El derecho proindiviso en un fundo denominado 'El Ojo de Agua', cuya demarcación general es: pie, linda con tierras de Lucrecia Ruiz y Manuel Molina; derecha, con terreno de Siervo Huertas, por cerca de piedra; cabecera, por una peña, linda con terreno de Pedro Sierra, y por la izquierda, linda con el fundo 'El Durazno', por un cimiento. c) El lote denominado 'El Corso', ubicado, como los anteriores en la vereda de Pie de Peña del municipio de Tibaná, limitado: partiendo de una piedra natural, marcada con la letra A que se halla en la cuchilla de Marantá, sigue en línea recta en dirección suroeste hasta encontrar el camino que conduce a Chinavitá, donde hay un mojón de piedra marcado con la letra D, linda con de Paulino Arandia; de aquí vuelve por la izquierda, siguiendo el camino de Chinavitá, a encontrar el camino de Marantá, donde hay un mojón de piedra marcado con la letra Z colocado frente al mojón O en el vértice de los dos caminos dichos, la línea recta que une los dos caminos tiene una longitud de 271 metros, limita con tierra de Luis Arias, camino al medio; de aquí sigue por el camino de Marantá a encontrar la cuchilla del mismo nombre donde hay una piedra marcada con la letra S, en una longitud de 287 metros, linda con tierras de Paulino Arandia; de aquí, por la izquierda, por la cuchilla de Marantá, a una piedra natural marcada con la letra A, primer lindero, linda con predio de Domingo Rodríguez.

"**Tercera.**—Que ordene cancelar el registro de la escritura 825, para lo cual debe oficiarse al señor Registrador de este Circuito.

"**Cuarto.**—Que si las demandadas hacen oposición, se les condene al pago de las costas".

Los hechos en que fundó el actor sus pretenciones son, en síntesis: Javier y Calixto Romero fueron hermanos que se trataron con mutua confianza y ayuda; Javier se enfermó gravemente y hubo de viajar a Bogotá en busca de salud; en presencia de esta necesidad inaplazable sirvióse de su hermano Calixto para que aceptara el traspaso de sus bienes con el fin de que con ellos arbitrara recursos y pagara un crédito, le remitiera a esta ciudad y legalizara algunos contratos pendientes. Javier, una vez restablecido de su

enfermedad regresó a Tibaná y se puso al frente de la administración de sus bienes la cual prolongó más allá de la muerte de Calixto. Cuando se proponía otorgar los títulos de propiedad a favor de Javier, falleció. La esposa de Calixto, Concepción Sánchez, tenía conocimiento de toda la situación anterior y que la simulación demandada era conocida de muchos habitantes de la región.

El Juez de Ramiriquí decidió la primera instancia del pleito en sentencia fechada el 7 de mayo de 1954; en dicho fallo se aceptaron las declaraciones impetradas en la demanda, con costas a cargo de la parte demandada. Apelada esta solución, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, la confirmó, en sentencia de 4 de febrero de 1955, reformándola parcialmente en los siguientes términos:

"**Primero.** CONFIRMASE el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este negocio por el Juez Civil del Circuito de Ramiriquí con fecha siete de mayo retropróximo.

"**Segundo.**—REFORMASE el numeral segundo del aludido fallo en el sentido de excluir de la restitución allí ordenada, la finca de 'El Corso' vendida por Calixto Romero a Jesús Sánchez en mérito de la escritura pública número 190 de tres (3) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951)

"**Tercero**—Como consecuencia del numeral precedente, REFORMASE igualmente el numeral tercero de la propia decisión, en orden a excluir también de la cancelación del registro allí dispuesta, el registro de la mencionada finca 'El Corso' y por consiguiente tan sólo procederá la cancelación ameritada respecto de las fincas de 'El Durazno' y 'El Ojo de Agua', a que alude la venta cuya simulación aquí se decreta y a que se refiere la consabida escritura número 825 de 26 de noviembre de 1948 corrida ante la Notaría Segunda de Turmequé.

"**Cuarto.**—CONFIRMASE el numeral cuarto de la decisión querellada, alusivo al pago de costas.

"Sin costas en esta instancia por haber sido reformado el fallo recurrido. (Artículo 2º del Decreto número 0243 de 1951)".

Para llegar a esta solución, el Tribunal, recoge los fundamentos esenciales del fallo recurrido por la parte demandada, y agrega, después de transcribir una doctrina de esta Corporación sobre los titulares de la acción de simulación y los medios de prueba adecuados y eficaces para cada situación concreta: "Empero, cuando la situación jurídica varía por la desaparición de una de las partes simulantes, la parte perjudicada sobreviviente que no tuvo la precaución de proveerse de contraestipulación por alguna circunstancia, como la anotada anteriormente, no tendrá por qué someterse a tan estricto régimen probatorio desde luego que su acción no va endilgada contra el estipulante simulado, sino contra persona extraña y por tanto, en ausencia de contraestipulación, de principio de prueba por escrito o de confesión del contratante simulado, es de lógica jurídica que tenga un campo de acción más amplio, vale decir, que pueda acogerse a otras pruebas como la testimonial e indiciaria para edificar sobre ellas no sólo una confesión extrajudicial (que al tenor del artículo 606 del C. J., también puede ser plena prueba) sino un medio de certeza legal de carácter perfecto o pleno llamado a evidenciar la existencia o simulación del instrumento ostensible.

"Con el razonamiento que precede se ha querido significar que si se allega por la parte actora un haz probatorio constituido por testimonios e indicios que lleven al ánimo del juzgador la íntima convicción de que los hechos sobre que versan esas pruebas destruyen por su fuerza convictiva e inequívoca ponderación, las declaraciones contenidas en el acto escrito, no se lastima la ley (artículo 1766 del C. C. y artículos 91 y siguientes de la Ley 153 de 1887) —que reclama determinadas contrapruebas para destruir estipulaciones instrumentales— con prestar a tales elementos de convicción la eficacia que ofrecen, máxime si por medio de ellas se ha podido, incluso, preconstruir una confesión judicial que por su naturaleza y circunstancias que la rodean, tiene fuerza suficiente para configurar, de acuerdo con el artículo 606 citado, una prueba plena, a juicio del Juez".

Estudia y analiza el sentenciador, en su orden, las pruebas producidas por el actor y las que él llama de la oposición para concluir: "Los razonamientos precedentes conducen al Tribunal a formarse un exacto criterio sobre el real y jurídico valor de los elementos de certeza que se han traído a este debate, para establecer la inexistencia o simulación absoluta del contrato contenido en

las tantas veces citada escritura número 825".

Inmediatamente, en el fallo se asientan los motivos que llevan al Tribunal a reformar, parcialmente, la resolución que es objeto de su estudio y revisión por la vía del recurso de apelación.

El recurso de casación

Contra el análisis probatorio, y la consecuencia inmediata de la solución del problema principal planteado en la demanda, presenta el demandado la acusación por medio del recurso de casación que va a decidirse. Esta acusación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, está dividida en dos capítulos: en el primero se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y se ataca "por errores de derecho y de hecho manifiestos al apreciar los elementos probatorios allegados al expediente, errónea apreciación que lo condujo a dar por plenamente probada en autos la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 825 de 26 de noviembre de 1948, otorgada en la Notaría de Turmequé, y a ordenar la restitución de los bienes, con lo cual violó de manera indirecta los artículos 946, 950, 952, 1502, 1857, 1781 —ordinal 5º— y 1155 del Código Civil, a través de la infracción de los preceptos que regulan la producción de las respectivas pruebas y su valor". Y porque "El Tribunal sentenciador violó directamente los artículos 1759 del C. C. y 1767 de la misma obra, así como los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887".

Los cargos por errores de derecho en la apreciación de la prueba y de violación directa de la ley sustantiva tienen, entre sí, conexidad, y, por ello, se examinan conjuntamente, previa síntesis de su contenido.

Errores de derecho

Primero.—Dice el recurrente: "Como el Tribunal declaró la simulación absoluta del contrato, con fundamento en testimonios e indicios, síguese que cometió error de derecho en la apreciación de tales pruebas porque las declaraciones contractuales contenidas en aquél, aniquiló la compraventa y ordenó la restitución de los bienes. Error de derecho consistente también en que dio aptitud de prueba a medios que no son adecuados al caso, a tiempo que desconoció el valor probatorio que la ley da al instrumento público y que es obligatorio para el Juzgador".

En el desarrollo del cargo, el recurrente transcribe varios pasajes del fallo donde se estudia y aprecian las pruebas allegadas al proceso, para expresar: "Se han hecho las anteriores transcripciones para demostrar que el fallador de segunda instancia dio por probada la simulación absoluta con testimonios, indicios, sugerencias o inferencias, y nó con prueba de igual categoría a la del instrumento público contentivo del contrato de compraventa".

Segundo. — "En error de derecho incurrió el Tribunal cuando dijo que el hecho de haber traído el actor a la segunda instancia el documento de promesa de venta de 'El Corso', 'fundó el claro indicio de que Javier y no Calixto debió ser el interventor del referido negocio'. Hace surgir el indicio, que es medio probatorio, de un documento no reconocido (fol. 6, cuad. 4), y que no fue producido dentro de ningún término probatorio, sino acompañado al alegato del señor apoderado del actor". Que como ese documento no fue presentado en ninguna de las oportunidades que señala el artículo 597 del C. J., se le dio "mérito probatorio, sin que la ley lo permita".

Tercero.—El Tribunal, "cometió también error de derecho al dar por establecido que Javier Romero y Calixto Romero eran hermanos por sólo menciones de testigos y la admisión que la demandada hace en las posiciones".

"Es cierto, dice el recurrente, que aquí no se trata de crear un estado civil, pero sí de demostrarlo; de acreditar los nexos de sangre que existen entre los dos contratantes. La posición que en una familia y en la sociedad ocupan y ocuparon los otorgantes. Y esa demostración no se hace adecuadamente sino con partidas y medios que señalan el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 y el 18 de la Ley 92 de 1938. "El asentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado", ha dicho la Corte. Menos valdrá lo que al respecto digan los extraños".

"**Cuarto.**—Error de derecho, y muy grave, es el cometido por el Tribunal sentenciador al fundar en prueba de testigos una confesión extrajudicial supuesta, para suprimir o alterar lo expresado en un contrato de compraventa por precio de $ 3.000 contenido en instrumento público".

Para sustentar el cargo, se afirma que: "En el

caso de autos el Tribunal elimina lo expresado en el contrato de compraventa con una supuesta confesión extrajudicial resultante de lo que se atribuye a Calixto como dicho la víspera del contrato, y de lo que se atribuye a ambos contratantes como dicho en ocasiones posteriores al mismo". Y se agrega: "El precepto legal que excluye la prueba de testigos para destruir lo pactado por escrito en actos o contratos de más de quinientos pesos, se borraría admitiendo prueba de testigos para conformar una confesión extrajudicial; de aceptar semejante recurso, se establecería que no es admisible la prueba directa de testigos, pero que sí es admisible tal prueba cuando es indirecta, cuando da una vuelta por la esquina de la confesión extrajudicial. Y el legislador no da tales vueltas; hay que presumirlo serio". Y además, que "en autos no aparece ni se ha pretendido hacer valer un principio de prueba por escrito en contra de lo pactado por el instrumento público, que autorice su complemento por los demás medios probatorios: ni hay constancia de que los contratantes hubieran estado en imposibilidad física o moral para elaborar el día de la escritura o luego la prueba escrita o la contraestipulación que hiciera verosímil lo sostenido en el litigio por el actor. Con lo cual no se está en presencia de las excepciones a la restricción, contempladas en el artículo 93 de la ley 153 de 1887".

"Segundo cargo.

"El Tribunal sentenciador violó directamente los artículos 1759 del C. C. y 1767 de la misma obra, así como los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887. Porque destruyó la plena fe que se otorga a las declaraciones formuladas por los otorgantes en el contrato de compraventa, dando prevalencia a testimonios de terceros. Y porque admitió pruebas de testigos para alterar y suprimir lo estipulado en un contrato de cuantía mayor de tres mil pesos, en todo caso mayor de quinientos pesos. Ya demostré atrás con amplitud este razonamiento".

La Corte considera:

Primero.—El recurrente, en la formulación y desarrollo del primer cargo, sufre una confusión de derecho probatorio. En efecto, hace comunes la crítica de la prueba de testigos con la de la confesión, y partiendo de este error ataca a la sentencia porque en ésta se hizo el pronunciamiento de la simulación con fundamento en testimonios e indicios.

El Juzgador de instancia partió del supuesto básico de la existencia de una confesión extrajudicial debidamente probada en el juicio, como fundamento principal, complementada con la prueba testimonial y la indiciaria, cuestión perfectamente distinta de la planteada en el cargo.

En derecho probatorio no se puede confundir la prueba de testigos con la de confesión aunque ambas tengan un mismo origen, el dicho del hombre; la de testigos proviene de terceros ajenos al litigio, y la de confesión emana siempre de alguna de las partes contra su propio interés, características distintivas que no se pierden ni desaparecen cuando los testigos son el vehículo sobre el cual se llega a la prueba de la confesión en el juicio. En este último extremo se contempla una modalidad específica de este medio de prueba tutelada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del Código Judicial, en su alcance probatorio por el artículo 608 ibidem. Normas bastantes para diferenciar la crítica relativa a dicha prueba de la autorizada por la ley para la testimonial, ya que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez.

Segundo.—Este cargo, como el anterior, es de simple apariencia jurídica. El sentenciador no hace surgir el indicio del documento contentivo de la promesa de venta del inmueble denominado "El Corso", como lo afirma el recurrente sino del hecho de hallarse aquél en poder del acreedor —prometiente vendedor— debiendo encontrarse en el del deudor —prometiente comprador—, como tampoco el Tribunal ha tenido como prueba dicho documento ni otorgado mérito probatorio alguno.

Tercero.—El recurrente ataca la sentencia porque el indicio que hace surgir el Tribunal del hecho del parentesco de los contratantes no está hace aisladamente, sin querer darse cuenta que lo suficientemente probado, pero ese ataque lo el sentenciador lo estudia en relación con otros indicios y aprecia su conjunto, como prueba complementaria de la confesión extrajudicial; y que la rectificación del error en que pudiera haberse incurrido en su apreciación, no afecta el supuesto básico del fallo y por tanto no alcanza a trascender en lo más mínimo a la resolución del pleito.

Cuarto y quinto. — El estudio de estos cargos quedó incorporado en el que se hizo del primero, pero es oportuno agregar algunas nuevas razones en vía de información y para rectificar algunos conceptos tangenciales expresados por el Tribunal en la motivación del fallo y que ha sido acusado por el recurrente.

La prueba de la simulación tiene algunas limitaciones deducidas de los artículos 1766, 1767 del Código Civil, 91 de la Ley 153 de 1887, en relación con las excepciones del 93 de este último estatuto.

"Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efectos contra terceros" (artículo 1766). "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" (artículo 1767). "Deberán constar por escrito los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos" (artículo 91 de la Ley 153 de 1887). "Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso...". "Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados por la ley" (artículo 93 ibidem).

Conforme a estas normas es claro que, entre las partes, la prevalencia del acto oculto sobre las declaraciones de la escritura, no puede acreditarse sino con prueba escrita, principio de prueba por escrito completada con otros medios, además, también puede probarse con la confesión. Esto, porque lo consignado en la escritura, según el artículo 1759 del Código Civil, hace plena fe contra los otorgantes y envuelve una confesión según las voces del artículo 1761 del mismo Código. Es obvio, que esa plena fe no se quebranta mientras no se consiga su destrucción con la prueba de igual categoría o de análogos efectos. En relación con los terceros interesados en acreditar el acto oculto, puede afirmarse, que como éste pierde el carácter de convención y se convierte en un simple hecho, la ley los deja con completa libertad de medios de prueba para establecer ese hecho.

La posición del heredero de quien intervino en el acto o contrato simulado no puede ser otra distinta que la de parte que estuvo en imposibilidad de procurarse la prueba escrita de la contraestipulación. Porque, si es cierto, que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" —artículo 1155 del Código Civil— no es menos exacto que, en la dialéctica jurídica y por virtud de las ficciones legales, es fácil establecer una identidad de aquella naturaleza, entre causante y heredero. Pero es difícil si no imposible, extender esa identidad jurídica, creación de la ficción legal, a una situación real, como sería la identidad de aptitudes, de capacidad, en síntesis: de posibilidades para la realización de actos que el causante llevó a cabo sin la intervención física o moral de los herederos, en los cuales éstos posteriormente vienen a sucederle. Y porque aquellas posibilidades y los efectos que de ellas se derivan, no tienen por qué transmitirse al heredero por el solo hecho de la muerte de su causante, así como no son transmisibles las penas o sanciones a que personalmente pudo hacerse este último por actos ejecutados durante su vida.

La restricción de la prueba implica en definitiva una sanción civil contra quien estando en aptitud de procurarse la escrita de la contraestipulación, no lo hizo, y no siendo ésta la situación jurídica ni de hecho del heredero de quien realizó la simulación no es posible, por absurdo, enmarcarlo dentro de esa posición, cuando no gozó de aquellas posibilidades, ni tuvo oportunidad para proverlas, luego la identidad consagrada en el artículo 1155 del Código Civil, no es más que una ficción legal, sin respaldo en la realidad jurídica. Porque no hay razón que justifique que, el hijo que ha de suceder a su padre y, sin posibilidad alguna para intervenir en los actos jurídicos de éste, ha de adquirirla por el solo hecho de la muerte de aquél, y en consecuencia, recibir el tratamiento de quien ha intervenido como parte y quien tiene el deber de procurarse un determinado o específico medio de prueba.

De allí, que para sustentar aquella ficción legal se haya recurrido, por algunos doctrinantes, a la socorrida distinción entre acciones heredadas y personales del heredero que intenta defenderse contra el fraude a sus derechos herenciales. Distinción que tampoco corresponde a una realidad jurídica exacta. En efecto, el heredero es llamado a suceder en todo o en parte de los bienes de la herencia por una misma vocación: la legal o la testamentaria, de tal manera que, será siempre el menoscabo total o parcial de los derechos que le otorga esa vocación, lo que determinará su interés jurídico y su personería para demandar. La

forma como el acto simulado lesione ese derecho, a través de los móviles intencionales que lo determinaron, talvez, sirva para medir la extensión del perjuicio, pero no justifica la discriminación del tratamiento probatorio que con ella se pretende, porque, se repite, la imposibilidad de probar por medios específicos será siempre la misma para el heredero en uno u otro caso. Luego en tal sentido habría que admitir también, que siempre y en todo caso la acción que se propone es una acción heredada, ya que es por haber estado los bienes sobre que versa la acción dentro del patrimonio del causante, por lo que, posteriormente pueden los herederos reclamar contra la eficacia de los actos jurídicos de aquél, verificados en detrimento de su derecho a sucederle en tales bienes. De aquí, que sea más conforme con la realidad de las cosas, que el heredero sea colocado en la condición jurídica de parte en la simulación, pero de parte, que por su misma ausencia física y moral del acto, estuvo en imposibilidad de procurarse prueba escrita de la contraestipulación y se le reconozca el derecho de probar con entera libertad de medios, como en análogas condiciones ha de reconocérsele a su causante, conforme a lo dispuesto por el último inciso del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, antes transcrito.

Entonces, si el supuesto básico del fallo recurrido es la existencia de una confesión extrajudicial debidamente demostrada en el juicio, complementada con la prueba testimonial e indiciaria, no ve la Sala en dónde pueda estar la violación directa o indirecta de la ley sustantiva, invocadas por el recurrente en los cargos que se dejan estudiados. Pero, la Corte deja la salvedad de que fue el sistema empleado por el Tribunal, el de superposición de conceptos abstractos y aislados, lo que lo llevó a crear una situación confusa en el fallo y a contemplar la posibilidad de aplicar las doctrinas anteriormente expuestas al caso concreto en estudio, en el sentido de que la parte demandante tenía o gozaba de libertad de medios de prueba para demostrar la simulación, dada la circunstancia de estar la demandada integrada por herederos de quien intervino en la realización del contrato demandado como simulado. Pero si este aspecto del fallo fue atacado en casación, la infracción del Tribunal no tiene incidencia en la parte resolutiva de él, por cuanto ésta, tiene en la motiva fundamentos suficientes distintos e independiente de aquel que no justifican la acusación, como en el de la existencia de una confesión extrajudicial debidamente probada en el juicio. Luego, no ha habido violación de la ley sino razonamientos infundados e inconducentes por parte del Tribunal, y sin los cuales se habría llegado al mismo resultado a que se llegó en la sentencia.

Errores de hecho

El recurrente le imputa al Tribunal varios errores de hecho en la apreciación de las pruebas, así:

"a) Errónea apreciación de la prueba sobre personería sustantiva de la parte demandada": en cuanto que, el sentenciador dio por bien establecida aquella personería con las partidas del estado civil acompañadas a la demanda, sin percatarse de que el texto de la certificación notarial sobre el matrimonio de Calixto Romero y Concepción Sánchez, alude a un hecho físicamente imposible en el tiempo, "celebración de un matrimonio el treinta y uno de noviembre de 1948. Porque tal día no existió, en 1948 ni existe en año alguno. De forma que afirma un hecho inexistente, con toda evidencia. Por lo cual no podía darse como probado el estado civil que se ha tomado como base para dar por suficientemente establecida la personería de la parte demandada".

Por otra parte, agrega el recurrente que, aun dándole la fe que se merece la certificación notarial, como tal, "todavía quedaría muy mal apreciada la prueba". Porque el matrimonio se celebró el treinta y uno de noviembre de 1948 y la escritura 825 se otorgó el 26 de noviembre del mismo año, esto es, cinco días antes del matrimonio, luego los bienes adquiridos no son de la sociedad conyugal, ni ésta puede ser condenada a restituir, de acuerdo con los artículos 1781 y 1774, del Código Civil, porque, "la sociedad conyugal no empieza sino desde cuando se contrae matrimonio. No antes".

La Corte considera:

Primera.—A las actas que extienden los funcionarios encargados de llevar oficialmente el registro del estado civil de las personas, la ley les otorga pleno mérito probatorio, siempre que lo sean con el lleno de las formalidades que ella prescribe como garantía de su exactitud. Pero, cuando en ellas se incurre en irregularidades, éstas deben tener la condición de importancia ne-

cesaria y suficiente para restarle esa credibilidad, y deben ser de tal naturaleza, que impliquen el desconocimiento de la situación de orden público que media en relación con el estado civil de las personas e induzcan a la consideración de la inexistencia del acta. Tales irregularidades o causales no pueden ser otras, por razones obvias, que la incompetencia del funcionario que sienta el acta; extensión de ésta en un libro distinto de los destinados para el registro, o en una hoja suelta, y la carencia de las firmas que deben llevar.

Esta doctrina surge del texto completo de la Ley 92 de 1938, ya que este estatuto excusa las irregularidades susceptibles de corregirse. Porque, entonces, existe el acta con una irregularidad formal de mayor o menor significación. En el presente caso, el acta de matrimonio está extendida y firmada por el Notario 8º del Circuito de Bogotá, en el Libro 2º del Registro Civil de Matrimonios y lleva las firmas de los contrayentes y las de los testigos que presenciaron el acto; el mes y el año, pero el día aparece con un error caligráfico de menor significación, que no afecta la partida, en sí, por cuanto el mes y el año están expresamente determinados, por lo que, el cargo, por este aspecto, es inocuo.

Segundo. La sucesión hereditaria de una persona la integran dos elementos primordiales: la sociedad conyugal, cuando ha existido matrimonio del causante, y la herencia propiamente dicha, representada por el cónyuge sobreviviente y los herederos.

La masa de bienes de una sociedad conyugal disuelta pertenece a ésta, no exclusivamente a uno de los cónyuges, esto, antes y después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, porque esa exclusividad no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondiente. Igual fenómeno acontece con las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral.

Resulta de lo anterior que, no apareciendo que la sociedad Romero-Sánchez haya sido liquidada, la demanda no podía ser instaurada sino contra la sociedad conyugal dueña exclusiva de un bien social, que pertenece a esa masa indivisa.

"b) **Apreciación errónea de la demanda.** — La sentencia confirmó la orden de restitución de los dos primeros terrenos contenidos en la escritura de venta de cuya simulación se trata, y excluyó de la restitución el tercer lote denominado 'El Corso'. La confirmación de la orden de restituir los dos primeros se ha de hacer en los términos del ordinal 2º de la sentencia de primera instancia, donde se dice: "...cuyos linderos estén descritos tanto en la escritura, como en la parte segunda petitoria de la demanda. Pero resulta que el primer lote cuya restitución se demanda, no se identifica con el primer lote vendido por la mencionada escritura. Vale decir, el actor pide que se le restituya un lote distinto del que en primer término fue vendido en aquel instrumento.

"Lo vendido tiene costado izquierdo: lo demandado carece de ese costado, no tiene sino tres lados. Luego la sentencia apreció erróneamente la demanda al considerar que el predio pedido en restitución es el mismo vendido por la escritura aludida, cuando manifiestamente aparece que no lo es, error que lo condujo a decretar la restitución del primer lote vendido en la escritura, con lo que violó indirectamente los artículos sobre restitución, especialmente los marcados con los números 946, 950 y 952 del C. C.

"c) Error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios allegados por las partes".

En desarrollo de este cargo, el recurrente estudia y analiza los distintos testimonios allegados al juicio; para criticarlos aisladamente y sacar conclusiones distintas de las de la sentencia.

Considera la Corte:

b) Han sido doctrinas constantes de la Corte las de que, "cuando la demanda adolece de cierta vaguedad es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe o modifique los capítulos petitorios del libelo"; que "en la interpretación de una demanda existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo"; que "una demanda es susceptible de interpretación siempre que no se varíen los factores esenciales del libelo, constituído por las súplicas y los hechos en que se apoya". Que, "es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo el más simple error de detalle

en una demanda prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio".

Si se aplican estas doctrinas al caso en estudio, en primer término, se observa que la demanda no adolece de vaguedad ni de obscuridad en sus peticiones ni en los hechos que le sirven de apoyo, y por tanto, el sentenciador no tuvo necesidad de recurrir a su interpretación. La intención del demandante es clara y expresa, que se declare, como petición principal, la simulación del contrato que recoge la escritura pública número 825 de 26 de noviembre de 1948 de la Notaría de Turmequé, y como consecuencial, la de que se ordene la restitución de los inmuebles objeto de ese contrato, esto es, que el actor formula la causa petendi, o sea el hecho jurídico de donde nace el objeto de la demanda, con precisión. Entonces, la facultad del juzgador quedó reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda, tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la causa petendi uno de los límites que se establecen la litis contestación.

c) Este cargo quedó analizado en el estudio que se hizo de los cargos cuarto y quinto —errores de derecho en la apreciación de la prueba de la confesión extrajudicial. Pero la Corte agrega que: el recurrente se dedicó en el desarrollo del ataque a la sentencia, a formular reparos a los testimonios en detalles pormenorizados para inferir deducciones o apreciaciones más o menos lógicas. Y no hay error de hecho en la apreciación de la prueba, por parte del sentenciador, en estimar probado o no, aquello que el recurrente, sustituyendo su criterio al del juzgador, opine que aparece o no justificado. Porque, este error no se justifica mediante la exposición de un criterio jurídico distinto del de aquél, respecto a determinado particular del pleito, sino señalando la prueba de cuyo contenido aparezca un hecho en contradicción con el que haya consignado indebidamente el Tribunal en la sentencia como probado.

d) Error en la apreciación del indicio resultante de la presentación del documento de promesa. "Dice el recurrente, que es manifiesto error de hecho considerar que porque el actor llevó un ejemplar del documento de la promesa, acompañándolo al alegato de conclusión de la segunda instancia y no en las oportunidades probatorias señaladas por la ley procesal, ello indica que Javier y no Calixto fue el real interventor en el referido negocio. Que se pueden dar varias explicaciones de la llegada de ese ejemplar a manos del apoderado, y por tanto, el indicio no tiene precisión alguna.

"e) Error de hecho en la apreciación de la prueba del pago del saldo de $ 1.000.00 del precio de la compraventa". El recurrente ataca el indicio deducido por el Tribunal del hecho significativo de no haber pagado Calixto sino Javier los $ 1.000.00 que en la escritura 825 se comprometió aquél a pagarle a la Caja de Crédito Agrario, y expresa que, "es una apreciación manifiestamente equivocada"; que "el no cumplimiento del pago de esos $ 1.000.00 significa a lo sumo que no se satisfizo la obligación de cubrir ese saldo en la forma y tiempo debidos, lo que daría al actor, si aun estuviera insatisfecha, una acción muy distinta a la de simulación, pero no que todo el precio hubiera sido simulado.

"f) Ataca el recurrente en este cargo al indicio que sacó el Tribunal del hecho de haber continuado al frente de sus predios Javier después de la escritura de venta a Calixto, lo cual no se compadece con las pruebas que él mismo aportó, ya que todas aseveran que Javier se salió de Tibaná huyéndole a una acción penal, y algunos aseguran que se radicó en Tocaima. Esto, dice no se "compadece con esta acción enderezada a que la viuda de Calixto y su hija le restituyan los bienes de que ellas siguieron en posesión después de la muerte de quien los compró y poseyó hasta el fin de sus días: si Javier fue el poseedor y lo es, ¿por qué pide restitución? Ni ello se compadece con los testimonios de Virginia Martínez de Ruiz, Guillermo Ruiz, Manuel Molina e Isaías Sarmiento que figuran en el cuaderno de pruebas de la parte demandada, declarantes que con absoluta precisión, pues determinan por su ubicación y linderos los predios contenidos en la escritura 825, dicen conocerlos y verlos a diario y constarles por ello que desde la fecha de tal escritura ejerció la posesión material de los mismos don Calixto hasta su muerte, y después de ello, de manera ininterrumpida, la demandada Concepción Sánchez. Eso no lo apreció debidamente el sentenciador".

La Corte considera:

El atacante de la prueba indiciaria, lo hace en forma aislada para cada indicio, perdiendo de vista así a los demás hechos probatorios indiciales que operan en el proceso, sin examinar el con-

junto de todos esos elementos, con la debida coordinación, como lo hizo el Tribunal.

Ahora bien: "Se llama indicio —decía el artículo 587 del antiguo Código Judicial— un hecho cierto y conocido que por relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona, puede servir para inclinar la razón a la creencia en la realidad del segundo". Definición que concuerda con la doctrina de los artículos 660 y siguientes del actual Código Judicial, pues según ellos, sobre todo el 663, puede definirse que el indicio es un hecho cuya existencia, una vez comprobada, hace presumir que existe o ha existido otro hecho. No es, pues, una prueba directa, sino una indirecta, que se basa en la constancia de uniformidad que guardan las cosas en sus relaciones y en un proceso de lógica o raciocinio, o sea, de análisis y de síntesis, o lo que es lo mismo, de inducción y de deducción, supuesto que esos dos procesos no se pueden separar en la realidad.

"En la prueba del indicio pueden basarse los fallos judiciales, comoquiera que la ley le da el valor de plena prueba a un solo indicio necesario, y en cuanto a los no necesarios les da el mismo valor de prueba completa, siempre que sean varios graves, precisos y conexos entre sí (artículos 663 y 665 del C. J.). Es más, advierte el Código de Procedimiento que una sola presunción (y los indicios no son sino presunciones) también prueba plenamente cuando, a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (artículo 684 del C. J.). "Queda así sometida a la conciencia del Juez la valorización de la prueba indiciaria, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". Por otra parte la prueba indicial no fue apreciada por el Tribunal, sino como prueba complementaria de la de la confesión extrajudicial que halló debidamente comprobada en el juicio.

"g) El sentenciador incurrió en deficiente apreciación de los testimonios, en la forma ya demostrada, y siendo ese error manifiesto de hecho, mal pueden aceptarse los mismos como prueba de la confesión extrajudicial, por otra parte, ya se demostró que la confesión atribuída a Calixto no se realizó a la contraparte, sino a extraños. Es increíble que Calixto hubiera tenido el ánimo de confesar, yendo a decirles a sus obreros. Eso no es serio.

"El artículo 1857 del C. C. ha sido violado indirectamente porque con la sentencia se ha quebrantado un contrato de compraventa que conforme ese artículo se perfeccionó".

La Corte considera:

Este cargo ya fue estudiado al considerarse el primero, cuarto y quinto, por errores de derecho en la apreciación de la prueba de la confesión extrajudicial y por violación directa de los artículos 1759 y 1767 del Código Civil, así como los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, y la Corte se remite a esos estudios.

CAPITULO SEGUNDO

Segunda causal de casación

"Tercer cargo.—La sentencia no está en consonancia con lo pretendido en la demanda". La enunciación del cargo indica que se aduce el motivo segundo de casación de los establecidos en el artículo 520 del C. J., o sea, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Y la falta se hace consistir en que, "la sentencia condenó a las entidades demandadas a restituir al actor los dos primeros predios determinados en la escritura 825 de 26 de noviembre de 1948. Pero resulta que el primero de esos predios, llamado "El Duraznо" está determinado allí por cuatro costados, el último de los cuales aparece descrito así: "e izquierda, por mojones a encontrar el primer lindero, linda con tierras de Calixto Romero", lo cual no aparece en la demanda. El demandante pidió un lote distinto del determinado en la escritura 825, y, por tanto, caso que se mantuviera la declaración de simulación, no podría sostenerse la orden de restitución relativa al primero de los lotes denunciados en el mencionado instrumento".

El cargo no es procedente. Uniformemente en repetidos fallos ha dicho la Corte, que "él procede cuando el sentenciador deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido en ella, o

cuando en lo que si se le sometió excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar extra-petita o ultra-petita".

En el presente caso, mal puede decirse, que falta al fallo recurrido en casación aquella consonancia. Pues el Tribunal se expresa en la parte resolutiva de la sentencia, en completa armonía con la petición principal de la demanda, la declaración de la simulación del contrato contenido en la escritura 825 de 26 de noviembre de 1948; y, con la consecuencial de la restitución de los inmuebles a que se refiere la dicha escritura, con la correspondiente exclusión del lote a que alude el recurrente y como consecuencia de la reforma de la sentencia de primera instancia. El Tribunal, pues, desató la litis, no sólo respecto de la acción principal, sino también de la consecuencial, 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. Quiere esto 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 2v del artículo 520 citado, sino otra muy distinta.

Esta tesis la comparte el recurrente, pues sin duda esa es la razón para que hubiera acusado la sentencia por falta de apreciación de algunas pruebas y por errónea apreciación de la demanda, invocando la causal primera del artículo 520 del C. J., acusaciones que quedaron resueltas en la primera parte de esta 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 Tunja de fecha 4 de febrero de 1955.

Sin costas en el recurso.

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

Pablo Emilio Manotas — Jesús María Arias — Daniel Anzola Escobar — Guillermo Caravito Durán — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

REPARTIMIENTO GENERAL DE LA SALA DE CASACION PENAL

ACTA NUMERO 532

(Presidencia doctor Sandoval V.)

Constituida la Corte Suprema de Justicia según el Decreto Legislativo número 1762 de 28 de julio último, y elegido Presidente de la Sala de Casación Penal el señor Magistrado doctor Luis Sandoval Valcárcel, procedió en la presente fecha, en asocio del suscrito Secretario de la misma, a hacer a la suerte entre los Magistrados que la integran el reparto de los negocios existentes en ella, que son los que en la presente acta se expresan, repartidos como aquí mismo se indica. El señor Presidente invitó al acto a los demás Magistrados, pero sólo asistieron los doctores Jesús Estrada Monsalve y Santiago Cadena Copete. Estuvo también presente el señor Oficial Mayor.

Se deja constancia de que a los señores Magistrados doctores Domingo Sarasty y Luis Sandoval Valcárcel, quienes son miembros de la Sala de Negocios Constitucionales, se les descontaron tres (3) negocios a cada uno por haber recibido otros tantos de dicha Sala.

El resultado del reparto fue el siguiente:

CASACIONES

Al señor Magistrado doctor **Santiago Cadena Copete** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

Eliseo Guerrero y otro, Héctor Angel Murillo, Samuel Echeverri, Pedro Antonio Saavedra, Oliverio y Pablo Jiménez, Jairo Zapata Ospina, Viator Grajales y otro, Martín Torres Sanabria, Luis Enrique Vega Vahos, Lucio Nacaza.

En tramitación:

Gratiniano Pinto Rojas, Edgar Rodríguez y otros, José Antonio Rosero A., José Fernando Sánchez B., Gustavo Toro Santacruz, Isidro Mantilla Gutiérrez, Raimundo Lucas Salinas y otro.

Total de negocios: 17.

Al señor Magistrado doctor **Jesús Estrada Monsalve** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

María Cristina Ríos, Alfredo Rincón y otros, Cristóbal Londoño Vallejo, Luis Alfonso Vargas y otro, Casimiro Mestre Castro, Sabino Gélvez García, Mario Castillo Cruz, Abelardo Católico y Adán Romero Acuña.

En tramitación:

Ramón Aristizábal y otros, Gonzalo Rubio Rivera y otro, Jesús María Durán Colmenares, Abraham Rodríguez Ros, Bolívar Guillermo Coral, Luis Alfredo Durán Gamboa, Martiniano González Peña y Félix Pinchao. Total de negocios, 17.

Al señor Magistrado doctor **Guillermo Hernández Peñalosa** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

David Gabino Torres, Rafael Peña y otro, Luis Felipe Arteaga Peña, Hugo Arango Ochoa, Daniel Oviedo Beleño, Luis Calixto Charry y otro, Ciro Enrique Goyeneche y otro, Onocífero Durán Pana y Joaquín Díaz Garzón.

En tramitación:

José Agapito Jaimes H., Evangelista González Salinas, Alfredo Campo López y otro, José Gilberto Rendón, Bernabé Morales Moreno, Luis Emilio Gélvez y Luis Alberto Carrera Perdomo. Total de negocios, 16.

Al señor Magistrado doctor **Luis Sandoval Valcárcel** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

Cristóbal González, Pedro Salamanca, Ramón Ortiz Mejía, Guillermo Hernández González, Manuel Antonio Londoño y otro, y Manuel Francisco Garcés.

En tramitación:

Luis Eduardo Ceballos, Escilda Llanos, Narciso Fonseca Fonseca, **Hernán Ramiro Poveda y otros**, Mario Valdés, Horacio y Víctor Gómez M., Manuel Salvador y Carmelo Montiel. Total de negocios, 13.

Al señor Magistrado doctor **Domingo Sarasty** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

Marco Julio Villada Palacio, **Manuel Salvador** Torres, Guillermo Gallón C., Ernesto **Mora** Arévalo y otro, Daniel Castro Villamil y Vicente García Noguera.

En tramitación:

Francisco A. Lemos Gordillo, Luis Felipe Acosta Díaz, Oliverio Rojas Coro, Adalberto Mantilla Ordóñez, Simeón Ardila Reina, Andrés Avelino Sánchez y Luis Milciades Daza y otro. Total de negocios, 13.

Al señor Magistrado doctor **Edelberto Téllez Camacho** le correspondieron las siguientes casaciones interpuestas por los respectivos recurrentes:

Para fallo:

Alejandrino Patiño y otro, Fabio Zuleta Marín, Nepomuceno Matallana, Jaime Ossa E. y otro, Nicolás Alvarez Alhumado, Benjamín Rodríguez Poveda, Juan Bautista Aguirre, Segundo Isaac Correa y Pedro María Vásquez Páez.

En tramitación:

Aureliano Caraballi, Isidro Osorio, Pablo Antonio Echeverri, José Israel Arias Romero, Luis Pinzón Rojas, Gustavo Acevedo y Amadeo Rivera Rivera. Total de negocios, 18.

SEGUNDAS INSTANCIAS

Al señor Magistrado doctor **Santiago Cadena Copete** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Oscar Villegas Aristizábal, Isaac Velosa, Eduardo Alvarez Orozco, Máximo Villamizar Tinoco, Aciselo Rojas Peña, Horacio Gil, José Ramón Travecedo, Juan Nepomuceno Mojica, Jesús María Alvarez Abad, Ignacio Meléndez Piñeres, Enrique Calindo, Gabriel García Díaz Granados, Juan Nepomuceno Mojica.

En tramitación:

Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena, Fernando Abello Lobo, Manuel Franco Rodríguez y Juez 1º Penal del Circuito de Cartagena. Total de negocios, 17.

Al señor Magistrado doctor **Jesús Estrada Monsalve** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Cenón Hernández Moré, Adán Montoya Alvarez, Manuel Franco Rodríguez, José Lobelo Manjarrés, Rogerio Patiño, Julio Salinas Micolta, Luis Eduardo Mejía y otros, Antenor Barbosa, Ernesto Garcés O'Byrne, Carlos E. Méndez, Julio Holguín Umaña, Joel Franco Jiménez, y Jorge Enrique Sánchez Guzmán.

En tramitación:

Carlos Alberto Olano, Alberto Vargas Rengifo,

Neftalí Moncayo Guerrero y Juan B. Espinosa. Total de negocios, 17.

Al señor Magistrado doctor **Guillermo Hernández Peñalosa** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Luis Francisco Camacho, Alfonso Solarte Hurtado, Antonio Padilla Nieto, Manuel Vanegas Mendoza, Cantalicio Peña, Jorge Esquivel Biedman, José Antonio Jiménez, Luis Eduardo Giraldo y otros, Jorge A. Mosquera Palacios, Candelario García, Julio Alvarez Cuesta, José Joaquín Prada Rojas, José María Serrano Zúñiga.

En tramitación:

Eduardo Hernández Malo, Juzgado Superior de Ibagué, Neftalí Narváez y Ramiro Araújo Grau. Total de negocios, 17.

Al señor Magistrado doctor **Luis Sandoval Valcárcel** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Hernando Rozo Santos, Roberto Ortega López, Juez 1º Superior de Cartagena, Aurelio Valencia y otros, Manuel J. Hurtado M., Guillermo Rey Barrera, Pablo Alzate Fernández, Carlos Ladrón de Guevara, José Vicente Villa Arango, José Ignacio Rodríguez Peña, Rafael Díaz Herrera, Enrique Díaz Silva y Berta Zapata Casas.

En tramitación:

Jorge A. Ahumada, Pedro A. Peñarete Villamil, Jorge E. Ruano y Hernán Baquero González. Total de negocios, 17.

Al señor Magistrado doctor **Domingo Sarasty** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Cleofas Delgado, Oscar Villegas Aristizábal,

En tramitación:

Alberto Gómez Rodríguez, Ramiro Goenaga y Manuel Franco Rodríguez. Total de negocios, 16.

Al señor Magistrado doctor **Elberto Téllez Camacho** le correspondieron las siguientes segundas instancias contra las personas que en seguida se enumeran:

Para fallo:

Manuel Franco Rodríguez, Roberto Malo Pupo, Enrique Díaz Silva, Luis Felipe Ballesteros, Enrique Ramírez Moreno, Pedro Pablo Alvarado, José Domingo Wilches Salas, José María Alvarado Torres, Neftalí Mosquera Mosquera, César C. Bustos, Pedro J. Castilla Castilla, Gumercindo Saldaña, Joel Franco Jiménez.

En tramitacion:

Máximo Villalobos Tinoco y otros, José Cabarcas González y Carlos Enrique Méndez. Total de negocios, 16.

UNICAS INSTANCIAS

Al señor Magistrado doctor **Santiago Cadena Copete** le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Juan Tovar Daza y otros, Julio Marenco Romero y otros.

En tramitación:

Estanislao Pardo G., Patricio Villalba (causa), José J. Arciniegas y otro, Roberto Camacho Rodríguez. Total de negocios, 6.

Al señor Magistrado doctor **Jesús Estrada Monsalve** le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Rogerio Patiño, Antonio Ordóñez Ceballos.

En tramitación:

José Miguel López, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, Julio Marenco Romero y Bernardo Vieira Jaramillo. Total de negocios, 6.

Lisandro Martínez Zúñiga, Fabio Calderón Botero, Pedro Estrada Ramos, Juan B. Espinosa, Aciselo Rojas Peña, J. Adán Montoya, Gil Antonio Caicedo, Alfonso Villalobos Serpa, Martín J. Esquivel, Lisandro Castañeda Acosta y José Sánchez Rozo.

Al señor Magistrado doctor Guillermo Hernández Peñalosa le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Contra los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena y Jorge Córdoba.

En tramitación:

César Augusto Cuéllar Velandia, Jaime Castillo Hurtado, Alfonso Ayala Jiménez y otro, y Augusto Tinoco Pérez. Total de negocios, 6.

Al señor Magistrado doctor Luis Sandoval Valcárcel le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Antonio Arcila González y Adriano Cortés.

En tramitación:

Alfredo Constain, Hernando Casas Caicedo y Pioquinto Rengifo. Total de negocios, 5.

Al señor Magistrado doctor Domingo Sarasty le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Contra los señores Carlos Pérez Norzagaray, Pedro Gómez Arenas y José Antonio Castañeda Morales.

En tramitación:

Néstor Forero Morales, Patricio Villalba y José J. Arciniegas y otro. Total de negocios, 6.

Al señor Magistrado doctor Elberto Vélez Camacho le correspondieron los siguientes sumarios:

Para fallo:

Contra los señores Gabriel Meluk Aluma y Joaquín Ospina Ortiz.

En tramitación:

Magistrados del Tribunal Superior de Santa Marta, César Calero Mercado y Carlos Casabianca. Total de negocios, 5.

VARIOS

Al Sr. Magistrado Dr. Santiago Cacena Copete le correspondieron dos (2) negocios de este grupo así: Uno contra Julián Devis E., Director del periódico "El Nacional" de Barranquilla, por los delitos de calumnia e injuria. Viene para dirimir la competencia negativa, provocada por el sindicado. Otro para que se decida sobre el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Jorge Lamus Lamus en el sumario contra Jesús Sandoval Flórez. Total de negocios, 2.

Al señor Magistrado doctor Jesús Estrada Monsalve le correspondieron dos (2) negocios de este grupo así: Uno sobre la solicitud de cambio de radicación formulada por Miguel Quintero Martínez. Otro para que se decida sobre el impedimento manifestado por el Fiscal del Tribunal Superior de Buga, doctor Primitivo Vergara Crespo en la causa seguida a Germán Benavides Zamora. Total de negocios, 2

Al señor Magistrado doctor Guillermo Hernández Peñalosa le correspondieron dos (2) negocios de este grupo, para que la Corte dirima la colisión de competencias en los sumarios que se adelantan contra Julián Devis E., Miguel A. Cruz y otros, por los delitos de calumnia e injuria, homicidio y robo, respectivamente. Total de negocios, 2.

Al señor Magistrado doctor Luis Sandoval Valcárcel le correspondió un (1) negocio de este grupo, referente al impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Pereira, doctor Leonel Gómez Ospina en la causa seguida contra Danilo de la Pava y otros. Total de negocios, 1.

Al señor Magistrado doctor Domingo Sarasty le correspondió un (1) negocio de este grupo,

referente a la recusación propuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Neiva contra los Magistrados de dicha Corporación, doctores Cicerón Domínguez y Rafael A. Cuervo, en el sumario seguido contra Marco A. Ruiz Cadena y otros. Total de negocios, 1

Al señor Magistrado doctor **Elberto Téllez Camacho** le correspondió un (1) negocio de este grupo, relacionado con la colisión de competencia negativa, provocada por el sindicado Julián Davis Echandía al Juzgado de Garantías Sociales de Cartagena. Total de negocios, 1

REVISIONES

Al señor Magistrado doctor **Jesús Estrada Monsalve** le correspondieron dos (2) negocios de este grupo, relacionados con los recursos interpuestos por los sentenciados Luis Carlos Sánchez J. y Luis Benito Villamizar V. Total de negocios, 2.

Al señor Magistrado doctor **Luis Sandoval Valcárcel** le correspondió un (1) negocio de este grupo, relacionado con el recurso interpuesto por el sentenciado Eleuterio Avila. Total de negocios, 1.

Al señor Magistrado doctor **Elberto Téllez Camacho** le correspondió un (1) negocio de este grupo, relacionado con el recurso interpuesto por el apoderado del sentenciado Alfonso Díaz Barreto. Total de negocios, 1.

RESUMEN

Casaciones	92
Segundas Instancias	100
Unicas Instancias	34
Varios	9
Revisiones	4
Total	239

En constancia se firma la presente acta en Bogotá, a cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis.

El Presidente de la Sala, **Luis Sandoval Valcárcel.—Julio E. Argüello R.**, Srio.

REVISION

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, la petición por la cual se solicita la revisión de un proceso, técnicamente es una demanda porque es una acción que se promueve contra la autoridad de la cosa juzgada; por consiguiente, ella debe sujetarse a los requisitos que señala el artículo 572 ibidem, o sea: Determinación del juicio cuya revisión se demanda; la denominación del Juzgado o Tribunal que hubiere fallado el negocio; el delito o delitos que lo motivaron y la clase de sanción impuesta; los hechos y el derecho en el cual se apoya la demanda. Además con esta petición se acompañarán las pruebas atinentes a demostrarlos.

Entre las excepciones consagradas por la ley al principio general de que nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, no se halla la de que el procesado tenga facultad para formular ante la Corte la demanda de revisión; y si conforme a los mandatos de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 69 de 1945 la demanda de revisión debe formularse por abogado inscrito, es obvio y natural que la petición que no reúne los requisitos legales debe rechazarse.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

José Ciro Muriel —en su propio nombre— en memorial de julio diez y seis de mil novecientos cincuenta y seis, demanda la revisión del proceso que por un delito "del homicidio" se adelantó en el Juzgado 1º Superior de Buga, y en el cual fue condenado a la pena de veinticuatro años de presidio.

El Secretario de la Sala informa "que el signatario del anterior memorial no figura como abogado inscrito en la Corte".

Se considera:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, la petición por la cual se solicita la revisión de un proceso, técnicamente es una demanda porque es una acción que se promueve contra la autoridad de la cosa juzgada; por consiguiente, ella debe sujetarse a los requisitos que señala el artículo 572 ibidem, o sea: Determinación del juicio cuya revisión se demanda; la denominación del Juzgado o Tribunal que hubiere fallado el negocio; el delito o delitos que lo motivaron y la clase de sanción impuesta; los hechos y el derecho en el cual se apoya la demanda. Además con esta petición se acompañarán las pruebas atinentes a demostrarlos.

Entre las excepciones consagradas por la Ley al principio general de que nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, no se halla la de que el procesado tenga facultad para formular ante la Corte la demanda de revisión; y si conforme a los mandatos de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 69 de 1945 la demanda de revisión debe formularse por abogado inscrito, es obvio y natural que la petición que no reúne los requisitos legales debe rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda de revisión promovida por José Ciro Muriel a que se ha hecho referencia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty M.—Eliseo Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

DESISTIMIENTO

Tanto en el proceso penal como en el civil, el desistimiento es un acto dispositivo de las partes para proseguir o terminar los incidentes o recursos que dentro de él se hayan propuesto. El desistimiento entraña la renuncia de un derecho; por consiguiente, produce el efecto de dejar en firme la providencia o sentencia sujeta a un recurso; sus consecuencias aprovechan o perjudican a la persona que se dice titular del mismo.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 461 del C. J. las partes personalmente o por conducto de sus mandatarios pueden ejercer esta facultad; cuando lo hace el titular de la acción, no necesita autorización expresa porque es la renuncia de un derecho que le otorga la ley para interponer el recurso, pero cuando el desistimiento se hace por conducto de apoderado o representante legal, éste debe tener autorización expresa para ello según lo dispone el artículo 465, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil; caso contrario, el desistimiento no tiene operancia jurídica.

El desistimiento puede presentarse en cualquier estado del juicio cuando el memorial poder contiene esa prerrogativa; pero cuando el defensor no goza de ese derecho y carece de poder para representarlo ante la Corte, es lógico concluir que no tiene facultad alguna para desistir. Pero como en el presente caso la solicitud de desistimiento del recurso se hace por Luis Felipe Acosta Díaz, persona a quien directamente aprovechan o perjudican las consecuencias de su acto, y como —por otra parte— él es titular de dicha acción, el desistimiento del recurso prospera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El doctor Ignacio Caicedo Lozano, defensor de Luis Felipe Acosta Díaz, en memorial de once de agosto del presente año manifiesta que desiste del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena al procesado a la pena principal de dos años de presidio, como responsable de un delito de lesiones personales cometido en Pedro Antonio Liévano. Petición que posteriormente fue ratificada por el señor Acosta Díaz y en cuyo memorial se confiere al recurrente la facultad para poder desistir.

Tanto en el proceso penal como en el civil, el desistimiento es un acto dispositivo de las partes para proseguir o terminar los incidentes o recursos que dentro de él se hayan propuesto. El desistimiento entraña la renuncia de un derecho; por consiguiente, produce el efecto de dejar en firme la providencia o sentencia sujeta a un recurso; sus consecuencias aprovechan o perjudican a la persona que se dice titular del mismo.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 461 del C. J., las partes personalmente o por conducto de sus mandatarios pueden ejercer esta facultad: cuando lo hace el titular de la acción, no necesita autorización expresa porque es la renuncia de un derecho que le otorga la ley para interponer el recurso, pero cuando el desistimiento se hace por conducto de apoderado o representante legal, éste debe tener autorización expresa para ello según lo dispone el artículo 465, numeral 3º, del Código de Procedimiento Civil; caso contrario, el desistimiento no tiene operancia jurídica.

El desistimiento puede presentarse en cualquier estado del juicio cuando el memorial poder contiene esa prerrogativa; pero cuando el defensor no goza de ese derecho y carece de poder para representarlo ante la Corte, es lógico concluir que no tiene facultad alguna para desistir. Pero como en el presente caso la solicitud de desistimiento del recurso se hace por Luis Felipe Acosta Díaz, persona a quien directamente aprovechan o perjudican las consecuencias de su acto,

y como —por otra parte— él es titular de dicha acción, el desistimiento del recurso prospera.

Es verdad que el poder no fue presentado personalmente por el interesado ante funcionario competente para que certifique sobre su identidad; pero también, es evidente que estando el poderdante privado de libertad el cumplimiento de este requisito (artículos 256 y 223 del C. J.) en lo penal, entorpecería la marcha de la administración de justicia. Por esto es por lo que la Sala en diversos casos acepta que la certificación o visto bueno del Director o Subdirector del establecimiento donde el poderdante se halla detenido, sirva para cumplir los fines de las disposiciones anteriormente citadas.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ACEPTA el desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por al cual se condena a Luis Felipe Acosta Díaz a la pena principal de dos años de presidio, por un delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Fernández P.—Domingo Sarasty M.—Eberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTO Y RECUSACION. — CAUSALES DEL NUMERAL 4° DEL ART. 73 DEL C. DE P. P.

Dos son las posibilidades que dentro de la ley pueden generar la causal de impedimento o recusación prevista en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P. en su acepción de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". La primera, cuando la persona antes de tener el carácter de Juez o Magistrado emite opinión sobre el negocio que luego después como funcionario de la Rama Jurisdiccional debe conocer; la segunda, cuando en ejercicio del cargo emite concepto en providencia de fondo y posteriormente como funcionario de superior jerarquía debe revisar el negocio. En ambos casos, la jurisprudencia ha aceptado y reconocido que esa opinión constituye causal de impedimento o recusación, por la existencia de un hecho que rebasa los planos de la inteligencia para convertirse en un acto externo y concreto, escrito u oral sobre el asunto materia del proceso.

La opinión, o sea el concepto o parecer que concibe o forma el pensamiento humano debe referirse a un problema, objeto o cosa determinada. Se opina cuando se discurre o razona sobre probabilidades o consecuencias referentes a la verdad o certeza de un proceso, pero no se emite opinión cuando el concepto por la vaguedad de sus términos o por ser general no vincula intelectualmente a quienes lo emiten a un caso concreto e individualizado. Es cierto que el Acuerdo contiene una protesta por los conceptos emitidos contra funcionarios de la Rama Jurisdiccional; pero, también es evidente que en ese documento no existe opinión alguna en relación con el proceso seguido contra Marco Antonio Ruiz Cadena. Por consiguiente, la causal de recusación fundada en la circunstancia de haber los Magistrados "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" no está probada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre dos de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en su Vista de diez y seis de junio del presente año, recusa a los Magistrados **Cleerón Domínguez y Rafael A. Cuervo** para que sean separados del conocimiento del negocio que se adelanta contra Marco Antonio Ruiz Cadena y otros, por un delito de homicidio cometido en la persona del señor Luis Borrero Durán.

Antecedentes

En el periódico "El Porvenir" que se edita en la ciudad de Neiva fue publicado un artículo bajo el título de "Algo podrido en la justicia", en el cual se dice:

"El Organo Jurisdiccional (sic) en este Departamento siempre mereció el respeto unánime de la ciudadanía y el beneplácito de la opinión pública. Sus integrantes eran hombres probos, alejados de las luchas banderizas y equilibrados en su personalidad, para quienes la justicia era algo sagrado y su ejercicio un verdadero sacerdocio. Pero los tiempos han cambiado con la llegada de la violencia política bandolera y nuevos vientos disolventes agitan esta rama del poder público.

"Había necesidad de aparejar a la violencia política la violencia judicial. Y llegó la muerte para los campesinos conservadores que usufructuaban su parcela en las regiones de Vegalarga, San Antonio, San Luis, Organos, fracciones del Municipio de Aipé, de Colombia, Barayá, Rivera, Campoalegre y Algeciras, con el saldo dantesco de incendios y robos. Mas no era suficiente lo anterior.

"Si quedaban sobrevivientes de esta orgía de sangre había necesidad de perseguirlos judicial-

mente hasta llevarlos a la cárcel, aunque no existiera el más leve indicio de responsabilidad.

"Nadie mejor para ejecutar este papel que un Juez enfermo espiritual y materialmente, resentido de la vida por todos los conceptos, anormal en su misma existencia y cobarde en el más amplio sentido de la palabra. Tal sujeto responde al nombre de Jorge Durán Cabrera. Sus auxiliadores Rafael Olaya Charry e Isidro Bahamón, son rezagos de ese izquierdismo procomunista que vivió el país durante la administración de López y con una audacia desconcertante llegaron a ejercer la jefatura sectaria en los Municipios de Aipé y Tello.

"Diariamente la perversidad sectaria se ocupa en perseguir, hasta encarcelar, a humildes conservadores a quienes se trata de inculpar de crímenes que merecen la reprobación ciudadana, de los cuales jamás han tenido conocimiento.

"El Juzgado Superior de Neiva es una máquina tremenda de sectarismo político donde no puede entrar la verdadera justicia. Ante tanta iniquidad no queda para los profesionales conservadores sino la cancelación de su inscripción o la recusación a dichos funcionarios, si así pueden denominarse".

Esta publicación motivó el Acuerdo número 22 de septiembre 14 de 1955, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial protesta por los cargos injustos que se hacen a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional; ordena citar al director del mencionado periódico para que concrete los cargos; pide al Ministerio de Justicia se designe un investigador especial para que conozca de esos hechos, y finalmente rechaza las imputaciones que se hacen al Juez Superior porque "no puede patrocinar insolubles y bajos insultos dirigidos a sus colaboradores".

Causales de recusación

El Agente del Ministerio Público alega como causales de recusación las de los numerales 1º y 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal o sea, la de tener el Juez o Magistrado "interés en el proceso" y la de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". Y como razones que sirven de apoyo a su petición expresa:

"...El numeral primero, porque los Magistrados que rechazaron las imputaciones hechas al doctor Durán Cabrera, tienen 'interés intelectual', al cual se refiere la H. Corte Suprema de Justicia, ya que en caso de que se llegara a probar al doctor Durán Cabrera algún cargo, no sólo quedaría sin valor aquella protesta, sino que sus autores llegarían a ser sindicados de haberse solidarizado con el acusado y de haber escrito una declaración festinada e intempestiva".

Y en relación con la causal cuarta afirma:

"Existe también la causal de recusación del numeral 4º, porque los Magistrados que firmaron el citado Acuerdo, ya manifestaron su opinión sobre el asunto, materia del proceso; y esta manifestación la hicieron antes de tener a la vista los posibles elementos de prueba acusatorios que puedan allegarse en el curso de la investigación. Esto significa que prejuzgaron".

Se considera:

Las causales de recusación como los impedimentos tienen una misma razón, o sea, los hechos señalados en los diversos numerales del artículo 73 del C. de P. P. Difieren sí, en cuanto al procedimiento para hacerlos efectivos; éstos, por regla general, no necesitan demostración alguna; aquéllas, contienen motivación y deben probarse. El impedimento es la manifestación personal del Juez o Magistrado de la existencia de un hecho señalado por la Ley que moralmente lo inhibe para conocer del proceso; la recusación es la petición que formula una de las partes que intervienen en el proceso para que el funcionario sea separado del conocimiento por hallarse incurso en una de las causales que determina la Ley.

El Código de Procedimiento Penal establece como causal de recusación el hecho de tener el Juez o Magistrado "interés en el proceso" (artículo 73, numeral 1º del C. de P. P.). El interés de que habla la Ley puede ser de orden material o económico, moral, intelectual o afectivo; el primero se vincula a la indemnización de perjuicios como resultado de la acción penal, el segundo hace referencia al patrimonio moral de la persona —sentimientos afectivos—, como consecuencia de la pena impuesta por la comisión de un delito o de sus proyecciones en la familia o en la sociedad. En ambos casos, el posible interés del Juez o Magistrado en los resultados del juicio tiene que demostrarse, máxime cuando se trata de una recusación.

El hecho de suscribir un Acuerdo en el cual se protesta por conceptos ciertos o equivocados que se lanzan contra funcionarios de la Rama Jurisdiccional, no constituye causal de recusación, ni

demuestra el interés de orden intelectual (artículo 73, Nº 1º del C. de P. P.) que los Magistrados pueden tener en los fines del proceso; porque esa inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia una persona u objeto, debe vincularse directamente al contenido del juicio en tal forma que demuestre la posibilidad de que por ese "interés intelectual" la justicia no sea el resultado de la verdad histórica y material de los hechos investigados. Mas como las pruebas aducidas —Acuerdo del Tribunal— no demuestran ni directa ni indirectamente que los Magistrados tengan interés en el proceso, la causal de recusación es inoperante. No es la simple conjetura o la deducción personal de la interpretación del acuerdo el hecho que genera la causal de recusación alegada; es —se repite— la demostración del interés intelectual o afectivo que los Magistrados tengan en los resultados del proceso, lo que daría lugar a separarlos de su conocimiento.

Dos son las posibilidades que dentro de la Ley pueden generar la causal de impedimento o recusación prevista en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P. en su acepción de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". La primera, cuando la persona antes de tener el carácter de Juez o Magistrado emite opinión sobre el negocio que luego después como funcionario de la Rama Jurisdiccional debe conocer; la segunda, cuando en ejercicio del cargo emite concepto en providencia de fondo y posteriormente como funcionario de superior jerarquía debe revisar el negocio. En ambos casos, la jurisprudencia ha aceptado y reconocido que esa opinión constituye causal de impedimento o recusación, por la existencia de un hecho que rebasa los planos de la inteligencia para convertirse en un acto externo y concreto, escrito u oral sobre el asunto materia del proceso.

La opinión, o sea el concepto o parecer que concibe o forma el pensamiento humano debe referirse a un problema, objeto o cosa determinada. Se opina cuando se discurre o razona sobre probabilidades o consecuencias referentes a la verdad o certeza de un proceso, pero no se emite opinión cuando el concepto por la vaguedad de sus términos o por ser general no vincula intelectualmente a quienes lo emiten a un caso concreto e individualizado. Es cierto que el Acuerdo contiene una protesta por los conceptos emitidos contra funcionarios de la Rama Jurisdiccional; pero, también, es evidente que en ese documento no existe opinión alguna en relación con el proceso seguido contra Marco Antonio Ruiz Cadena. Por consiguiente, la causal de recusación fundada en la circunstancia de haber los Magistrados "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" no está probada.

Seguramente el Fiscal del Tribunal en su afán de evitar toda crítica a la administración de justicia y movido por el celo de las funciones a él encomendadas, pensó que su deber era el de formular la petición que hoy se estudia, no con el ánimo de hacer cargos contra los Magistrados recusados, sino con el deseo de cumplir con su deber como colaborador de la justicia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA INFUNDADAS LAS CAUSALES DE RECUSACION a las cuales se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcázcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Fernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. — REQUISITO QUE DEBE CONTENER. — TECNICA DEL RECURSO

La demanda de casación debe ceñirse estrictamente al contenido del artículo 531 del C. J., en relación con lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente, el escrito debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, la causal o causales que se invocan para pedir la infirmación del fallo, el planteamiento claro y preciso de los fundamentos que sirven de base a cada una de ellas, y la cita de las disposiciones legales que el recurrente considere violados. Etc, porque el recurso extraordinario de casación se funda en la discordancia entre la sentencia y la ley y corresponde al recurrente motivar su tesis para destruir la presunción de juridicidad del fallo impugnado.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener una finalidad. Una petición que prescinde de los ordenamientos legales (artículos 531 del C. J. y 7º del C. de P. P.) sin técnica ni orientación, es algo inoperante. No es lo mismo ni son actos similares el conformar una demanda de casación y alegar en una instancia dentro del juicio: lo primero, implica el conocimiento exacto y completo del recurso extraordinario de casación que ante la Corte se decide; lo segundo, no requiere sujeción a reglas especiales de técnica.

La impugnación del fallo por el simple enunciado de una causal, sin respaldo en los hechos ni en el derecho, no constituye en ningún caso demanda de casación; esa petición —cuando más— podría tener el carácter de un alegato de instancia con la posibilidad de que sea estudiado para interpretar el pensamiento de quien presenta el escrito, pero dentro del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda, ni interpretar el pensamiento del recurrente para corregir la falta de técnica de que adolece la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre tres de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y cinco condenó a Marco Tulio Villada a la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte de Soledad Villada.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación.

Hechos

En providencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, el Juzgado Superior calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio a Marco Tulio Villada Palacios por un delito "del Homicidio" cometido en la persona de su legítima esposa Soledad de Villada.

Cumplidas las formalidades legales, a la consideración de los miembros del Jurado se formuló la siguiente pregunta:

"Cuestión única

"¿El acusado Marco Tulio Villada Palacio es responsable de haber dado muerte con intención de matar a su legítima esposa Soledad Villada, en estado de ira o intenso dolor causado por grave o injusta provocación, por medio de heridas ocasionadas con arma cortante y punzante (cuchillo) que le produjeron la muerte pocos minutos después, hecho que tuvo su cumplimiento en el paraje de 'Cañaan', jurisdicción del Municipio de Viterbo (Cds.), el día diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y tres a las diez de la mañana más o menos?".

Respuesta

"Si es responsable, en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación".

En desarrollo del veredicto, el Juzgado en providencia de diez y ocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a Marco Tulio Villada a la pena principal de cinco años de presidio, sentencia que fue reformada por el Tribunal al disminuir la pena impuesta de cinco, a cuatro años y medio de presidio.

Demanda

Dos son las causales que invoca el doctor Tulio Echeverry Mejía —Fiscal del Tribunal—. La primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"...Fue violado el numeral 1º del artículo 567 del C. de P. P., porque es indudable que se dio una indebida aplicación a la Ley por haberse reconocido en favor de Villada P. los atenuantes de ira y dolor causados por grave e injusta provocación, cuestión ampliamente debatida en el expediente y cuyas circunstancias negamos y demostramos en el correspondiente concepto de los folios 77 fte. a 78 vto. del cuaderno principal y fue ampliado nuestro criterio por el nuevo concepto que obra a folios 115 fte. a 116 vto. del mismo cuaderno, de donde es fácil concluir que fue mal aplicada la pena por no habérsele impuesto al reo la que le correspondía...".

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Con fundamento en esta causal, afirma el recurrente:

"Hubo error en la interpretación de los hechos porque lógicamente no pueden deducirse los atenuantes de **ira y dolor**, dadas las modalidades de los hechos, ya porque Villada llegó al homicidio después de una larga premeditación, a sabiendas de que su esposa no era de vida honesta ni antes ni después de contraer matrimonio con ella, y porque su hecho no es justificable por la separación previa, pues la Ley no autoriza al marido para matar a su mujer por el solo hecho de que ésta se le separe, luego no le es permitido a él alegar que cometió el homicidio bajo el influjo de **ira y dolor**, y la misma disposición le prohibe al juzgador reconocerle dichos atenuantes, aun cuando hayan sido alegados por el reo o pudieran deducirse claramente de los hechos...".

Concepto del Agente del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstiene de ampliar la demanda porque —en su concepto— el escrito presentado por el Fiscal del Tribunal carece de los requisitos esenciales que debe contener una petición de esta naturaleza, y anota las siguientes deficiencias:

"a) Una relación de los hechos no muy acorde con las constancias del expediente (punto primero);

"b) Una invocación de las causales de casación, que lo fueron la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, efectuada en seis (6) renglones y en una forma que las mezcla y confunde (punto segundo);

"c) Una enunciación de los argumentos o puntos de vista tanto jurídicos como de hecho que hace relación a la causal primera de casación (mala aplicación de la ley penal) y en la cual se hace referencia a anteriores conceptos del señor Fiscal recurrente, expresando que de acuerdo con todo ello 'se le debió de haber impuesto a Villada una sanción no menor de quince años de presidio' (punto tercero); y,

"Finalmente, otra enunciación análoga a la anterior pero que dice relación a la causal segunda de casación (mala interpretación de los hechos) que, dicho sea de paso, no tiene cabida en el presente caso por ser un negocio sometido a la decisión del Jurado (punto cuarto)".

"Termina su corto escrito con la siguiente petición:

" 'Por lo anteriormente expuesto, demando ante esa H. Corporación sea casada la sentencia recurrida'.

"Y por añadidura no expresa lo que se debería declarar en lugar de dicho proveído en orden a lo establecido en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

"Carece, en síntesis, la demanda del señor Fiscal recurrente, de aquellos requisitos esenciales a que se refieren los artículos 531 del C. de P. C. en concordancia con el 7º del C. de P. P. y la reiterada jurisprudencia de la H. Corte sobre la técnica estricta del recurso extraordinario de casación, por todo lo cual la Procuraduría no ejerce la facultad de ampliación supraindicada".

Se considera:

La demanda de casación debe ceñirse estrictamente al contenido del artículo 531 del C. J., en relación con lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente, el escrito debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, la causal o causales que se invocan para pedir la infirmación del fallo, el planteamiento claro y preciso de los fundamentos que sirven de base a cada una de ellas, y la cita de las disposiciones legales que el recurrente considera violadas. Ello, porque el recurso extraordinario de casación se funda en la discordancia entre la sentencia y la Ley y corresponde al recurrente motivar su tesis para destruir la presunción de juridicidad del fallo impugnado.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener una finalidad. Una petición que prescinda de los ordenamientos legales (artículos 531 del C. J. y 7º del C. de P. P.) sin técnica ni orientación, es algo inoperante. No es lo mismo ni son actos similares el confeccionar una demanda de casación y alegar en una instancia dentro del juicio: lo primero, implica el conocimiento exacto y completo del recurso extraordinario de casación que ante la Corte se decide; lo segundo, no requiere sujeción a reglas especiales de técnica.

La impugnación del fallo por el simple enunciado de una causal, sin respaldo en los hechos ni en el derecho, no constituye en ningún caso demanda de casación: esa petición —cuando más— podría tener el carácter de un alegato de instancia con la posibilidad de que sea estudiado para interpretar el pensamiento de quien presenta el escrito, pero dentro del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda, ni interpretar el pensamiento del recurrente para corregir la falta de técnica de que adolece la demanda.

El recurrente, en el planteamiento de las causales primera y segunda, no aduce razones de ningún género; la demanda se reduce a expresar que el fallo no debió tener en cuenta los estados de ira e intenso dolor reconocidos por el Jurado, pero no aduce los motivos que lo llevan a esa conclusión, y en cuanto a la segunda de las causales, es bueno repetir que ella es inoperante en los juicios con intervención de Jurado.

"Para que en casación prospere la demanda —ha dicho la Corte— es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la Ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ésta se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la ley, porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de anotar esos errores para que sean corregidos.

"Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlos sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la Ley". (G. J. Tomo LXXXI).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Alberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — AUTORIDADES QUE DEBEN CONOCER DE LA REVISION DE PROCESOS ADELANTADOS CONFORME AL DECRETO 0014 DE 1955

1.—Nuestra ley procedimental en materia penal habla del recurso extraordinario de revisión, que técnicamente es una acción tendiente a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada. Es un medio de impugnación extraordinario, suspensivo, relativamente devolutivo y extensivo, que se propone como lo enseña Manzini, a instancia de parte, contra una sentencia penal ejecutoriada, demandándose su revocación y, eventualmente, su sustitución con otra. La revisión, a diferencia de la casación, se funda en errores de hecho que hacen materialmente injusta la sentencia acusada.

Este recurso procede en casos extraordinarios y taxativamente determinados por la ley de procedimiento penal, y se halla establecido para corregir un error judicial y reparar de esta suerte una injusticia notoria. De esta definición, como lo sostiene Jiménez Asenjo, se desprende que tiene los siguientes elementos que lo caracterizan: a) Es un recurso impugnativo, por cuanto supone un EXAMEN NUEVO DE LA COSA JUZGADA o del objeto procesal; b) Es extraordinario, "en un doble sentido, por cuanto se interpone exclusivamente por motivos especiales de hecho y ataca la fuerza de la cosa juzgada"; c) Es suspensivo, porque interfiere el cumplimiento o ejecución del fallo impugnado, cambiándose la condición del sujeto pasivo de la acción penal, de condenado en sindicado; y d) Es relativamente devolutivo, por cuanto sólo en el caso de que se decrete la revisión del proceso, hay lugar a remitir éste a una autoridad con el mismo grado de jurisdicción de la que conoció anteriormente.

La revisión tiene por objeto enmendar errores de hecho que afectan sustancialmente la autoridad de la cosa juzgada, partiendo del principio de que esta fuerza se sustenta sobre bases verdaderas, y, en casos de error, o sea, cuando se apoya en bases materiales evidentemente falsas, debe hacerse a un lado "la santidad de la cosa juzgada", a fin de que este elevado principio sólo sea vinculante y obligatorio cuando sea "la expresión de la justicia real y verdadera", como dice el expositor Plaza.

La cosa juzgada tiene un destacado interés social, indispensable para el logro de los fines de la justicia, que debe ser respetada e intangible, partiendo de la base de que las sentencias se edifican sobre una presunción absoluta de verdad.

2.—La Corte le da aplicación extensiva al artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las autoridades competentes según el Decreto 0014 de 1955, disponiendo que otro Alcalde del Departamento de Cundinamarca revise el proceso. O sea que —por vía jurisprudencial se decide—, cuando se trate de revisión de procesos seguidos por los trámites del Decreto 0014 de 1955, sobre Prevención Social, aquélla se adelantará por otra oficina de la misma categoría de la que conoció en primera instancia, es decir, por otro Alcalde del mismo Departamento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 76 del Decreto Ley 0014 de 1955, revisa esta Sala de lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, el Proceso seguido contra **Alfonso Díaz Barreto**, hijo de Antonio y Beatriz, de veintiseis años de edad a la época de la condena, soltero y natural de Icononzo, proceso que culminó en primera instancia con la sentencia pronun-

ciada por la Alcaldía Especial de la 5ª Zona Administrativa de este Departamento, sentencia por medio de la cual se declaró en estado de especial peligrosidad a Díaz Barreto. Dicha declaración fue confirmada por el Juzgado de Garantías Sociales, y en virtud de ella se condenó a Díaz Barreto a sufrir la pena de dos (2) a ocho (8) años de relegación a una Colonia Agrícola, todo de acuerdo con las disposiciones de los artículos 3º, ordinal a), 7º (numeral 26) y 30, del citado Decreto 0014 de 1955.

La demanda y sus antecedentes

En libelo presentado por el doctor Gaspar G. Cortés, mandatario judicial de Alfonso Díaz Barreto, se pidió la revisión del mencionado proceso y de las sentencias pronunciadas el 18 de mayo y el 4 de julio de 1955, por la Alcaldía Especial de la 5ª Zona Administrativa y el Juzgado de Garantías Sociales de este Departamento, respectivamente, por medio de las cuales, como se acaba de decir, se declaró al demandante en estado de especial peligrosidad y se le condenó a relegación a colonias por un lapso de dos a ocho años.

Como antecedentes de dichos fallos, se conocen los siguientes:

En la madrugada del 14 de marzo de 1956 se suscitó un altercado en un establecimiento público de café, dentro del poblado urbano de Fusagasugá, protagonizado por Alfonso Díaz Barreto, quien le propinó una puñalada a su amante, la muchacha Alicia Caycedo.

Iniciada la correspondiente investigación, el Inspector Municipal de Policía ordenó llevar la historia judicial, o "pasado delictivo de Alfonso Díaz", y como de dicho historial hubieran aparecido varias sindicaciones contra "Alfonso Díaz", se ordenó pasar copia del expediente penal a la Alcaldía, para que se siguiera el procedimiento sobre estados de especial peligrosidad, conforme a las previsiones del citado Decreto 0014 de 1955. Fue así como se dictó auto confirmatorio de la detención ordenada en el proceso penal por lesiones personales y se dispuso la apertura a pruebas, culminando todo con la sentencia de primera instancia ya referida. En esta sentencia se dice que a Díaz Barreto debe considerársele en estado de especial peligrosidad social, porque sus antecedentes, actividades, hábitos o forma de vivir, y, concretamente, sus antecedentes delictivos y de policía, autorizan tal calificación. Y se explica:

"En efecto, en el proceso se encuentra demostrado que Díaz Barreto ha sido conducido plurales veces ante las autoridades acusado de infracciones no culposas. Estos antecedentes acreditan la imputación de hechos definidos y como se dijo en providencia antes referida, de las cinco sindicaciones solamente se tienen en cuenta las de Villavicencio —2 por estados antisociales y la de Icononzo por el delito de lesiones personales, por cuanto las restantes no reúnen los requisitos necesarios para acogerlas como antecedentes de policía. Tenemos, pues, que estas tres inculpaciones unidas a la que dio origen a la iniciación de estas diligencias satisfacen holgadamente el requisito esencial enunciado en el artículo 1º del Decreto 0014. Esta sola circunstancia, se repite, bastaría para que el procesado Díaz Barreto cayera indefectiblemente bajo las sanciones que el Estatuto de Prevención Social reserva a quienes quebrantan sus normas".

Lo que la Alcaldía de Fusagasugá y el Juzgado de Garantías tuvieron como antecedentes delictivos y de policía, para condenar a Díaz Barreto, es como aparece:

a) Sindicación por vagancia en Villavicencio

Sumario iniciado el 25 de marzo de 1948, contra "Alfonso Díaz", que terminó en primera instancia con sobreseimiento definitivo, que fue confirmado con fecha 9 de mayo del mismo año.

b) Sentenciado por "Estado antisocial" (Ley 48 de 1936); proceso contra "Alfonso Díaz" (alias "Matallana"), iniciado en la Alcaldía Mayor de Villavicencio en 4 de junio de 1951, que terminó con sentencia condenatoria de primera instancia, confirmada el 30 de agosto del mismo año.

c) Retirada por sospechas a la Sección del SIC, en el Municipio de Girardot.

d) Participación en una fuga de presos en Cajamarca; y

e) Sumario por lesiones personales en Alicia Caycedo, iniciado en la Alcaldía Mayor de Fusagasugá.

Como hechos que fundamentaron la demanda de revisión que se estudia, se enumeraron los siguientes:

1º—En el expediente aparece una situación confusa para Díaz Barreto, con un homónimo (Alfonso Díaz) sin segundo apellido.

2º—Alfonso Díaz Barreto y Alfonso Díaz, a se-

ces, son personas totalmente diferentes, una de otra.

3º—**Alfonso Díaz** (a secas) fue muerto por los agentes del SIC, en esta ciudad de Bogotá, en junio o julio de 1955, por resistencia a mano armada a la autoridad, en momentos en que era perseguido para capturarlo: cuando esta muerte ocurrió, **Alfonso Díaz Barreto** estaba preso por cuenta del negocio cuya revisión se solicita.

4º—El Juzgado 6º de Policía de Bogotá condenó a la pena de relegación a Colonias, a **Luis Alfonso Díaz**, que no es el mismo **Alfonso Díaz Barreto**, y que puede ser el mismo **Alfonso Díaz** de que se ha hablado.

5º—Con las confusiones procedentes de los homónimos de que se acaba de hablar, se han cargado a **Alfonso Díaz Barreto** los antecedentes del fallecido **Alfonso Díaz** y del sentenciado **Luis Alfonso Díaz**, personas diferentes; y

6º—Los antecedentes que figuran en el prontuario proveniente del SIC, descartados los homónimos, no alcanzan a estructurar el elemento peligrosidad, de que trata el Decreto 0014 de 1955, y que sirvieron de base para los fallos condenatorios, cuya revisión se demanda.

En derecho se invocaron las siguientes disposiciones: artículo 551 del C. de P. P. (numerales 3º, 4º y 5º) y artículo 76 del Decreto 0014 de 1955.

Concepto fiscal

Aceptada la demanda y producidas las pruebas que acreditan la existencia de un "Alfonso Díaz", un "Luis Alfonso Díaz" y un "Alfonso Díaz Barreto", de condiciones personales distintas y de variadas actividades delictivas o de policía, se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, quien conceptuó en sentido favorable a la revisión impetrada, exponiendo las razones que sintéticamente se expresan a continuación:

El numeral 2º del Decreto 0014 de 1955 considera en estado de especial peligrosidad a la persona respecto de quien existan antecedentes delictivos o de policía por infracciones contra la vida o la integridad personal, y a quien haya dictado auto de detención por los delitos de homicidio o de lesiones personales o se le sindique de los mismos, con pruebas suficientes para detenerlo previamente.

Según el artículo 3º del Decreto 0014, como antecedentes delictivos se entienden dos o más autos de detención no revocados, por delitos no expuestos, dos o más sentencias condenatorias o una sola en concurso de delitos, o tres o más sobreseimientos temporales.

Según el artículo 4º del mismo Decreto, por antecedentes de policía se entienden tres o más sanciones de arresto conmutable o multa, por contravenciones que afecten la integridad moral o física de las personas o la tranquilidad pública.

La simple sindicación por lesiones personales, o la existencia simple de un sumario por el mismo delito, no se hallan erigidas por el citado Decreto, como antecedentes delictivos o de policía.

La relegación a colonia agrícola por estados antisociales no opera como antecedentes para la aplicación del numeral 2º del artículo 7º ni en general, salvo la vigencia de la letra g) del artículo 3º del Decreto que se comenta.

A más de esto —que implica violación de las normas del Decreto sobre Prevención Social— durante el término probatorio ante la Corte, se acreditó como hecho nuevo, que Alfonso Díaz Barreto es persona distinta de Luis Alfonso Díaz y de Alfonso Díaz, sujetos de turbios antecedentes y prófugos de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá.

De manera, que, aun en el falso supuesto de que los antecedentes antisociales que obraron en el proceso, tuviesen mérito legal para fundar sentencia condenatoria por estados de especial peligrosidad, no está debidamente acreditado que sea Alfonso Díaz Barreto, y no alguno de sus homónimos, el sindicado por lesiones personales en la Alcaldía de Icononzo o el llevado por sospechas a la Seccional del "SIC" en Girardot o quien participara en fuga de presos de las cárceles de Cajamarca.

Falta, entonces, uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad, cual es el de la identificación entre el sujeto pasivo de la acción penal, y el sujeto a quien se imputan varios de los antecedentes que fundamentaron la condena. Existen pues, en opinión de la Procuraduría, graves indicios de que el condenado no es responsable como persona de especial peligrosidad, y, por consiguiente, prospera la causal 5ª de revisión, consagrada por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

Nuestra ley procedimental en materia penal habla del recurso extraordinario de revisión, que técnicamente es una acción tendiente a desvir-

tuar la fuerza de la cosa juzgada. Es un medio de impugnación extraordinario, suspensivo, relativamente devolutivo y extensivo, que se propone como lo enseña Manzini, a instancia de parte, contra una sentencia penal ejecutoriada, demandándose su revocación y, eventualmente, su sustitución con otra. La revisión, a diferencia de la casación, se funda en errores de hecho que hacen materialmente injusta la sentencia acusada.

Este recurso procede en casos extraordinarios y taxativamente determinados por la ley de procedimiento penal, y se halla establecido para corregir un error judicial y reparar de esta suerte una injusticia notoria. De esta definición, como lo sostiene Jiménez Asenjo, se desprende que tiene los siguientes elementos que lo caracterizan:

a) Es un recurso impugnativo, por cuanto supone un examen nuevo de la cosa juzgada o del objeto procesal;

b) Es extraordinario, "en un doble sentido, por cuanto se interpone exclusivamente por motivos especiales de hecho y ataca la fuerza de la cosa juzgada";

c) Es suspensivo, porque interfiere el cumplimiento o ejecución del fallo impugnado, cambiándose la condición del sujeto pasivo de la acción penal, de condenado en sindicado; y

d) Es relativamente devolutivo, por cuanto solo en el caso de que se decrete la revisión del proceso, hay lugar a remitir éste a una autoridad con el mismo grado de jurisdicción de la que conoció anteriormente.

La revisión tiene por objeto enmendar errores de hecho que afectan sustancialmente la autoridad de la cosa juzgada, partiendo del principio de que esta fuerza se sustenta sobre bases verdaderas, y, en casos de error, o sea, cuando se apoya en bases materiales evidentemente falsas, debe hacerse a un lado "la santidad de la cosa juzgada", a fin de que este elevado principio sólo sea vinculante y obligatorio cuando sea "la expresión de la justicia real y verdadera", como dice el expositor Plaza.

La cosa juzgada tiene un destacado interés social, indispensable para el logro de los fines de la justicia, que debe ser respetada e intangible, partiendo de la base de que las sentencias se edifican sobre una presunción absoluta de verdad.

Por eso, Jiménez Asenjo explica con gran propiedad:

"De donde se deduce que la revisión de la sentencia ocurrirá siempre y sólo cuando se demuestre que la verdad, real o ficticia, en que se apoya el principio res judicata pro veritate habetur es falsa, con falsedad evidente, esencial y no accidental, pues sólo en la verdad puede apoyarse la justicia verdadera. Aquélla, por ser una presunción, admite se la ataque. En resumen, puede decirse que la revisión propende a resolver la evidente contradicción que se manifiesta entre la justicia formal, que ampara la sentencia, y la real, que la contradice, por aparecer que la verdad material recogida en aquélla es evidentemente falsa en su existencia. Y como una cosa, por el principio de la contradicción, no puede ser y no ser al mismo tiempo, una de ellas, al menos debe destruirse: en este caso, la irreal o falsa, o sea la sentencia dolosamente obtenida. La revisión, desde el punto de vista moral, se caracteriza por un profundo sentido ético o moral individual e incluso social, ya que no sólo propende a la anulación de lo injusto juzgado, sustituyéndolo por lo justo concreto, referido al caso falsamente alegado y probado, sino además, a la rehabilitación del nombre y la fama del que sufrió injustamente la condena, reparando íntegramente todos los daños sufridos, en lo posible". (Derecho Procesal Penal. Vol. II, pág. 403).

El Código de Procedimiento Penal consagra cinco causales de revisión, tres de las cuales son procedentes alegar en los procesos adelantados conforme a las disposiciones del Decreto 0014 de 1955, las marcadas con los numerales 3º, 4º y 5º, que se refieren a la falsedad de alguna prueba que influyó en el fallo respectivo, a la existencia de alguna prueba secreta que no aparecía en el proceso, y al hecho de aparecer —con posterioridad a la sentencia condenatoria— hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

El señor Procurador Delegado en lo Penal demostró con toda claridad, que las sentencias acusadas violaron las normas del Decreto sobre Estados de Especial Peligrosidad, pues las simples sindicaciones secretas no constituyen antecedentes delictivos capaces de fundamentar una condena.

Esta violación de la norma constituye un error de hecho, pues no se estableció la identidad entre el imputado conforme al Decreto 0014 de 1955, y la persona o personas a quienes se referían aquellas sindicaciones tenidas como antecedentes,

Este evidente y antitécnico error de hecho es el único que da margen a la revisión.

Al 'ALFONSO DIAZ BARRETO", natural de Icononzo, de veintisiete años de edad y un metro con ochenta y tres centímetros de estatura, se le computaron antecedentes y se le confundió con **Luis Alfonso Díaz**, natural de Guateque, de diez y ocho años de edad, un metro con cincuenta y siete centímetros y prófugo del Juzgado 7º de Policía, y se le computaron antecedentes y se le confundió con **Alfonso Díaz**, natural de Vergara, hijo de Margarita Díaz, de veintiseis años, un metro con setenta y seis centímetros de estatura, con cicatrices en el pómulo derecho y un ojo torcido, procesado ante la Justicia Penal Militar y que parece fue muerto en un encuentro con la autoridad, pues existen constancias de que fue internado en el Hospital de San Juan de Dios, de esta ciudad, herido a bala.

En presencia de todos estos antecedentes, cabe admitir que la Corte se encuentra ante un caso de error judicial, pues existen graves indicios de que se condenó a un inocente sobre la base de una imputación incriminatoria errada o equivocada. Aparte del error de derecho demostrado técnicamente por la Procuraduría, aparece el grave error de hecho ya advertido de la monstruosa confusión entre Alfonso Díaz, Luis Alfonso Díaz y Alfonso Díaz Barreto, todas tres personas distintas. Esta confusión no se advirtió ni en la Alcaldía ni en el Juzgado de Garantías Sociales, y solamente ante la Corte, con posterioridad a la sentencia condenatoria, se presentaron pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que, por lo menos, constituyen graves indicios de que el condenado **Alfonso Díaz Barreto** es inocente.

Se repite: La Corte al ordenar la revisión del proceso seguido contra Alfonso Díaz Barreto, no lo hace por cuanto haya encontrado que se aplicó indebidamente la Ley sobre prevención social, al tener la Alcaldía de Fusagasugá y el Juzgado de Garantías, como antecedentes delictivos, constancias de historia judicial que no pueden fundamentarlos, sino que habrá de decretarle revisión porque se ha demostrado la existencia de un error judicial, y error de hecho, por medio de pruebas no conocidas al tiempo de los debates y que permiten serenamente presumir que el condenado es inocente.

La Corte habrá de darle aplicación extensiva al artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las autoridades competentes según el Decreto 0014 de 1955, disponiendo que otro alcalde del Departamento de Cundinamarca revise el proceso. O sea que —por vía jurisprudencial se decide—, cuando se trate de revisión de procesos seguidos por los trámites del Decreto 0014 de 1955, sobre Prevención Social, aquélla se adelantará por otra oficina de la misma categoría de la que conoció privativamente en primera instancia, es decir, por otro Alcalde del mismo Departamento.

También habrá de ordenar la libertad caucionada del procesado, según lo previsto en el artículo 576 del Código que se acaba de citar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, ORDENA LA REVISION del proceso seguido contra **Alfonso Díaz Barreto**, que culminó ante la Alcaldía de la 5ª Zona Administrativa de este Departamento y ante el Juzgado de Garantías de Cundinamarca, con las sentencias de 18 de mayo y 4 de julio de 1955, respectivamente. Dicha revisión deberá ejecutarla en instancia la Alcaldía Municipal de Soacha, en este mismo Departamento. Igualmente se decreta la libertad del señor Alfonso Díaz Barreto, quien deberá garantizar su presencia futura ante las autoridades, por medio de una caución por valor de cincuenta pesos ($ 50.00), que puede ser prendaria o personal, y que habrá de presentarse ante el Juzgado de Garantías Sociales de este Departamento, al cual se comisiona con tal fin, debiendo librar la boleta de libertad tan pronto como se otorgue la caución.

Publíquese, cópiese, notifíquese y envíense los autos a la Alcaldía del Municipio de Soacha.

Luis Sandoval Valcárcel — **Santiago Cadena Copete**—**Jesús Estrada Monsalve** — **Guillermo Hernández P.**—**Domingo Sarasty Montenegro**—**Elberto Téllez Camacho**—**Julio E. Argüello**, Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — LA RESPUESTA "SI ES RESPONSABLE, PERO SIN INTENCION DE MATAR" NO PUEDE ENTENDERSE COMO UN VEREDICTO ABSOLUTORIO

1.—La respuesta "sí es responsable, pero sin intención de matar", o "sí, pero sin intención de matar" ha sido entendida como un veredicto absolutorio, partiendo de la tesis de que en los procesos por homicidio, la negativa de la intención de matar equivale a absolver, por carencia del elemento psíquico, subjetivo o moral. Esta muy respetable tesis de la jurisprudencia de la Corte empezó a tener una necesaria rectificación en casación del 23 de enero de 1953, cuando la Corte no invalidó la sentencia del 21 de marzo anterior, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Heroína Jiménez Ferrara, a quien se condenó como responsable de homicidio preterintencional en Antonio Salazar Caviria. (G. J. LXXIV, 142). Al Jurado se le había preguntado si la acusada era responsable de haber lesionado a Salazar Caviria, con arma cortante y punzante y con propósito de darle muerte. A esa pregunta, el Jurado contestó: "Sí, sin intención de matar".

Esta tesis fue ratificada ampliamente, y explicada a cabalidad en casación de 8 de julio de 1955, cuando la Corte dijo que la afirmación de la responsabilidad por el Jurado, con la adición de la negativa del propósito de matar, no equivale a una absolución, por cuanto que dicha adición no significa otra cosa "que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas de un homicidio intencional". En esa misma sentencia, la Corte explicó cómo un veredicto así concebido no es contradictorio, porque sus términos "sí es responsable" (parte primera), y "pero sin propósito de matar" (parte segunda), no contiene la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino "el reconocimiento de una especie de homicidio, sin expresar la modalidad en que debe subalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción". (G. J. Tomo LXXX, página 783).

2.—El homicidio (voz derivada de las latinas HOMO y CAEDERE), se ha definido por la doctrina y por la jurisprudencia, como la muerte injusta de un hombre por otro hombre. Nuestro Código contempla en primer lugar el homicidio, INTENCIONAL, que se produce cuando la destrucción de la vida humana se ha realizado CON DOLO DE MUERTE, como dicen los tratadistas. Este elemento (el dolo) sirve para diferenciar el homicidio intencional, del simplemente culposo, y del preterintencional, que se produce cuando el resultado sobrepasa las previsiones o la voluntad del agente.

En el homicidio preterintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, o sea, que se ha producido un exceso: existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo la muerte se produce por exceso de mal. Por eso el peninsular Puig Peña dice que esta figura tiene lugar cuando se produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto. De los términos del artículo 23 del Código Penal se desprenden los siguientes elementos que configuran esta modalidad del homicidio que se estudia: 1º Intención de herir: la voluntad va dirigida a causar una lesión personal. 2º El daño material es más grave que el que se quería causar: el resultado sobrepasa la intención. 3º Debe existir un nexo de causalidad entre el hecho constitutivo del acto punible querido (las lesiones) y el daño mayor causado como consecuencia. A estos elementos agregan algunos autores —y esta Corte así lo ha acogido—, que en el homicidio preterintencional hay una falta de previsión en los efectos de la acción (culpa), o sea, que "el homicidio preterintencional está integrado por un dolo determinado en cuan-

to a la lesión y por la culpa, en cuanto al resultado de la acción".

3.—En el auto de proceder se formulan al acusado los cargos correspondientes al homicidio, y en el cuestionario se interroga al Jurado sobre la responsabilidad, el propósito y el nexo de causalidad entre la acción humana del agente y el resultado dañoso de la muerte. Afirmados por el Tribunal Popular estos tres elementos, los Jueces de Derecho se encuentran frente a un homicidio de simple intención. Cuando el Jurado afirma la responsabilidad, está indicando que el acusado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa; pero si le agrega que no se tuvo la intención de causar la muerte, apenas se niega el segundo de los elementos tipificadores (la intención), con lo cual el homicidio, por regla general, se convierte de intencional en preterintencional, pues no se ha negado el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Para absolver sería necesario que el Jurado negara la responsabilidad o afirmara alguna de las causas justificativas del hecho. Pero cuando afirma la responsabilidad, reconoce que el agente ejecutó los actos materiales que causaron la muerte, acepta la relación de causalidad entre la actividad del reo y el daño causado y niega apenas el propósito de matar, es lógico que está indicando que debe sufrir la pena correspondiente a esa responsabilidad así deducida, que no es otra que la prevista para el homicidio preterintencional. Absolver habiéndose afirmado la responsabilidad es arbitrario y conduce a la impunidad. Arbitrario, porque el Juez de Derecho desconoce que su misión no es otra que la de condenar cuando el Jurado afirma la responsabilidad y la de absolver cuando los Jueces de hecho niegan esa responsabilidad. Y que conduce a la impunidad es obvio, porque establecido que se cometió un hecho punible por ser ilícito y sabiéndose quién es el autor, no obstante se deja a dicho agente sin sanción legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

En sentencia del primero de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a **Fabio de Jesús Zuleta Marín**, a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Alvaro Guzmán, cometido el once (11) de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), en el sitio de "El Hatillo", de la comprensión municipal de Barbosa.

La referida sentencia de segunda instancia revocó la proferida por el señor Juez 5º Superior de ese Distrito, que había absuelto al acusado Zuleta Marín. Contra esa sentencia de segunda instancia interpuso el recurso extraordinario de casación el señor defensor del procesado, recurso que corresponde decidir a esta Sala de lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia.

HECHOS

Con motivo de la celebración de la fiesta nacional de la Independencia de Cartagena, viajaron a la estación de "El Hatillo", Alvaro Bedoya Guzmán, Bernardo Zapata, Javier Restrepo y Guillermo Echeverría, acompañados de varias señoritas amigas suyas. En una cantina situada en la mencionada estación, los pasantes se dedicaron a bailar con sus compañeras, e ingirieron algunas cervezas. Cuando llegó la hora de regresar, Libia Correa le dijo a su amigo Guillermo Echeverría que le reclamara a un señor Hernández una cartera que éste había guardado. Jorge Hernández, en tono de guasa manifestó que no entregaba la cartera. En el mismo tono de guasa, Echeverría tomó a Hernández por los brazos, diciendo que él lo sujetaba para que recuperaran la prenda que reclamaba la muchacha Correa. Cuando estaban en ese simulacro de lucha llegó otro de los paseantes, de nombre Villegas, quien creyó que efectivamente se trataba de una pelea o disgusto, y agarró a Echeverría por los brazos separándolo de Hernández, con tan mala suerte y tanta violencia, que ambos dieron en tierra. En este preciso momento salió del interior el procesado, y preguntó que qué pasaba allí, contestándole su futura víctima (Alvaro Bedoya), en tono un poco fuerte, que ahí no pasaba nada. Bedoya agregó a la respuesta un ademán de violencia, y efectivamente se dirigió hacia Zuleta, y "lo estrujó" o lo agarró de los brazos. Zuleta desenfundó su revólver de dotación de Guarda de las Rentas De-

partamentales y disparó sobre Bedoya, hiriéndolo mortalmente en la frente.

Bedoya se desplomó y mientras tanto, Zuleta se salió para la parte de atrás de la estación del ferrocarril, escondió el revólver en un bolsillo del saco, y le dio a guardar la prenda a un amigo suyo de la cantina, luego regresó al interior de ésta, se sentó en actitud de indiferencia a una mesa y se puso a ingerir cerveza que le fue ofrecida. En esa actitud fue capturado por la policía.

Bedoya murió al día siguiente en el hospital de Medellín.

El Juzgado 5º Superior llamó a responder a juicio a Zuleta, por homicidio intencional, y en esa pieza calificatoria destacó el dicho de varios testigos, entre ellos Gilma Patiño y Guillermo Echeverría, quienes bajo la gravedad del juramento declararon que Zuleta había disparado sobre Bedoya, en forma intencional.

De acuerdo con esa calificación —aceptada por el procesado y por su defensor—, le fue sometido a los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Fabio de Jesús Zuleta Marín es responsable de haber lesionado, con el propósito de matar y con arma de fuego (revólver), a Alvaro Bedoya Guzmán, a consecuencia de lo cual murió éste? Los hechos ocurrieron así: la lesión en el paraje de 'El Hatillo', jurisdicción del municipio de Barbosa, el once de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, más o menos a las seis de la tarde, y la muerte al día siguiente, a eso de las cuatro de la mañana, en la ciudad de Medellín".

Por unanimidad se emitió el siguiente veredicto:

"Sí, pero sin propósito de matar". (Se subraya).

Interpretado el veredicto, en el sentido de que al desintegrarse —por la negativa del propósito— la figura del homicidio intencional, se imponía adoptar la tesis más favorable al acusado, el señor Juez dictó sentencia absolutoria, que fue revocada por el Tribunal Superior, el cual condenó a Zuleta de conformidad con las disposiciones del artículo 365 del Código Penal, imponiéndole la sanción de cuatro años de presidio. Esta sentencia de segunda instancia es la que ahora se encuentra sometida al recurso extraordinario de casación.

La demanda y sus fundamentos

El abogado especialmente constituido para que sustentara el recurso, pidió la invalidación de la referida sentencia, invocando la causal tercera enunciada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por estar el fallo acusado en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El veredicto del Jurado —sostiene el recurrente—, lo único que reconoció fue "la materialidad del ilícito", negando todo propósito o intención, con lo cual absolvió al sindicado, ya que no es posible en nuestra Ley Penal responsabilizar a nadie de un delito, si no median, la intención o la culpa. Pretende el Tribunal, interpretando el veredicto, que el sindicado quiso herir solamente, pero que a consecuencia de la herida se produjo la muerte, sin que esa hubiera sido la intención del Jurado.

Tal interpretación resulta errada, y por consiguiente, es violatoria de la Ley, ya que se atribuye al veredicto un significado que no tiene. El Tribunal, arguye el recurrente, discurre como si el Jurado hubiese dicho que Zuleta es responsable de las lesiones, pero que el homicidio se produjo sin intención o propósito. No se puede, en sentir del recurrente, mezclar en materia tan delicada una tan fuerte dosis de sutileza, desconociendo la verdad y la esencia del tribunal popular, todo por la noble intención, dizque de no propiciar la impunidad.

Y razona en seguida:

"Al descartar el propósito, los jueces del pueblo, se limitaron a reconocer la materialidad del ilícito, es decir, se limitaron a afirmar que evidentemente Zuleta Marín había sido el autor del hecho determinante de la muerte de Bedoya. Pero en ningún momento le reconocieron propósito, intención, animus occidi, dolo específico: afirmar lo contrario es ir más lejos, es desconocer, hilando delgado y fino, el fallo del jurado, que tiene para el Juez de derecho fuerza coercitiva, menos cuando es injusto o contrario a la evidencia de los hechos, en cuyo caso así lo debe declarar, en forma motivada, no siéndole permitido hacer del veredicto popular un punto vago de referencia, que es lo que ha pasado en este caso".

Formula a continuación una serie de interrogantes, sobre la naturaleza mortal de un disparo en la frente y la intención de quien así procede, para destacar cómo es de ilógico que el Tribunal deduzca la sola intención de lesionar, cuando es

sabido que un disparo en la cabeza es, de naturaleza mortal. Discurre sobre los móviles (odio, celos, embriaguez), para concluir que no existen antecedentes ni motivos de disgusto entre la víctima y el procesado, todo lo cual conduce al resultado de que el acto fue involuntario, meramente casual, o lo que es lo mismo, no punible.

Y concluye su razonamiento así:

"El homicidio preterintencional supone una dosis apreciable de propósito, de voluntad, de intención. Lo necesario para herir sin causar la muerte, lo cual sobreviene sin la voluntad del agente que quiso causar la lesión y nada más que la lesión. Es decir, la voluntariedad del agente no quiso todo el efecto producido —la muerte—, sino parte de él, la lesión. O dicho en otros términos, se produjo un efecto más allá del objetivo querido por el agente activo del delito.

"Y el tribunal popular no reconoció propósito alguno en el agente. De haberlo querido hubiese contestado en forma clara: quiso causar la muerte que sobrevino como consecuencia. Entonces sí estaríamos frente a un homicidio preterintencional, por voluntad de los señores jueces de conciencia.

"Descartado el propósito y descartado también el evento preterintencional como lo reconoció el Jurado, es necesario buscarle al homicidio una explicación acorde con la realidad procesal y con ese mismo veredicto. Porque todo acto humano, como no sea el de un loco, tiene alguna explicación en el campo de la lógica".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de hacer una anotación a la forma imperfecta o descuidada como se adelantó la investigación en lo referente a la manera de recibir los testimonios, un tanto vagos o imprecisos, y de confrontar esos testimonios con el dicho del sindicado en su indagatoria, pide que se invalide el fallo acusado, por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado, o sea, que halló viable la causal alegada por el recurrente.

En suma, éstos son los puntos de vista de la Procuraduría:

De conformidad con los términos de la sentencia y de la norma legal en nombre de la cual profiere la condenación por homicidio preterintencional, se entiende que el Tribunal de Medellín ha interpretado el veredicto como si éste reconociese en el procesado el propósito de haber perpetrado la lesión personal que ocasionó la muerte de Alvaro Bedoya Guzmán, aunque no el de causarla la muerte, y ello no es así. El veredicto no reconoce que el procesado haya tenido el propósito de inferir la lesión personal mencionada, y al juzgador de derecho no le es lícito buscar este elemento subjetivo o de responsabilidad de la infracción penal, sino en la declaración del jurado, cuando el juicio se ventila con la intervención de éste.

Más aún. Si el veredicto hubiese contenido la declaración que el Tribunal de Medellín cree encontrar en este evento, habría resultado contradictorio. Porque, dados los medios empleados para causar la lesión personal y el sitio noble del cuerpo donde ella se produjo, no era concebible aceptar que el procesado tuviera solamente el propósito de causar una simple lesión personal, y no la muerte, que necesariamente la lesión produjo, ya que ésta era por su naturaleza mortal.

El homicidio preterintencional es una infracción penal de tipo completo y diferente a otras formas de homicidio. Está contemplado expresamente en el artículo 365 del Código Penal, y los elementos que lo constituyen deben estar todos acreditados dentro del proceso, como la Ley lo manda, para que pueda hacerse una declaración judicial de responsabilidad y aplicarse al transgresor la sanción allí prevista. En el caso materia de estudio —aún tomando arbitrariamente la lesión personal en forma aislada—, sin relacionarla con la muerte que necesariamente produjo, debe aceptarse que el Jurado reconoció el hecho objetivo, físico material, de haber sido ocasionado con responsabilidad de Zuleta Marín. ¿Pero responsabilidad en qué grado y medida? El Jurado no lo dijo; y al juzgador de derecho no le es dable graduarla y medirla a la luz de las otras piezas del expediente, porque esa es cuestión privativa del Jurado.

Con alguna frecuencia el Jurado contesta en casos similares en los mismos términos: "Sí, pero sin el propósito de matar". Y la Corte ha determinado que la interpretación de tal veredicto no puede ser otra que la absolución. Y ha llegado a esta conclusión con fundamentos tan claros y acertados, como los que expuso en sentencia de casación del dos (2) de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), visible a la página 91 del Tomo LXV de la GACETA JUDICIAL.

"Cuando el Jurado —dentro del sistema del cuestionario único— responde afirmativamente que el procesado es el autor del hecho material

y niega la cuestión referente a la intención o propósito de matar, bien puede suceder que el pensamiento de los jueces de conciencia fue el de reconocer la existencia de otro hecho. En tal caso la decisión es incompleta, en cuanto a la responsabilidad, y los juzgadores de instancia deben acudir a los sistemas legales para que el tribunal popular aclare su pensamiento. Si no hubo intención de matar es necesario saber si hubo el propósito de herir únicamente y la muerte se produjo por exceso en la acción física o por un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, o por negligencia o imprudencia, elementos que dentro de la función interpretativa del veredicto no pueden suplirse por los juzgadores de derecho. Reconocido el elemento material del delito, la acción física, y negada la responsabilidad en la frase "pero sin intención de matar", es lógico pensar que los miembros del jurado no afirmaron la responsabilidad como una cosa cierta y evidente, porque en su ánimo surgió la duda en cuanto al propósito que efectivamente tuvo el delincuente y por esto negó el dolo de propósito; pero esta negativa no implica necesariamente el reconocimiento del dolo preterintencional, porque destruído el factor espiritual elemento componente del delito, la infracción queda desintegrada por ausencia de responsabilidad y en tal evento la Corte, en abundante jurisprudencia, ha optado por la absolución".

Concepto de la Sala

El problema de la responsabilidad penal en los homicidios, cuando el Jurado da respuestas en apariencia incompletas o contradictorias, ha conducido a vacilaciones en la Jurisprudencia, que —fuerza es decirlo— han desembocado en una lamentable impunidad, como con todo valor lo declaró en el caso presente el Tribunal Superior de Medellín.

La respuesta "Sí es responsable, pero sin intención de matar", o "Sí pero sin intención de matar" ha sido entendida como un veredicto absolutorio, partiendo de la tesis de que en los procesos por homicidio, la negativa de la intención de matar equivale a absolver, por carencia del elemento psíquico, subjetivo o moral.

Es abundante y conocida la jurisprudencia de esta Sala de Casación Penal de la Corte al respecto, y basta con la sentencia citada en el juicioso concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal, que tiene como premisas otros fallos anteriores, que pueden sintetizarse así: El elemento que diferencia el homicidio intencional y el preterintencional, es el propósito, que es el de matar en el primero, y el simple de causar lesiones en el segundo. De este principio surgen dos postulados, uno de derecho penal material, "el de que la negación del propósito en el homicidio intencional no lo convierte automáticamente en ultraintencional", y otro de derecho penal formal, "el de que los falladores no pueden sancionar especie delictuosa no denunciada en el auto de proceder, no declarado por el Jurado". (Casación, 17 de agosto de 1945, LIX, 498). Todo porque, si el homicidio preterintencional es un delito específico con entidad propia que lo diferencia de los demás, para que sea objeto de sanción penal es necesario que así lo declare expresamente el Jurado, no sólo en relación con el hecho material, sino también respecto del factor intencional, "punto básico para que el Juez pueda encajar el hecho en la disposición del artículo 365 del Código Penal". (Casación, marzo 2 de 1948). Este concepto lo explicó la Corte diciendo que, si el jurado afirma la realización del hecho por su aspecto material y niega la intención de matar, el veredicto no puede interpretarse como declarativo de una responsabilidad con carácter de preterintencional, pues destruída la unidad y la correspondencia de estos elementos, se rompe el principio de causalidad que debe existir entre la intención y el resultado, ya que la responsabilidad no se ha individualizado en relación con determinada especie de homicidio. (G. J. Tomo LXV, pág. 91).

Estas muy respetables tesis de la jurisprudencia de la Corte, empezaron a tener una necesaria rectificación en casación del 23 de enero de 1953, cuando la Corte no invalidó la sentencia del 21 de marzo anterior, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Heroína Jiménez Ferrara, a quien se condenó a cuatro años de presidio como responsable de homicidio preterintencional en Antonio Salazar Gaviria. Al Jurado se le había preguntado si la acusada era responsable de haber lesionado a Salazar Gaviria, con arma cortante y punzante y con propósito de darle muerte. A esa pregunta, el Jurado contestó: "Sí, sin intención de matar".

Para no invalidar la sentencia condenatoria por homicidio preterintencional, dijo la Corte:

"Es un hecho evidente que al Jurado no se le interrogó si la Jiménez era responsable de haber causado la muerte de Salazar Gaviria con este

propósito, sino si la Jiménez era responsable de lesiones que ella había causado con arma cortopunzante —con la intención de matar—, cosa absolutamente distinta de aquélla. Si el cuestionario hubiera preguntado si la acusada era responsable de haber dado muerte a Salazar, hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo. En cambio, interrogó sobre la responsabilidad de la Jiménez de haber lesionado a Salazar, habiendo sido contestada esta pregunta afirmativamente, pero sin intención de matar, se configuró un homicidio ultraintencional. Al dar, pues, el Jurado la contestación aludida, situó a la Jiménez en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro".

Esta tesis fue ratificada ampliamente, y explicada a cabalidad, en casación del 8 de julio de 1955, cuando se dijo que la afirmación de la responsabilidad por el Jurado, con la adición de la negativa del propósito de matar, no equivale a una absolución, por cuanto que dicha adición no significa otra cosa "que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas de un homicidio intencional". En esa misma sentencia, la Corte explicó cómo un veredicto así concebido no es contradictorio, porque sus términos "sí es responsable" (parte primera), y "pero sin propósito de matar" (parte segunda), no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino "el reconocimiento de una especie de homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción". (G. J. Tomo LXXX, pág. 783).

El homicidio (voz derivada de las latinas **homo** y **caedere**), se ha definido por la doctrina y por la Jurisprudencia, como la muerte injusta de un hombre por otro hombre. Nuestro Código contempla en primer lugar el homicidio **intencional**, que se produce cuando la destrucción de la vida humana se ha realizado **con dolo de muerte**, como dicen los tratadistas. Este elemento (el dolo) sirve para diferenciar el homicidio intencional, del simplemente culposo, y del preterintencional, que se produce cuando el resultado ha sobrepasado las previsiones o la voluntad del agente.

En el homicidio preterintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, o sea, que se ha producido un exceso en el resultado existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo la muerte se produce por exceso de mal. Por eso el peninsular Puig Peña dice que esta figura tiene lugar cuando se produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto. De los términos del artículo 365 del Código Penal se desprenden los siguientes elementos que configuran esta modalidad del homicidio que se estudia: 1º Intención de herir: la voluntad va dirigida a causar una lesión personal. 2º El daño material es más grave que el que se quería causar: el resultado sobrepasa la intención. 3º Debe existir un nexo de causalidad entre el hecho constitutivo del acto punible querido (las lesiones) y el daño mayor causado como consecuencia. A estos elementos agregan algunos autores —y esta Corte así lo ha aceptado—, que en el homicidio preterintencional hay una falta de previsión en los efectos de la acción (culpa), o sea, que "El homicidio preterintencional está integrado por un dolo determinado en cuanto a la lesión y por la culpa en cuanto al resultado de la acción".

Partiendo de estos principios, la Corte no encuentra que la causal alegada como fundamento de la casación pueda prosperar, por cuanto que al Jurado se le interrogó sobre si Zuleta Marín era responsable "de haber lesionado" a Bedoya, con arma de fuego y con propósito de matar, lesión a consecuencia de la cual falleció horas después. El Jurado afirmó la responsabilidad, expresando que Zuleta había realizado el acto material de la lesión a consecuencia de la cual murió Bedoya pero negó el propósito de matar. Descartado el propósito, y afirmada la responsabilidad, el hecho queda convertido automáticamente en un homicidio preterintencional, pues el resultado sobrepasó el deseo. Sobre un veredicto así concebido no es dable dictar sentencia absolutoria, pues el fallo debe guardar relación con los cargos deducidos por los jueces de conciencia o sea, con la afirmación de la responsabilidad, todo condicionado a la modalidad o adición de la preterintencionalidad.

El problema que durante mucho tiempo inquietó a la Corte puede presentarse cuando el cuestionario no se redacta en la forma antes comentada, de haberse causado una lesión y haberse producido la muerte, sino cuando se pregunta si el acusado es responsable de haber ocasionado la muerte con propósito de matar. Muy conocida es la jurisprudencia sentada anteriormente por esta Corte, de que negado el propósito, automáticamente queda desintegrada la figura del homici-

dio, que exige una relación de causalidad entre la intención y el resultado.

Esta doctrina se rectifica al presente, siguiendo el pensamiento consignado en las dos casaciones antes citadas, y para ello se razona:

"En el auto de proceder se formulan al acusado los cargos correspondientes al homicidio, y en el cuestionario se interroga al Jurado sobre la responsabilidad, el propósito y el nexo de causalidad entre la acción humana del agente y el resultado dañoso de la muerte. Afirmados por el Tribunal Popular estos tres elementos, los Jueces de Derecho se encuentran frente a un homicidio de simple intención. Cuando el Jurado afirma la responsabilidad, está indicando que el acusado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa; pero si la agrega que no se tuvo la intención de causar la muerte, apenas se niega el segundo de los elementos tipificadores (la intención), con lo cual el homicidio, por regla general, se convierte de intencional en preterintencional, pues no se ha negado el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Para absolver sería necesario que el Jurado negara la responsabilidad o afirmara alguna de las causas justificativas del hecho. Pero cuando afirma la responsabilidad, reconoce que el agente ejecutó los actos materiales que causaron la muerte, acepta la relación de causalidad entre la actividad del reo y el daño causado y niega apenas el propósito de matar, es lógico que está indicado que debe sufrir la pena correspondiente a esa responsabilidad así deducida, que no es otra que la prevista para el homicidio preterintencional. Absolver habiéndose afirmado la responsabilidad es arbitrario y conduce a la impunidad. Arbitrario porque el Juez de derecho desconoce que su misión no es otra que la de condenar cuando el Jurado afirma la responsabilidad y la de absolver cuando los Jueces de hecho niegan esa responsabilidad. Y que conduce a la impunidad es obvio, porque establecido que se cometió un hecho punible por ser ilícito y sabiéndose quién es el autor, no obstante se deja a dicho agente sin sanción legal.

En los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, enseña el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. Por eso, en sentencia de 15 de junio de 1945, esta Corte dijo que en los juicios en que interviene el Jurado, el veredicto es el fundamento de la sentencia, y dicho veredicto marca al juzgador de derecho la pauta para imponer la sanción, sanción que se aplica correctamente cuando ella es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de las afirmaciones hechas por los miembros del Jurado. Igualmente, en casación del 11 de febrero de 1946 se dijo que la sentencia debe guardar armonía con el auto de proceder y con la calificación específica hecha por el Jurado, pues el veredicto es la clasificación que el Jurado da a los hechos de que se sindica al culpable en el auto de enjuiciamiento. La sentencia —ha dicho la Corte— es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el Jurado. (Artículos 431, 480, 493 y concordantes del C. de P. P.).

Por eso declarada la responsabilidad por el Jurado, no es dable absolver so pretexto de una aparente desintegración de la figura delictual de que se acusa.

Estima la Corte hoy día, que merecen destacarse los siguientes apartes del fallo de casación del 8 de julio de 1955 (G. J. Tomo LXXX, pág. 781)

"La Ley 4ª de 1943, abolió el sistema de cuestionarios múltiples y en su lugar consagró el procedimiento del cuestionario único (artículo 28) y restableció la deliberación del Jurado (artículo 29). El Jurado emite su respuesta previa deliberación de sus miembros, mediante un sí o un no afirmativo o negativo de la responsabilidad; pero si el Jurado considera que el hecho fue cometido en circunstancias diversas a las contenidas en el respectivo cuestionario, puede expresarlo en su respuesta.

"En el sistema del cuestionario múltiple, el Juzgador tenía oportunidad de formular tantas preguntas cuantas fueran necesarias para determinar los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad: dentro de la ley vigente —cuestionario único— la pregunta comprende los factores material y moral: el primero, relativo al hecho; el segundo, relacionado con la intención, la cual puede ser complementada o aclarada por el Jurado cuando las pruebas del proceso así lo exijan.

"Al Tribunal Popular se preguntó si Julio David Giraldo Valencia era responsable de haber dado muerte a Alcides Buitrago Moreno con el propósito de matar.

"La respuesta fue:

"Sí es responsable, pero sin propósito de matar".

"El veredicto afirma la responsabilidad; decla-

ra que el acusado es autor de la muerte de Buitrago y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el Jurado hubiera negado la responsabilidad en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte de Buitrago, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión "pero sin propósito de matar", no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional.

"La respuesta del Jurado no implica un veredicto contradictorio, porque la frase "Si es responsable" parte primera, pero "pero sin propósito de matar" parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie del homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción.

"Es evidente que el Juri en su veredicto puede afirmar —como en este caso— "si es responsable, pero sin propósito de matar"; pero esta respuesta —se repite— no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa un hecho. Sólo que, cuando el elemento subjetivo no declarado con toda propiedad por el Jurado, corresponde al Juzgado o Tribunal—según el caso— desentrañar el pensamiento exacto de la respuesta mediante la interpretación del veredicto para fijar el alcance de esa responsabilidad y acomodarla a las disposiciones de la ley penal.

"La Jurisprudencia de la Corte, citada tanto por el Juez como por el Tribunal, sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta o del contenido del auto de proceder o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en esos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la Jurisprudencia de la Corte —como en el de estudio— no tiene ninguna operancia; lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad".

No prospera, pues, la causal de casación alegada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y en desacuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia recurrida, de fecha, contenido y procedencia anotadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DE CASACION. — SU ADMISIBILIDAD DEPENDE DE LA PENA CORRESPONDIENTE AL DELITO ESPECIFICO CON LAS MODALIDADES QUE LO AGRAVAN O ATENUAN

La ley establece como requisito esencial para el recurso de casación en los delitos de que conocen los Jueces de Circuito, que el hecho tenga como pena privativa de la libertad personal, una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años; ello quiere decir que la pena debe corresponder a un hecho punible, concreto y determinado, no sólo en sus elementos objetivos y subjetivos, sino también en cuanto a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, porque es la suma de factores específicos e individualizados los que determinan la sanción imponible de acuerdo con la ley, la cual sirve de base para conceder o negar en cada caso concreto el recurso de casación.

La sanción debe consultar no sólo la norma base de la disposición violada, sino aquellos preceptos que influyen en la determinación de la pena por ser modificadores de la responsabilidad. En estos casos la sanción que corresponda al delito no es únicamente la que reprime el hecho en su forma genérica, sino la imponible para el caso sub judice, o sea la resultante de combinar la disposición principal con todas aquellas normas que por contemplar situaciones especiales en las cuales se realiza el hecho —riña improvista, ira o intenso dolor o complicidad correlativa— le dan al delito una fisonomía particular y lo tipifican para efecto de la pena en una modalidad distinta a la que contempla la disposición base.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En sentencia de seis de junio de mil novecientos cincuenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la providencia del Juzgado Primero Penal de ese Circuito, por la cual se condena a **Luis Milciades Daza Erazo** y **Marta Elena Velasco de Daza** a la pena principal de cuatro meses quince de presidio como responsables de un delito de lesiones personales cometido en Ignacio Velasco.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación, y como se halla vencido el término del traslado para alegar sobre admisibilidad del mismo, se procede a su estudio.

Sentencia

En el fallo objeto del recurso, el Tribunal, en relación con Luis Milciades Daza Erazo y Marta Elena Velasco de Daza, hace las siguientes afirmaciones:

"En relación con la procesada **Marta Elena Velasco**, la delincuencia se considerará en el mínimo, pues se trata de mujer pobre, de escasa ilustración y sin antecedentes judiciales, pero la pena deberá aumentarse en tres meses, por cuanto es hermana del ofendido Ignacio Velasco Chaguendo (artículo 379 C. Penal).

"**Luis Milciades Daza** es cuñado del ofendido Ignacio Velasco, lo cual constituye circunstancia de mayor peligrosidad, según lo dispuesto en el artículo 37, ord. 4º ibidem, y determina un aumento de tres meses a la pena inicial.

"Ambos han infringido el artículo 374, inciso 2º del C. Penal, y según lo dicho antes, les corresponden veintisiete meses de presidio, pero como se aceptó la complicidad correlativa, deben reducirse a la mitad (artículo 385 C. P.), o sean, trece meses y quince días que, a su vez, se rebajan a la cuarta parte, por la modalidad de ira e intenso dolor (artículo 28 C. P.), y entonces la pena definitiva es de cuatro meses y quince días de presidio para cada uno de estos encausados. En cuanto a la multa, su fijación es proporcional, y será de $ 37.38. En este sentido se reformará el fallo".

Se considera:

El recurso de casación consagrado por el artículo 567 del C. de P. P., sólo procede cuando se

cumplen estas condiciones: Que el Juez del Circuito —en primera instancia— haya conocido del proceso, y en segunda el Tribunal Superior del Distrito Judicial; de que el juzgamiento sea por delitos cuya pena privativa de la libertad en su máximo sea o exceda de cinco años, pues la omisión de cualquiera de estos requisitos hace improcedente el recurso.

La ley establece como requisito esencial para el recurso de casación en los delitos de que conocen los Jueces de Circuito, que el hecho tenga como pena privativa de la libertad personal, una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años: ello quiere decir que la pena debe corresponder a un hecho punible, concreto y determinado, no sólo en sus elementos objetivos y subjetivos, sino también en cuanto a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, porque es la suma de factores específicos e individualizados los que determinan la sanción imponible de acuerdo con la ley, la cual sirve de base para conceder o negar en cada caso concreto el recurso de casación.

La sanción debe consultar no sólo la norma base de la disposición violada, sino aquellos preceptos que influyen en la determinación de la pena por ser modificadores de la responsabilidad. En estos casos la sanción que corresponde al delito no es únicamente la que reprime el hecho en su forma genérica, sino la imponible para el caso sub judice, o sea la resultante de combinar la disposición principal con todas aquellas normas que por contemplar situaciones especiales en las cuales se realiza el hecho —riña imprevista, ira o intenso dolor o complicidad correlativa— le dan al delito una fisonomía particular y lo tipifican para efecto de la pena en una modalidad distinta a la que contempla la disposición base.

Como disposiciones violadas señala la sentencia los artículos 372, inciso 3º; 385 y 23 del C. P. A términos con la disposición base la pena imponible es de dos a seis años, más el Tribunal teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del delito, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente, fijó la sanción en veintisiete meses de presidio; sobre este índice deduce la modalidad correspondiente a la complicidad correlativa, y aplicando el máximo, o sea la mitad, la sanción es la de trece meses y quince días: pero como el hecho se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, al deducir de la pena anterior la tercera parte del mínimo, la sanción fluctúa entre cuatro meses quince días, pena imponible que para efecto del recurso de casación no alcanza los límites fijados por el artículo 557 del C. de P. P. o sea un máximo que sea o exceda de cinco años. Por consiguiente, el recurso de casación es inadmisible por no reunir los requisitos señalados por la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el apoderado y defensor de Luis Miciades Daza Erazo y Marta Elena Velasco de Daza, contra la sentencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio R. Argüello, Secretario.

PRESCRIPCION

El fenómeno jurídico de la prescripción extingue la acción penal y las consecuencias derivadas de ella, o sea las sanciones; es personal y opera por el simple transcurso del tiempo señalado por la ley; sus efectos se producen de manera oficiosa en cualquier estado del proceso y los términos tanto para la acción penal como para las sanciones son continuos; si se trata de la acción, los plazos se cuentan desde el día en que se consumó el delito para las infracciones agotadas; para las tentativas y delitos frustrados desde el día en que se consumó el último acto de ejecución y para los delitos continuos desde el día en que se verificó el hecho.

El acto de la prescripción lo subordina la ley a dos presupuestos o modalidades: la gravedad del delito y la pena privativa de la libertad, si el hecho reviste caracteres de gravedad y la sanción es de veinte años o más; la extinción de la acción penal se produce en un lapso de treinta años; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para los hechos que tienen pena privativa de la libertad, mayor de cinco años y menor de veinte, y —por regla general— en un tiempo de cinco años para los demás delitos, o sea para aquellos que no revisten la gravedad de los dos primeros, ni la sanción fijada en ellos llega a los índices de los dos anteriores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Por consulta revisa la Corte la providencia de quince de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por la cual se declara prescrita la acción penal seguida contra **Aciselo Rojas Peña**, sindicado por un delito de abuso de autoridad.

Hechos

El dos de mayo de mil novecientos cincuenta y dos en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Nuquí se iniciaron estas diligencias con el fin de averiguar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir Aciselo Rojas Peña, en ese entonces Juez del Circuito, por las demoras ocurridas en el proceso que por un delito de lesiones personales se adelantaba contra Luis Gorgonio Bonilla y Juan de la Luz Manyoma.

Pruebas

Con el Decreto de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión se acredita la calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional que como Juez del Circuito Promiscuo de Nuquí tenía en ese entonces el doctor Aciselo Rojas Peña.

Se practicó una diligencia de inspección ocular, en la cual los peritos expresan:

"Examinamos minuciosamente el sumario que se adelantó en el Juzgado Promiscuo de este Circuito contra Luis Gorgonio Bonilla, Juan de la Luz Manyoma y otro, por el delito de lesiones personales, y encontramos que dicho negocio fue iniciado el 22 de octubre de 1941 y siguió su curso legal hasta el 20 de enero de 1944, fecha en la cual quedó en suspenso en la mesa del señor Juez Promiscuo de este Circuito, desempeñando estas funciones en ese tiempo el doctor Aciselo Rojas Peña".

Con base en este concepto y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la fecha en que se realizaron los hechos, previo concepto favorable del Fiscal, el Tribunal declaró prescrita la acción y ordena consultar su providencia.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de analizar los hechos y pruebas del pro-

ceso y de transcribir la diligencia de inspección ocular, expresa:

"Lo anteriormente transcrito pone claramente de manifiesto que la prescripción reconocida en el auto consultado tiene un pleno fundamento.

"En efecto: la disposición aplicable al caso sería la del artículo 172 del Código Penal, cuya sanción máxima es la de una multa de trescientos pesos y que, por lo tanto, está comprendida dentro de lo que establece el inciso último del artículo 105 del Código Penal, en relación con lo preceptuado en el artículo 106 ibidem, y contando el plazo del caso desde el último día atrás citado, es decir, el 24 de junio de 1947.

"En casos como el presente es de oportunidad aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal ya que la acción penal no puede continuarse o proseguirse.

"Es, pues, legal la providencia consultada del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, y debe confirmarse".

Se considera:

El fenómeno jurídico de la prescripción extingue la acción penal y las consecuencias derivadas de ella, o sea las sanciones; es personal y opera por el simple transcurso del tiempo señalado por la ley: sus efectos se producen de manera oficiosa en cualquier estado del proceso y los términos tanto para la acción penal como para las sanciones son continuos; si se trata de la acción, los plazos se cuentan desde el día en que se consumó el delito para las infracciones agotadas; para las tentativas y delitos frustrados desde el día en que se consumó el último acto de ejecución y para los delitos continuos desde el día en que se verificó el hecho.

El acto de la prescripción lo subordina la ley a dos presupuestos o modalidades: la gravedad del delito y la pena privativa de la libertad, si el hecho reviste caracteres de gravedad y la sanción es de veinte años o más: la extinción de la acción penal se produce en un lapso de treinta años; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para los hechos que tienen pena privativa de la libertad, mayor de cinco años y menor de veinte, y —por regla general— en un tiempo de cinco años para los demás delitos, o sea para aquellos que no revisten la gravedad de los dos primeros, ni la sanción fijada en ella llega a los índices de los dos anteriores.

Como el delito investigado —abuso de autoridad— por una parte, no se halla reprimido con pena privativa de la libertad sino con multa de diez a trescientos pesos, y, por otra, como el término para que se opere la prescripción está cumplido (artículo 105 del C. P.) es indudable que la aplicación del principio es de imperativo cumplimiento por haber transcurrido los términos señalados en la ley, y así habrá de decretarse.

El Tribunal en la providencia que se revisa "ordena cesar todo procedimiento" lo cual no se halla de acuerdo ni con el mandato del artículo 153 del C. de P. P. ni con la doctrina de la Corte que en repetidas oportunidades ha expresado que: "La providencia que se dicta con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del C. de P. P. en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualquiera de estos requisitos debe subsanarse por la Entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara que la acción penal NO PUEDE PROSEGUIRSE por estar prescrita; en consecuencia, ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO contra el doctor Acisclo Rojas Peña. En los términos anteriores se reforma la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL DEBE PROBAR QUE DICHA MEDIDA ES CONVENIENTE EN ORDEN A LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud que Miguel Quintero Martínez le envió a la Procuraduría General de la Nación para obtener el cambio de radicación del proceso que se le adelanta en el Distrito Judicial de Santa Marta por el delito de homicidio.

A la petición se acompaña solamente un oficio del Juez Segundo Superior de Santa Marta, dirigido al Abogado General del Ministerio de Justicia, donde consta que en su despacho cursan las diligencias contra Quintero Martínez por homicidio en Remedios Gómez, el que se encuentra "en su etapa sumarial".

Dice el memorialista en su pedimento:

"...La víctima. La señora Remedios Gómez; fue en su vida persona de encumbrada posición económica, miembro de la distinguida sociedad de Riohacha: igual posición ocupan los familiares de la occisa (sic).

"Fiscal 2º Superior, doctor Rodolfo Curvelo; el señor Agente del Ministerio Público, es hijo natural de Riohacha, nacido en un hogar rebosante de moral, persona honorable, digno de todo acatamiento, quien en el ejercicio de sus funciones se ha distinguido como fiel guardián de la sociedad, en representación de la sociedad y para bien de ésta, el doctor Rodolfo Curvelo no ha escatimado esfuerzos para que en la aplicasión (sic) de la Ley, se haga honor a la justicia; sus conceptos llenos de equidad, han dejado en el corazón de la sociedad, y en la conciencia del procesado satisfacción completa.

"Parte Civil. La parte civil está representada por el doctor Miguel Pinedo Barros: hijo natural de Riohacha, es abogado de gran prestigio ante el poder judicial; bien conocido por su solvencia moral y ecomica (sic), distinguido miembro de la sociedad de Riohacha y Santa Marta.

"Defenza (sic). La defenza (sic) está a cargo del doctor Rafael Palacio Iguarán: natural de Riohacha, abogado de los pobres de solemnidad, miembro de la defensa social de Riohacha.

"Juez 2º Superior. Doctor Víctor Royero, digno de todo acatamiento y respeto, hijo natural de Chiriguaná (Mag.) única persona que no es riohachero.

"Señor Procurador. He dado a conocer a usted todos los personajes que se encuentran en funciones dentro de este proceso: no juzgo mal a nadie, dudo sí, que en este caso mío se haga justicia, se trata de un solo hombre frente a los más ilustrados hombres de la Intendencia Guajira: mi defensor (sic) tiene consanguinidad con la contraparte, en este caso se me nombraría otro abogado de oficio, pero sería caso igual para mí; todos los mensionados (sic) están unidos por lazos que sobre pasan (sic) a la amistad, así puede verse que mi situación de sindicado es grave, en cuanto a condena, estoy prácticamente condenado a la máxima pena antes de jurado, así lo dice el señor acusador, y así será, nada puedo hacer yo, un procesado en completa solemnidad que no tengo modo ni medios para poner defenzor (sic) que sustente mi defenza (sic)".

Se considera:

El cambio de radicación o traslado de un procesado de un Distrito Judicial a otro está subordinado, conforme al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, a las conveniencias de la recta administración de justicia y su procedencia exige que graves motivos la determinen o impongan. Mas para que la Corte pueda conceptuar favorablemente al respecto, como lo preceptúa la misma disposición citada, es necesario que a la petición respectiva se alleguen comprobantes de los cuales surja que es conveniente el cambio de radicación.

La Sala ha dicho en casos similares:

"Para que pueda radicarse en otro Juzgado una causa criminal no basta el solo dicho del interesado sobre la conveniencia de la variación, sino que es necesario poner de manifiesto dicha conveniencia para la recta administración de justicia (XX, 66).

"Cuando se invoca como derecho la razón del artículo 58 del C. de P. P., es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable". (LXI, 301).

En el caso de autos el procesado se limita, después de declarar que no juzga mal a ninguna de las personas que intervienen en el proceso, a insinuar la duda de que se le haga justicia. Pero esta actitud es puramente subjetiva, pues aunque habla de un parentesco de consanguinidad entre la contraparte y su defensor el doctor Rafael Palacio Iguarán, lo cierto es que no aduce la más leve prueba de tal afirmación, ni su defensa se encuentra a cargo de dicho abogado según atestación del propio Juzgado del conocimiento.

Asimismo, y en forma igualmente gratuita, dice Quintero Martínez que está "prácticamente condenado a la máxima pena antes de jurado", agregando que "así lo dice el señor Acusador" y que todos los partícipantes en la investigación "están unidos por lazos que sobrepasan a la amistad". Ninguna de tales circunstancias ha intentado demostrarse, pero ni siquiera se enuncian o explican en forma que permita inferir la existencia de irregularidades en la actuación sumarial o de parcialidad en la prosecución del juicio, que haga presumir la necesidad o conveniencia de trasladar el juzgamiento de Quintero Martínez a un Distrito Judicial distinto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— CONCEPTUA que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que en el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta se le adelanta a Miguel Quintero Martínez por el delito de homicidio.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

PELIGROSIDAD SOCIAL O PREDELICTUAL Y CRIMINAL O POSTDELICTUAL. ESTADO DE ESPECIAL PELIGROSIDAD O PREVENCION SOCIAL Y DELITO. — SANCION Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En derecho penal existen dos clases de peligrosidad: la social o predelictual y la criminal o posdelictual. La primera contempla una medida defensiva del Estado, en cuanto tiene como finalidad precaver o prevenir la comisión de un delito o todo hecho perjudicial que atente contra la seguridad social; es la tutela preventiva del orden contra sujetos que por sus condiciones psíquicas, orgánicas y ambientales están predispuestos al delito; la segunda, es una medida tendiente a evitar la repetición de actos que violan las normas jurídicas; esta parte de un hecho concreto que es el delito; su valoración no depende exclusivamente de las condiciones subjetivas de la persona, sino de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, de los motivos determinantes y de los múltiples factores que rodean la personalidad del delincuente, modalidades éstas que sirven de norma para fijar la sanción. La peligrosidad predelictual o social no se confunde con la peligrosidad criminal; aquélla es una medida preventiva o profiláctica del delito, ésta es el resultado de un hecho que entraña una violación concreta de la norma jurídica.

Los estados de "especial peligrosidad" o "prevención social" contemplados por el Decreto 0614 de 1955, no se confunden con el delito, ni son por consiguiente el delito mismo: los primeros —se replie— tienden a prevenir una infracción de la ley penal, es el concepto de peligrosidad o capacidad para delinquir sin la existencia del hecho criminoso; el segundo es la violación de la ley penal o sea, "la acción legalmente punible" que por quebrantar el orden jurídico tutelado por el Estado es objeto de una sanción; aquéllos son siempre objeto de una medida de seguridad por tiempo indeterminado entre un mínimo y máximo y dura hasta que cese el estado de peligrosidad; éste tiene como resultado la aplicación de una pena por término fijo y determinado, con excepción de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, remite a la Corte el proceso adelantado contra **Nicolás Infante** y otros, para que esta Entidad en función del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, resuelva el incidente de colisión de competencias suscitado entre la Gobernación del Departamento (Despacho de Gobierno y Policía —Juzgado Departamental de Garantías Sociales) y el Tribunal.

Antecedentes

El proceso se adelantó en virtud de denuncia presentada por Oliverio Navas ante el Juzgado del Circuito de Charalá, para que se averigüe la responsabilidad de Nicolás Infante, Heráclito y Rubén Rivero.

"Se sabe que en alguna ocasión Oliverio Navas, en un 'rodeo' a la llanera —dice el Tribunal— sacó de los potreros de Nicolás Infante unos semovientes, afirmando propiedad sobre ellos. Por este hecho fue denunciado por Infante, quien lo sindicó de hurto de ganado mayor, porque también Infante afirmaba ser propietario de los semovientes. Navas fue absuelto en definitiva, por sentencia de la Corte. Puesto en tal terreno acusa ahora a Nicolás Infante por hurto de los mismos semovientes, afirmando que ellos fueron a dar al potrero de Infante porque éste ayudado por Rubén Rivero y Heráclito Infante, los había

sacado antes de sus predios y se los había apropiado".

Colisión de competencias

Los motivos que expone la Gobernación para afirmar la incompetencia de parte de las autoridades administrativas y de Policía, se resumen así:

"a) El Decreto 0014 de 1955 no autoriza a los Alcaldes ni en general a la Policía 'para fallar el delito atribución privativa de la justicia ordinaria, sino que juzga el estado de peligrosidad'.

"b). Cuando se consumó el delito 'no había norma que declare estado peligroso ese hecho' por consiguiente 'no puede por un capricho de interpretación, despojársele del carácter de ilícito que lo tenía entonces claramente definido en las normas del Código Penal porque equivaldría a violentar los derechos individuales y a crear antipatía a la defensa de los derechos sociales'. Y,

"c) Como consecuencia de lo anterior 'anula lo actuado por el Alcalde de Coromoro y dispone que la Policía no es competente para conocer de los delitos de abigeato consumados ante la vigencia del' Decreto 0014 del año próximo pasado y propone al Tribunal de San Gil colisión de competencia negativa para ante la Corte Suprema de Justicia' ".

Razones del Tribunal

"El Decreto 0014 de enero 12 de 1955 —dice el Tribunal— considera incurso en un estado de especial peligrosidad 'a quien atente en cualquier forma contra la propiedad de ganado mayor o menor': considera el hurto y robo de ganado mayor o menor como formas de abigeato y fija sanciones especiales para ellas en sus artículos 36 y 37.

"En virtud del mismo decreto no es ya la justicia ordinaria la que conoce de dichas formas de abigeato, sino 'las mismas autoridades que conocen en la actualidad de estados antisociales previstos en la Ley 48 de 1936 y disposiciones reformadoras posteriores' (artículo 49) y ello con sometimiento a normas procedimentales nuevas".

"Las nuevas disposiciones sobre competencia y procedimiento cobijan a todos los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia, como enfáticamente se dice en el artículo 83; y su vigencia empezó el 1º de febrero de 1955. Esto significa que las nuevas normas no solamente son aplicables a los hechos cometidos posteriormente a la vigencia del Decreto, sino también a los cometidos antes, siempre que el proceso se hubiera iniciado después. En este caso está, muy a las claras, el proceso que se recoge en estas diligencias, puesto que se inició el 3 de octubre de 1955.

"No se escapa a la Sala que la aplicación de este Decreto a los delitos de hurto y robo de ganado mayor cometidos con anterioridad a su vigencia se relaciona exclusivamente con la competencia y el procedimiento, no con las penas imponibles. El funcionario de Policía que entre a conocer de este negocio, por ejemplo, en el caso de que llegara a dictar sentencia condenatoria, no podría aplicar las penas establecidas en el artículo 37 del Decreto en cuestión, sino las que establecía la Ley 4ª de 1943. Esto en aplicación del artículo 22 de la Constitución Nacional y del 43 de la Ley 153 de 1887.

"La Sala no cree que deba echar atrás el criterio expuesto en lo que se deja transcrito, ante la nitidez literal del artículo 83 del Decreto en referencia, que no resulta claramente inconstitucional y que entra cómodamente dentro del imperio de los artículos 43 y 40 de la Ley 153 de 1887".

Se considera:

En derecho penal existen dos clases de peligrosidad: la social o predelictual y la criminal o posdelictual. La primera contempla una medida defensiva del Estado, en cuanto tiene como finalidad precaver o prevenir la comisión de un delito o todo hecho perjudicial que atente contra la seguridad social; es la tutela preventiva del orden contra sujetos que por sus condiciones psíquicas, orgánicas y ambientales están predispuestos al delito; la segunda, es una medida tendiente a evitar la repetición de actos que violan las normas jurídicas; esta parte de un hecho concreto que es el delito; su valoración no depende exclusivamente de las condiciones subjetivas de la persona, sino de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, de los motivos determinantes y de los múltiples factores que rodean la personalidad del delincuente, modalidades éstas que sirven de normas para fijar la sanción. La peligrosidad predelictual o social no se confunde con la peligrosidad criminal: aquélla es una medida preventiva o profiláctica del delito, ésta es el resultado de un hecho que entraña una violación concreta de la norma jurídica.

Los estados de "especial peligrosidad" o "prevención social" contemplados por el Decreto 0014 de 1955, no se confunden con el delito, ni son por consiguiente el delito mismo; los primeros —se repite— tienden a prevenir una infracción de la ley penal, es el concepto de peligrosidad o capacidad para delinquir sin la existencia del hecho criminoso: el segundo es la violación de la ley penal o sea, "la acción legalmente punible" que por quebrantar el orden jurídico tutelado por el Estado es objeto de una sanción; aquéllos son siempre objeto de una medida de seguridad por tiempo indeterminado entre un mínimo y máximo y dura hasta que cesa el estado de peligrosidad; éste tiene como resultado la aplicación de una pena por término fijo y determinado, con excepción de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal.

Esta distinción —hecha en forma esquemática— sirve para aplicar la norma en su sentido práctico: si se trata de la comisión de un delito contemplado en el estatuto de prevención social (hurto, robo, estafa, etc.), indudablemente las autoridades que lo juzgan serán las ordinarias o sea aquellas que por ley fueron instituídas para el conocimiento de los delitos: la sanción será la que señala el estatuto represivo para personas normales, y no medidas de seguridad, y el procedimiento el indicado en el artículo 81 del mencionado Decreto. Pero si fuere un clásico estado de peligrosidad, los funcionarios que conocen de esa modalidad serán los instituídos especialmente por el estatuto de prevención social dentro del procedimiento en él contemplado. Esta la interpretación lógica que en su aplicación puede darse al Decreto 0014 de 1955, mientras el legislador considera estos problemas de diaria ocurrencia de la administración de justicia por la confusión de conceptos y sanciones; delito y estado de peligrosidad; penas y medidas de seguridad.

Competencia

Dentro de las atribuciones conferidas por el Legislador a la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— artículo 42, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene atribución para decidir de la colisión de competencias suscitadas en asuntos criminales: "entre los Tribunales de dos o más distritos judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales y finalmente entre la jurisdicción militar y la ordinaria"; es decir, se omitió la facultad para dilucidar un incidente de esta naturaleza entre las autoridades administrativas o de Policía y la justicia ordinaria, lo cual equivale a afirmar que la Corte no tiene jurisdicción y competencia para resolver la colisión de competencias provocada por la Gobernación del Departamento (Despacho de Gobierno y Policía —Juzgado Departamental de Garantías Sociales—) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Estima la Corte que la competencia negativa no debió ser propuesta al Tribunal sino al Juzgado que tiene jurisdicción y competencia para conocer en primera instancia del delito investigado, para que este funcionario expresara su pensamiento en el sentido de aceptar o negar su competencia para conocer del proceso, pues quien debe resolver el incidente es el respectivo Tribunal a términos de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 82 del Código Judicial, por ser esta disposición aplicable al presente negocio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE INHIBE de conocer del presente negocio. Dése cuenta de lo resuelto a la Gobernación del Departamento.

Cópiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — MINISTERIO PUBLICO. — DEBERES Y OBLIGACIONES

El Ministerio Público en el proceso penal, ejerce una función jurídico-social por cuanto asume la representación de los intereses del Estado y de la sociedad. Su misión no es propiamente la de acusador para obtener una condena, ni la de defensor para pedir la absolución; su función, por ser de carácter público-social es la de buscar el equilibrio de la justicia entre la sociedad y el Estado y la persona que infringió la ley penal o aquella que injustamente es acusada. Es natural que en la mayoría de los casos los intereses de la sociedad están en pugna con los del acusado; entonces su deber como representante de ella es el de pedir una justa sanción, pero, existen otros en los cuales el interés social puede coincidir con los del acusado para fusionarse en una sola tesis: la defensa social.

Pero si el Ministerio Público representado por uno de sus colaboradores —Fiscal del Juzgado Superior— por error en la interpretación de la ley o por falsa o equivocada apreciación de la misma, llega a extremos inconciliables con los de la justicia, deber del superior jerárquico es el de rechazar ese resultado y buscar otra solución, en orden a evitar la impunidad y cumplir los fines primordiales de una recta administración de justicia. Los derechos de la sociedad no tienen justa representación cuando el Ministerio Público frente a hechos concretos y pruebas que lo demuestran, prescinde de ellas para convertirse en defensor del acusado.

Lo anterior no significa que en todos aquellos casos en que existan discrepancias de conceptos sobre tesis debatidas en un juicio, por este solo motivo deba solicitarse el cambio de radicación del proceso y éste deba prosperar, No. El traslado del negocio de un distrito judicial a otro distinto, en este evento, sólo tiene como justificación el móvil de acertar en la interpretación de la ley para evitar errores que puedan conducir a la impunidad, máxime cuando existen casos concretos que demuestran esta ocurrencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud del Fiscal del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, para que esta Entidad en función del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita concepto sobre cambio de radicación del proceso que por un delito de homicidio se adelanta contra **Alcibiades Lizarazo**, cometido en la persona de Adán Avila.

Petición.—Fundamentos

El Agente del Ministerio Público —Fiscal del Tribunal— al solicitar el cambio de radicación, aduce como razones las siguientes:

"a) Se trata del juzgamiento del responsable del delito de homicidio cometido en Chita, en la persona del Notario Público de aquel lugar, señor Adán Avila, persona influyente, ya por sus actuaciones políticas anteriores, ya por su familia".

"b) El procesado fue absuelto en primera instancia, en la audiencia celebrada durante los días 17 y 18 de noviembre de 1954. Esto causó general desconcierto por aparecer que el delito no se cometió en circunstancias justificativas. A consecuencia de una molestia, Avila y Lizarazo eran conducidos por unidades del Ejército a la cárcel, en el camino Lizarazo disparó sobre Avila su revólver causándole la muerte.

"c) Esta absolución se debió, sin lugar a duda, a la actuación equivocada del doctor Pablo López

Vargas, Fiscal del Juzgado, quien planteó subsidiariamente la tesis de la legítima defensa subjetiva. Hay la impresión de que ante el Jurado no hubo verdadera representación de la sociedad en este caso, ya que las circunstancias exculpativas fueron rechazadas cufálicamente en el auto de proceder. Como era notoria la injusticia del veredicto, el H. Tribunal Superior así lo declaró en providencia de fecha 15 de junio de 1956, y ordenó convocar nuevo jurado.

"d) Como antecedentes y para fundamentar el temor que esta fiscalía tiene de que el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior pueda sostener en la nueva audiencia la misma tesis de la legítima defensa, en contra de lo sostenido por el Juez a quo en el auto de proceder y por el H. Tribunal Superior, remito también copia de las partes principales de la causa que en dicho Juzgado se adelantó contra Segundo Nomezque, por homicidio. El señor Fiscal del Juzgado, doctor López Vargas, sostuvo a favor del procesado la legítima defensa; el Jurado absolvió. Se declaró injusto el veredicto; el señor Fiscal en la segunda audiencia, a pesar de la tesis del H. Tribunal al respecto, volvió a sostener la legítima defensa y vino una nueva absolución. Total, el delito quedó impune. Se trataba de un caso de riña y no parece que hubiera motivo para una absolución.

"e) El caso de la muerte del Notario Público de Chita merece que sea debatido en otro Distrito Judicial, a fin de que el representante de la sociedad pueda estudiar el negocio con más amplitud y considerar con nuevo criterio si la tesis sostenida en el auto de proceder y en las providencias del H. Tribunal, pueden ser defendidas ante el Jurado. No sin razón la ley, en el artículo 554 del C. de P. P., ha dado a los Tribunales Superiores la facultad de declarar notoriamente injusto un veredicto, cuando así lo reclama la verdad procesal. La orientación dada por el H. Tribunal en virtud de esta facultad, debe ser la base para el Ministerio Público del nuevo debate ante el Jurado, de otra manera sería inoperante la disposición legal citada".

Se considera:

La ley autoriza el cambio de radicación de un proceso cuando los intereses de la justicia y de la sociedad así lo demandan, ora para garantizar los derechos del Estado frente a la violación de la ley penal, bien para proteger la independencia y honestidad de los funcionarios que la administran, o ya también, para tutelar los intereses de las partes que intervienen en el proceso penal. La "recta administración de justicia", razón y fundamento del cambio de radicación del proceso, es la resultante de la protección de los derechos de las partes, de la verdad material de los hechos investigados y de la imparcialidad de quienes la administran; la negación de uno de estos términos o la omisión negligente de cualquiera de ellos, conduce a la afirmación de que la justicia no se administra rectamente, y, por consiguiente, el cambio de radicación es operante.

En el proceso penal, tanto la sociedad como el procesado y el ofendido tienen su justa representación; la primera, mediante vocería del Agente del Ministerio Público, el segundo en su apoderado o defensor; y el tercero, por su mandatario judicial. La finalidad de la ley es la de que los intereses de las personas que intervienen en el proceso penal se hallen debidamente garantizados; la sociedad, para que se tutele el orden jurídico y amparen los derechos que rigen la comunidad, el procesado, para que la pena sea justa y equitativa; y la parte civil, para que se reparen los perjuicios derivados de la infracción.

El Ministerio Público en el proceso penal, ejerce una función jurídico-social por cuanto asume la representación de los intereses del Estado y de la sociedad. Su misión no es propiamente la de acusador para obtener una condena, ni la de defensor para pedir la absolución; su función, por ser de carácter público-social es la de buscar el equilibrio de la justicia entre la sociedad y el Estado y la persona que infringió la ley penal o aquella que injustamente es acusada. Es natural que en la mayoría de los casos los intereses de la sociedad están en pugna con los del acusado; entonces su deber como representante de la sociedad es el de pedir una justa sanción, pero existen otros en los cuales el interés social puede coincidir con los del acusado para fusionarse en una sola tesis: la defensa social.

Pero si el Ministerio Público representado por uno de sus colaboradores —Fiscal del Juzgado Superior— por error en la interpretación de la ley o por falsa o equivocada apreciación de la misma, llega a extremos inconciliables con los de la justicia, deber del superior jerárquico es el de rechazar ese resultado para buscar otra solución en orden a evitar la impunidad y cumplir los fines primordiales de una recta administración de

justicia. Los derechos de la sociedad no tienen justa representación cuando el Ministerio Público frente a hechos concretos y pruebas que lo demuestran, prescinde de ellas para convertirse en defensor del acusado.

"Nada ganará la justicia con una nueva audiencia —dice el Fiscal del Tribunal— porque posiblemente el señor Fiscal del Juzgado volverá a sostener la misma tesis (legítima defensa de carácter subjetivo —aclara la Corte—), ante el tribunal popular y vendrá necesariamente la absolución dejando en los ánimos la sensación de que ha quedado impune un delito que conmovió hondamente la región".

Este concepto para la Corte tiene un hondo significado, no por el simple afán de que se absuelva o se condene al procesado sino por el interés de la justicia de que por otro Jurado y por distintos funcionarios se examinen los hechos y las pruebas del proceso para que el veredicto y el fallo sean, por una parte, el resultado exacto de los hechos investigados, y por otra, para que no haya dudas de que ante el Jurado no hubo verdadera representación de la sociedad.

Lo anterior no significa que en todos aquellos casos en que existan discrepancias de conceptos sobre tesis debatidas en un juicio, por este solo motivo deba solicitarse el cambio de radicación del proceso y éste deba prosperar. No. El traslado del negocio de un distrito judicial a otro distinto en este evento, sólo tiene como justificación el móvil de acertar en la interpretación de la ley para evitar errores que puedan conducir a la impunidad, máxime cuando existen casos concretos que demuestran esta ocurrencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, emite concepto FAVORABLE al cambio de radicación del proceso que por un delito de homicidio se adelanta en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en contra de Alcibíades Lizarazo.

Cópiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

REPARTIMIENTO GENERAL DE LA SALA DE CASACION LABORAL

En la ciudad de Bogotá, a trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el suscrito Presidente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado doctor Juan Benavides Patrón inició el reparto general de los negocios de esta Sala, en presencia de los Magistrados doctores Enrique Arámbula Durán, Miguel Antonio Constaín y Sergio Antonio Ruano y del Secretario de la Sala.

Encontró que se hallaban al estudio, para fallo, 120 negocios; en tramitación 60; en tramitación con fallo 24; 1 recurso de homologación y la reconstrucción de un proceso. Procedió primeramente a repartir entre los cuatro Magistrados que integran la Sala los negocios que se encuentran al estudio en estado de recibir sentencia. Puso igual número de fichas y a la suerte se fueron sacando una por una, empezando en orden alfabético. Al terminar este reparto correspondieron al Magistrado Arámbula 27 negocios; al Magistrado Benavides Patrón 33 negocios; al Magistrado Constaín 32 negocios, y al Magistrado Ruano 28 negocios.

Seguidamente y en la misma forma se procedió a repartir los negocios en tramitación correspondiéndole a cada Magistrado 15 negocios. Igual criterio se adoptó al repartir los expedientes con sentencia tocándole a cada Magistrado 6 negocios.

El recurso de homologación se sorteó entre los cuatro Magistrados que forman la Sala correspondiéndole al Magistrado doctor Constaín. Sistema similar se siguió para repartir el proceso en reconstrucción tocándole al Magistrado doctor Ruano.

En el presente reparto se le dio aplicación al artículo 6º del Decreto-Ley 1762 de 1956.

RESUMEN DEL REPARTO

Negocios al estudio:

1.—Doctor Arámbula. Darío Arango Tamayo contra Eudoro Botero Mejía.

2.—Doctor Benavides Patrón. Fernando Correa V. contra Sucesores de José de Jesús Restrepo y Cía. S. A.

3.—Doctor Constaín.—Ignacia Isabel Ruiz vda. de Cardozo contra Milad Harguil.

4.—Doctor Ruano. Rogelio Montoya Uribe contra César García Montoya.

5.—Doctor Arámbula Alvaro Suárez Gómez contra Aceites y Abonos del Valle, Ltda.

6.—Doctor Benavides Patrón. Antonio Ortiz C. contra Cayetano Castro.

7.—Doctor Constaín. Ramón Angel Zapata contra Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, S. A.

8.—Doctor Ruano. Joaquín Mas y Cía. contra Alberto Rozo.

9.—Doctor Arámbula—Jaime A. Espitia C. contra Jaime Ospina Espinel.

10.—Doctor Benavides Patrón. Luis Eduardo Cortés contra Jaime A. Espitia C.

11.—Doctor Constaín. John Pineda contra Sociedad Bulldozer Ltda.

12.—Doctor Ruano. Jesús María Gil contra Hijos de Marco Gómez Ltda.

13.—Doctor Arámbula. Jaime A. Espitia C. contra Jorge E. Torres Tavera.

14.—Doctor Benavides Patrón. Ruth Vásquez González contra M. A. Blanco (Emisora Atlántico).

15.—Doctor Constaín. Rafael Quiñones y Elvira Guevara de Quiñones contra Edilberto Camacho.

16.—Doctor Ruano. Blanca Bernal Castro contra J. V. Mogollón Ltda.

17.—Doctor Arámbula. Carlos Julio Ramírez contra Municipio de Bogotá.

18.—Doctor Benavides Patrón. Ana Forero de Fresneda contra Zamudio y Vásquez Ltda.

19.—Doctor Constaín. Edgar Medina contra José Fernández y Cía. Ltda.

20.—Doctor Ruano. Compañía Antioqueña de Telares S. A. contra Carmelina Bedoya de Gil.

21.—Doctor Arámbula. Lilia Valencia de Berrío contra José Miguel Duque y Rubén Duque.

22. — Doctor Benavides Patrón. Néstor Vargas contra Líneas Aéreas Trasatlánticas Colombianas.

23.—Doctor Constaín. Cubides Hermanos Ltda. contra J. Dionisio Tinoco.

24.—Doctor Ruano. Compañía de Seguros Bolívar contra Edgardo Torres Merlano.

25.—Doctor Arámbula. Mediardo Noreña contra J. J. y Luis Carlos González Ltda.

26. — Doctor Benavides Patrón. José Gregorio Martínez contra Municipio de Bogotá.

27. — Doctor Constaín. Matera y Lajud Ltda. contra Alvaro Pardo Castañeda.

28.—Doctor Ruano. Manuel Salomón Insignares contra Cooperativa de Leche del Atlántico Ltda.

29. — Doctor Arámbula. José del C. Peñalosa contra Cooperativa del Magisterio de Cundinamarca Ltda.

30. — Doctor Benavides Patrón. Angela Téllez vda. de Neira contra Municipio de Bogotá.

31.—Doctor Constaín. Compañía de Tejidos Intertex S. A. contra Hernán Isaza Cadavid.

32.—Doctor Ruano. Hernando Rengifo R. contra Ernesto González Piedrahita.

33. — Doctor Arámbula. Gómez y Mejía Ltda. contra Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez.

34. — Doctor Benavides Patrón. Vidal Higuera contra Ana Josefa Rodríguez.

35. Doctor Constaín. Empresa Arauca Ltda. contra Lilia Toro A.

36.—Doctor Ruano. Feres Samaja contra Marcos Méndez.

37. — Doctor Arámbula. José de Jesús Botero contra Frontino Gold Ltda.

38.—Doctor Benavides Patrón. Alberto Cañas Rivas contra Platerías Colombianas de E. Gutiérrez Vega S. A.

39.—Doctor Constaín. Jesús Antonio Rivera G. contra Cooperativa de la Vivienda Militar.

40.—Doctor Ruano. Alfredo Ortega contra Cine Colombia S. A.

41. — Doctor Arámbula. José Urrego contra la Nación y otros.

42.—Doctor Benavides Patrón. Catalino Pachano contra Compañía Frutera de Sevilla.

43.—Doctor Constaín. Eduardo Posada Arango contra Sucesión de Abraham Posada y otra.

44.—Doctor Ruano. Marina Llano v.da de Maldonado contra Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

45. — Doctor Arármbula. José Morales y otro contra Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A.

46. — Doctor Benavides Patrón. Luis Alberto Morissi contra Banco Central Hipotecario.

47.—Doctor Constaín. Jorge Mora Toscano contra Colegio de Boyacá.

48. — Doctor Ruano. Abelardo Salazar Acosta contra Cervecería de Buga S. A.

49. — Doctor Arámbula. Municipio de Bogotá contra Saturnino García.

50.—Doctor Benavides Patrón. Marco A. Arias Giraldo contra Daniel Robledo Uribe.

51.—Doctor Constaín. Jesús Alfredo Parra contra Emiliano Rodríguez.

52. — Doctor Ruano. Pablo Antonio Ricaurte contra Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A.

53.—Doctor Arámbula. Rafael Ospina Méndez contra Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda.

54. — Doctor Benavides Patrón. Septimio Mosquera contra Abraham Rumlé.

55.—Doctor Constaín. Carboneras San Francisco contra Jorge E. Chauta.

56—Doctor Ruano. José Domingo Cocnaga contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.

57. — Doctor Arámbula. Mariano Ramos R. y Cía. Ltda. contra Jorge Ramos R.

58. — Doctor Benavides Patrón. Rafael Gómez Polo y otra contra Efraín Torres Castilblanco.

59. — Doctor Constaín. María Dolores Arango contra Compañía Colombiana de Tejidos.

60—Doctor Ruano. Compañías Unidas de Transportes S. A. contra Raúl Jaramillo Vélez.

61.—Doctor Arámbula. César Salamanca Bedoya contra Pedro Moreno Aldana.

62.—Doctor Benavides Patrón. Pastor Posada contra Bernardo Agudelo.

63. — Doctor Constaín. Edgar Orjuela Jordán contra Club Campestre de Popayán.

64—Doctor Ruano. Rosa Silva de Camargo contra Municipio de Bogotá.

65.—Dr. Arámbula. Ana Beatriz Forero Urrea contra Ferrocarril Central del Norte.

66. — Doctor Benavides Patrón. Adolfo Vides Herrera contra Confederación del Canadá.

67.—Doctor Constaín. José Díaz Mendoza contra Compañía Frutera de Sevilla.

68.—Doctor Ruano. Cooperativa de Trabajadores de la Avianca contra Ignacio Rodríguez Gómez.

69.—Doctor Arámbula. Salvador Pulido contra Sucesión de Salvador Isaza.

70—Doctor Benavides Patrón. José Vicente Laverde contra Compañía Salinera de los Andes, S. A.

71.—Doctor Constaín. Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico contra Alberto Alvarez.

72.—Doctor Ruano. Víctor Alonso Lozano contra Alfredo Posada.

73.—Doctor Arámbula. La Casa del Café contra Jorge Dimitrio.

74.—Doctor Benavides Patrón. Arrocera San José Ltda. contra Eduardo Murillo Díaz.

75.—Doctor Constaín. Juan de Jesús Aldana contra Aparicio Molina.

76.—Doctor Ruano. Aurora Mejía vda. de Carmona contra Departamento de Antioquia.

77.—Doctor Arámbula. Gilberto Peláez y otro contra Alfonso Vásquez Z.

78.—Doctor Benavides Patrón. Amalia Buitrago Rozo contra Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A.

79.—Doctor Constaín. Georges V. Marcú contra Gases Industriales de Colombia, S. A.

80—Doctor Ruano. Manuel Rogerio Hinestrosa contra Municipio de Quibdó.

81.—Doctor Arámbula. Ramón Martínez contra Samuel Castillo B.

82.—Doctor Benavides Patrón. Transportes Barrio Castilla y otro contra José H. Bárrios.

83.—Doctor Constaín. Candelaria Viloria Varela contra Rafael León Labarcés.

84.—Doctor Ruano. Alberto Perman y Compañía contra Juvenal Pacheco L.

85.—Doctor Arámbula. Club de Tennis S. A. contra Enrique Servin.

86.—Doctor Benavides Patrón. Alfonso Fajardo Angarita contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

78.—Doctor Constaín. Luis Carlos Rengifo R. contra Industrias Textiles de Colombia, Ltda.

88.—Doctor Ruano. Salvador Abad Escobar contra la Nación.

89.—Doctor Arámbula. Enrique Algarra contra Hospital Distrital de San José de Guaduas.

90.—Doctor Benavides Patrón. Angel María Caballero Gil contra Misael Vásquez Perilla.

91.—Doctor Constaín. Departamento de Antioquia contra Martha Olga Cañas.

92.—Doctor Ruano. Rafael Cárdenas Soto contra Pedro Gómez Ballesteros.

93.—Doctor Arámbula. Joaquín Agudelo contra Compañía de Gaseosas Lux S. A.

94.—Dr. Benavides Patrón. Lawrence Wright Tipton contra Construcciones Moore Ltda.

95.—Doctor Constaín. José A. López contra Pizano Hernández y Cía.

96.—Doctor Ruano. Miguel Angel Cantor contra Compañía Land Robert.

97. Doctor Arámbula. Mercedes Rodríguez contra Juan B. Pérez.

98.—Doctor Benavides Patrón. Luis Ernesto Moreno contra Eliseo Moreno Aguirre.

99.—Doctor Constaín. Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A. contra Bernardo de Jesús Marulanda González.

100—Doctor Ruano. Antonio Strizeo Adum contra Roberto Parra Bernal.

101.—Doctor Arámbula. Acrovías Nacionales de Colombia contra Ezequiel Garzón Caicedo.

102.—Doctor Benavides Patrón. Enrique Lecanda Otaola contra La Tranquera Ltda.

103.—Doctor Constaín. Compañías Unidas de Transportes S. A. contra José Antonio Medina Escobar.

104.—Doctor Ruano. Carlos V. Morales contra Compañía Metropolitana de Transportes S. A.

105.—Doctor Arámbula. Visitación Rodríguez Caro contra Hernán Posada Olarte.

106.—Dr. Benavides Patrón. Cervecería Nueva de Cúcuta contra Pedro Felipe Pabuencia R.

107.—Doctor Constaín. Abraham Muñoz Parra contra Municipio de Bogotá.

108.—Doctor Ruano. Martín Redondo contra Municipio de Bogotá.

109.—Doctor Benavides Patrón. Municipio de Bogotá contra Manuel García.

110.—Doctor Constaín. José Vicente Quilaguy contra Carbonera San Vicente S. A.

111.—Doctor Ruano. Siegfried Wiegandt contra Jack Temel.

112.—Doctor Benavides Patrón. Mauricio Razzetti contra Salustio Victoria.

113.—Doctor Constaín. Carlos Ochoa contra Alfonso Luque.

114.—Doctor Benavides Patrón. Carmen Amparo Laserna contra Edmundo Vallejo H. y Cía.

115.—Doctor Constaín. Miguel Insignares contra Raymond Concrete Pile Company.

116.—Doctor Benavides Patrón. Clara Saling contra José María Engel.

117.—Doctor Constaín. Armando Granda contra International Petroleum Colombia Ltda.

118.— Doctor Benavides Patrón. Alfonso Restrepo Cossio contra Iván Restrepo Angulo.

119.—Doctor Constaín. Juan A. Bayuelo contra Winston Mantilla Mantilla.

120.—Doctor Benavides Patrón. Agustín Yáñez contra Madigar Hyland South American Corporation.

Negocios en trámite

121.—Doctor Arámbula. Alejandro Muñoz Martínez contra Sucesión de Gustavo Astudillo.

122.—Doctor Benavides Patrón. Manuel Antonio Franco contra Anselmo Amaya y otra.

123.—Doctor Constaín. William Marion Carlton contra The Utah Construction Company.

124.—Doctor Ruano. Angel María Caballero Gil contra Raimundo Rojas C.

125.—Doctor Arámbula. José de Viterbo Sánchez Prada contra Texas Petroleum Company.

126.—Doctor Benavides Patrón. Acerías de Paz de Río S. A. contra Luis A. Vargas Celi.

127.—Dr. Constaín. Laboratorio Record Ltda. contra Mario Ceballos Duque.

128.—Doctor Ruano. Manuel Francisco Carabayo contra Valentín Parra.

129.—Doctor Arámbula. Manuel Bayona contra Marco Antonio Carvajal.

130.—Doctor Benavides Patrón. Central Hidroeléctrica de Anchicayá contra Jaime Parra.

131.—Doctor Constaín. Marcelino Pinzón contra Empresa Fluvial de Ocaña Ltda.

132.— Doctor Ruano. Trinidad Corzo vda. de Duarte contra Colombian Petroleum Company.

133.—Doctor Arámbula. Ernesto Vargas Martínez contra Fábrica de Cemento Samper.

134.—Doctor Benavides Patrón. Acerías Paz de Río S. A. contra Anatolio Jiménez Rodríguez.

135.—Doctor Constaín. José Antonio Cano contra Banco Popular.

136.—Doctor Ruano. Octavio de Jesús Montoya contra Eva Cadavid.

137.—Doctor Arámbula. Miguel Antonio Chaute B. contra Carbonera San Vicente S. A.

138.—Doctor Benavides Patrón. Gustavo Ramírez V. contra Saúl Sonszaín.

139.—Doctor Constaín. Gonzalo Vargas contra Pedro Luis Suárez.

140.—Doctor Ruano. Luis Zuleta Sánchez contra Aníbal Gutiérrez y Compañía.

141.—Doctor Arámbula. Oliverio Carvajal contra Sociedad Agrícola de la Insula Ltda.

142.—Doctor Benavides Patrón. Pedro A. Bernal H. contra Carlos J. Cubides.

143.—Doctor Constaín. Gustavo Angulo contra Cafetería Almendra Tropical.

144.—Doctor Ruano. Compañía de Seguros Bolívar contra Bernardo Gómez Rivera.

145—Doctor Arámbula. Jesús V. Gutiérrez contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

146.— Doctor Benavides Patrón. Ferdinando Tocchetto contra Country Club de Bogotá.

147.—Doctor Constaín. Inés Jaramillo de Santa contra Talleres de Decoración e Iluminación.

148.—Doctor Ruano. Aida Rodríguez de Ortiz contra Salomón Farrutt.

149.—Doctor Arámbula. Rigoberto Neira Reyes contra American International.

150.—Doctor Benavides Patrón. Francisco Orjuela contra Luis E. Orjuela.

151.—Doctor Constaín. Alvaro Torres R. contra Distribuidora Industrial Ltda.

152.—Doctor Ruano. Soledad Vásquez Cadavid contra Departamento de Antioquia.

153.— Doctor Arámbula. Alfredo Gutiérrez R. contra Municipio de Ibagué.

154.—Doctor Benavides Patrón. Didimo Arango M. contra Interamericana S. A.

155—Doctor Constaín. José Antonio Acuña contra Ana Schimitt vda. de Roppel.

156.—Doctor Ruano. Luis A. Nieto contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

157.—Doctor Arámbula. Julio Ernesto González contra Fábrica de Muebles Charles Ltda.

158.— Doctor Benavides Patrón. José Alvarez Alvarez contra Clínica Bautista.

159.—Doctor Constaín. La Quiebra de la Casa Marina contra Ismael Diéguez Nalda.

160.— Doctor Ruano. Luis Mendoza Escalante contra Compañía Molinera de Herrán.

161.— Doctor Arámbula. Luis Carlos Mendoza Vargas contra "El Tiempo" Ltda.

162.— Doctor Benavides Patrón. Rafael Pérez Lindarte contra Compañía del Ferrocarril de Cúcuta.

163.—Doctor Constaín. Próspero Ferrer Ibáñez contra Banco del Comercio.

164.—Doctor Ruano. Alfonso Ochoa contra Luis Camacho Reyes.

165.—Doctor Arámbula. José Domingo Goenaga contra Consorcio de Cervecerías Bavaria.

166.—Doctor Benavides Patrón. Francisco de la Hoz Viñas contra Fábrica Fitta S. A.

167—Doctor Constaín. Pedro N. Durán D. contra Caja de Crédito Agrario.

168—Doctor Ruano. Colombian Petroleum Company contra Eliseo Gómez

169.—Doctor Arámbula. Gonzalo Villada López contra Carl Limberg.

170.—Doctor Benavides Patrón. Luis Armando Martínez contra Fábricas Filtta S. A.

171.—Doctor Constaín. Víctor Hernando Ávila Serrano contra Foster Wheeler Corporation.

172.—Doctor Ruano. José Vicente Niño contra Banco del Comercio.

173.—Doctor Arámbula. G. M. G. I. Van Lanschot contra Compañía Real Holandesa de Vapores.

174 Doctor Benavides Patrón. Morrison Knudsen contra Pedro J. Gutiérrez Loaiza.

175.—Doctor Constaín. José Reginaldo González contra Francisco González Hernández.

176. — Doctor Ruano. Fernando David Villota contra Banco Central Hipotecario.

177. — Doctor Arámbula. Luis Alberto Parra contra Pablo Zapata.

178.—Doctor Benavides Patrón. María Antonia Leguizamón contra Nora Moreno de Rodríguez.

179.—Doctor Constaín. Moisés David contra Miguel Gaviria.

180—Doctor Ruano. Rafael Sánchez Castro contra Diógenes Herrera Merchán.

Negocios en trámite con sentencia

181.—Doctor Arámbula. Nicanor Valcárcel contra Oliverio Rodríguez.

182. — Doctor Benavides Patrón. Municipio de Bogotá contra Dioselino Pulido.

183—Doctor Constaín. Werner Obermann contra Francisco Gigl.

184. — Doctor Ruano. Sandy Rodríguez contra Flota Mercante Gran Colombiana.

185.—Doctor Arámbula. Luwing Karl Schmidt contra Foster Wheeler Corporation.

186.—Doctor Benavides Patrón. Manuel A. Cayón B. contra Leonidas Lara e Hijos.

187. — Doctor Constaín. José Miguel Carrillo Castro contra Fábricas Filtta S. A.

188.—Doctor Ruano. Rubén Cuéllar y otra contra Alcibíades Piedrahita.

189.—Doctor Arámbula. María Luisa Brigard de Pizano contra Lucila Barrera de Barrera.

190.—Doctor Benavides Patrón. Grill Colombia y otro contra Gil Díaz.

191.—Doctor Constaín. Luis E. Annear contra Alfonso Bedoya.

192.—Doctor Ruano. Empresas Públicas Municipales de Barranquilla contra Alfredo Morales B.

193.—Doctor Arámbula. Sucesión de Román Gómez contra Automotora Gómez y Ramírez Ltda.

194.—Doctor Benavides Patrón. Ernestina Vargas S. contra Rodrigo Osorio López.

195.—Doctor Constaín. Arturo Rivera Fabris contra Juana Kowaleska.

196.—Doctor Ruano. Emil Schubert contra Síndico de la Quiebra de Pablo F. Homuth.

197.—Doctor Arámbula. Gustavo Cote Uribe contra Marco A. Badillo.

198.—Doctor Benavides Patrón. Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A. contra Benjamín Andrade Galvis.

199.—Doctor Constaín. Blanca Chaves de Zambrano contra Ernesto Castillo Rodríguez.

200.—Doctor Ruano. Julio B. Restrepo contra Compañía Colombiana de Neón Ltda.

201.—Doctor Arámbula. Juan Emilio Martínez Yeris contra Compañía Frutera de Sevilla.

202.—Doctor Benavides Patrón. Ismael Mora contra Pizano, Hernández y Compañía.

203.—Doctor Constaín. Transportes Barrio Castilla y otro contra Jesús María Ayala.

204—Doctor Ruano. Fausto Castro Jiménez contra Neftalí Suárez.

Recurso de Homologación

205.—Doctor Constaín. Compañía del Ferrocarril de Cúcuta S. A. contra Sindicato de Trabajadores de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta.

Proceso en reconstrucción

206.—Doctor Ruano. Pedro A. Vanegas contra Sucesión de Clementina y Elisa Bernal Morales.

El Presidente, Juan Benavides Patrón.—El Secretario, Rafael Baquero Herrera.

EN EL RECURSO DE CASACION NO PUEDE PEDIRSE LA TERMINACION DEL JUICIO, SINO SOLO EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO INTERPUESTO

Aun cuando pueda decirse que el recurso de casación es parte del proceso, no es dable entenderlo como una prolongación del juicio, o una tercera instancia, por ser éste un medio extraordinario de impugnación que atiende, no a las pretensiones de la demanda inicial, sino a la confrontación de la sentencia con la ley, en miras a una correcta interpretación y aplicación de ésta, aunque secundariamente y por consecuencia se produzcan decisiones que incidan en el objeto material del juicio.

De consiguiente, solicitar, como en este caso se ha hecho, que la Sala "declare terminado el juicio", es improcedente, ya que tal declaración no encaja dentro de sus atribuciones. En cambio, y si lo que los señores apoderados de las partes desean es que el negocio no siga su curso, pueden proponer el desistimiento del recurso, que es lo conducente para el fin perseguido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

El doctor Campo Aníbal Toledo, procurador judicial del señor Diógenes Herreño Merchán en el juicio seguido por éste contra Rafael Sánchez Castro, con fecha 3 de mayo del año en curso, presentó ante el Tribunal Supremo del Trabajo un memorial en el cual manifiesta que recibió del demandado la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m. cte., cantidad en la que acordaron las partes transigir las diferencias que dieron origen a la litis. Como consecuencia de la anterior manifestación, el doctor Toledo solicita que se declare terminado el juicio, petición a la que condyuva el demandado firmando el escrito referido

Con fecha 25 de septiembre último, el doctor José Miguel Gómez Amaya, en su carácter de apoderado de Rafael Sánchez C. y mediante el memorial que antecede, expresa a la Corporación su conformidad con el pedimento del doctor Toledo, por estar de acuerdo con la voluntad de su mandante.

Se considera:

Aun cuando pueda decirse que el recurso de casación es parte del proceso, no es dable entenderlo como una prolongación del juicio, o una tercera instancia, por ser éste un medio extraordinario de impugnación que atiende, no a las pretensiones de la demanda inicial, sino a la confrontación de la sentencia con la ley, en miras a una correcta interpretación y aplicación de ésta, aunque secundariamente y por consecuencia se produzcan decisiones que incidan en el objeto material del juicio.

De consiguiente, solicitar, como en este caso se ha hecho, que la Sala "declare terminado el juicio", es improcedente, ya que tal declaración no encaja dentro de sus atribuciones. En cambio, y si lo que los señores apoderados de las partes desean es que el negocio no siga su curso, pueden proponer el desistimiento del recurso, que es lo conducente para el fin perseguido.

Por lo expuesto, NO SE ACCEDE a la petición que contienen los memoriales de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Rafael Baquero Herrera, Secretario.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. — INTERPRETACION ERRONEA. TECNICA DE CASACION

1.—La interpretación errónea es un medio de infracción que consiste en el equivocado entendimiento que se tenga del contenido de una norma, en sí misma considerada, independientemente de toda cuestión de hecho.

2.—En virtud del artículo 24 del Código Laboral, "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como tuvo oportunidad de advertirlo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, no es de DERECHO, sino JURIS TANTUM, por lo cual admite prueba en contrario, es decir, permite demostrar que los servicios personales recibidos se prestaron en razón de un vínculo distinto al de contrato laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, diez de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

Ante el Juez Tercero del Trabajo de esta ciudad, el señor José A. López demandó, por medio de apoderado, a la sociedad "Pizano Hernández & Cía.", para que mediante los trámites de ley, y previa declaración de que entre López y la demandada existió un contrato de trabajo desde el 22 de octubre de 1952 hasta el 15 de diciembre de 1953, se condenara a ésta a pagarle a aquél, las cantidades que resultaran por cesantía, vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, sobre la base de un salario promedio de $ 10.00 diarios. Pidió, además, indemnización por falta de pago oportuno de deudas laborales y condenación en costas del juicio.

Refieren los hechos del libelo:

"1º—El día 22 de octubre de 1952 y en virtud de contrato de trabajo celebrado, por José A. López y la sociedad Pizano Hernánde (sic) Cía., mi representado entró a prestar sus servicios y los desempeñó en forma continua hasta el 15 de diciembre de 1953.

"2º—Las labores de mi representado consistieron en perforar piedra con taladro, preparar el tiro de dinamita y luego hacerlo estallar para obtener tajadas de piedra en las canteras de la sociedad demandada, estas labores las ejecutó en compañía de otros trabajadores al servicio de la misma entidad.

"3º—A los 15 o 20 días Pizano Hernández Cía. les liquidaba el número total de metros cúbicos de piedra que hubieren entregado a razón de $ 2.00 m/cte. c/u., pues inicialmente les pagó a más.

"4º—Hecho el reparto del valor total de los metros cúbicos de piedra o rajón, a mi patrocinado le correspondió en promedio un salario de $ 10.00 m/cte. por cada día laborado.

"5º—De lo expuesto anteriormente se deduce que las labores desempeñadas por mi patrocinado eran a destajo, y como la empresa demandada únicamente les cubría el valor de los metros cúbicos de piedra explotados sin retribuírles la suma correspondiente por dominical ni festivos, la sociedad en cuestión adeuda a mi representado los correspondientes valores por dichos conceptos.

"6º—Tanto las canteras como las herramientas empleadas en la explotación de la piedra, tales como pistola de aire para romper la roca, martillos, picas, palas, volquetas para el transportes (sic) eran de propiedad de la sociedad contraparte en este negocio.

"7º—A pesar de que los explosivos se empleaban en la explotación de las canteras, la empresa los suministraba a mi representado, y cuando lo estimaba conveniente le descontaba el valor correspondiente de los salarios por éste devengados.

"8º—A pesar de que en repetidas veces mi poderdante se ha presentado a reclamar el valor de sus prestaciones e indemnizaciones sociales, la sociedad en cuestión se ha negado ha (sic) hacerlo sin causa justificable".

El apoderado de la empresa se opuso a la acción, afirmando que López fue un contratista in-

dependiente que explotó por su cuenta y riesgo materiales de construcción para suministrar a la demandada por un precio determinado.

El Juez del conocimiento, en fallo de 13 de octubre de 1955, absolvió a la empresa de todas las peticiones de la demanda y condenó en costas al actor. El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer de la apelación interpuesta por el procurador judicial de López, en sentencia de 21 de noviembre del mismo año, confirmó el fallo del a quo e hizo condenación en costas a cargo de la parte demandante.

Contra la providencia del Seccional el apoderado del actor interpuso recurso de casación, que pasa a resolverse.

La demanda

Mediante la formulación de dos cargos persigue la casación total de la sentencia indicada, para que en función de instancia la Corte revoque el fallo de primer grado y, en su lugar, resuelva favorablemente los pedimentos de la demanda.

Primer cargo

Está formulado así: "La sentencia viola directamente el artículo 23 C. S. del Trabajo, pues el H. Tribunal incurrió en apreciación errónea, tanto de las posiciones como de los testimonios, a través de un error de hecho evidente o manifiesto, consistente en haber tenido como inexistente la subordinación jurídica del demandante frente a la empresa patronal "Pizano Hernández y Cía."

"Consecuencialmente de la violación arriba indicada se infringieron los artículos siguientes del C. S. del Trabajo: 249 referente a cesantía; 172 que consagra el descanso dominical remunerado; 176 referente al descanso dominical en salarios variables; 186 relativo a vacaciones; 189 que establece la compensación en dinero a la terminación del contrato, de las vacaciones no disfrutadas, y 306 que hace relación a la prima de servicios".

Para sustentar el cargo el recurrente cita las declaraciones de Avelino Parra (fls. 135), José Gregorio Ortiz (fls. 143), David Fonseca (fls. 180 a 183), Argemiro Espitia (fls. 184 a 186), Ismael Mora C. (fls. 187 a 191), y las posiciones absueltas por el gerente de la demandada, señor Vicente Pizano; transcribe apartes de estas probanzas y los analiza desde diversos aspectos para concluir que ellas demuestran que el contrato que ligó a López con la Compañía demandada fue de naturaleza laboral; advierte que aun cuando es cierto que parte de los testigos declaran uniformemente que López no estaba sujeto a horario o reglamento ni a instrucciones especiales de la empresa, no debe olvidarse que la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que no es necesario el cumplimiento de estos requisitos para que se configure el contrato laboral, pues basta la posibilidad jurídica de que el patrono pueda impartir órdenes aun cuando no se llegue a ejercitar este derecho; y, en síntesis, afirma que tanto el juzgador de primera como el de segunda instancia no mediteron los hechos protuberantes que surgen de las probanzas indicadas y que establecen, de manera indubitable, las relaciones de patrono a trabajador que existieron entre las partes de esta litis.

El opositor observa que el cargo es incompleto pues se limita únicamente a impugnar la apreciación de algunas probanzas, mas no de todas las que tuvo en cuenta el sentenciador para su decisión, ya que éste se apoyó también, y de manera especial, en la confesión del demandante hecha en posiciones, prueba que en ningún momento ataca el recurrente; y que, por otra parte, el Seccional no incurrió en la infracción acusada, pues su sentencia obedece a una correcta valoración de las pruebas que obran en los autos.

Se considera:

El cargo se funda estrictamente en situaciones de hecho que se discuten, pues el recurrente estima que el Seccional se equivocó en la apreciación de las pruebas al dar por demostrado que López no estuvo subordinado a la empresa, cuando, en su concepto, tales medios probatorios indican la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante López y la Compañía Pizano Hernández, al tenor del artículo 23 del C. S. del T.; en tales condiciones la violación de esta norma de derecho sustantivo laboral que constituye el objetivo principal de este recurso extraordinario, no podía proponerse como infracción directa como lo hace el cargo, pues este medio de violación, como lo tiene explicado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, es independiente de toda cuestión probatoria. Este error sustancial en la formulación técnica del cargo respecto al artícu-

lo 23 del C. S. del T. impide a la Sala avocar el estudio del problema relativo a la naturaleza del vínculo que ligó a López con la demandada y deja en firme lo decidido por el sentenciador acerca de la inexistencia del contrato de trabajo. Siendo ello así, carece de objeto el estudio de la violación consecuencial de los artículos 249 (auxilio de cesantía), 172 y 176 (descanso dominical remunerado), 186 y 189 (vacaciones y su compensación en dinero) y 306 (prima de servicios) del C. S. del T., que indica también el cargo, pues las prestaciones que consagran estas normas requieren para su procedencia, el presupuesto necesario de que la relación jurídica correspondiente sea de contrato laboral.

Pero aun bajo el supuesto de que el impugnador no hubiera incurrido en el defecto de técnica anotado anteriormente, tampoco habría sido posible estudiar el fondo de la acusación, pues, como lo anota con acierto el opositor, además de las pruebas que singulariza el recurrente como mal apreciadas por el Seccional, éste apoyó también su decisión absolutoria en la confesión del actor, que analizó así: "Por otra parte, el propio demandante, al absolver posiciones, reconoció las documentales que corren a folios 12 a 15 y 22 a 37 inclusive, de las cuales consta que él recibía de la demandada cantidades diferentes, a buena cuenta del material explotado, en la cantera de Vista Hermosa, sin que en ninguna de dichas documentales figure que se le hubiera pagado a López, tal o cual cantidad por concepto de salario. Confesó además que él recibía el personal de trabajadores, aclarando el que estaba facultado o autorizado por la empresa, mas este hecho no está probado. Aceptó también que como encargado del Grupo le daba órdenes y distribuía el trabajo entre los obreros, por autorización de la Compañía, hecho este último que no está demostrado. Confesó que la Empresa no le fijó horario, sino que le exigía un gran rendimiento y daba órdenes para entregar determinada cantidad de material, circunstancia esta última que tampoco aparece suficientemente establecida. Admitió además, que el dinero recibido de la Compañía, después de descontar el valor de los explosivos, los repartía el absolvente, por iguales partes, a los obreros del grupo que estaba bajo su inmediata dirección. Al preguntársele cómo es verdad que la demandada le daba en venta, a precio de costo, los explosivos, tales como pólvora, dinamita y mecha, necesarios para la explotación de la cantera, aceptó el hecho, tal como le fue formulado".

Y como en el cargo no se ataca la apreciación que de lo confesado por el demandante hizo el **ad quem**, la sentencia se mantendría sobre este soporte probatorio no impugnado y que para el Seccional revela que el actor no tuvo vínculo laboral con la sociedad demandada.

El cargo es ineficaz y no prospera.

Segundo cargo

Está presentado así: "La sentencia impugnada viola directamente el artículo 24 C. S. del Trabajo, por errónea interpretación. Disposición que establece la presunción legal a favor del trabajador y ella es: Se presume que toda prestación de servicios personales está regida por un contrato de trabajo. Como consecuencia del mencionado error de interpretación del artículo 24 C. S. del T. se infringieron por falta de aplicación los siguientes artículos del mismo código: 249, 172, 176, 177, 186, 189, 65 y 306. Como en razón del equivocado o erróneo juicio del artículo 24 C. S. del T. no se condenó al pago a favor del actor, lo impetrado en el libelo de la demanda, es obio (sic) que la infracción insidió (sic) sobre la parte resolutiva de la sentencia".

Para sustentar el cargo el recurrente transcribe apartes de la confesión en posiciones del gerente de la empresa y de los testimonios de Avelino Parra, Argemiro Espitia, Ismael Mora y José Gregorio Ortiz y dice que de acuerdo con dichas probanzas aparece indiscutible que López vinculó su esfuerzo personal a la explotación de las canteras y en provecho de la demandada; que en tales condiciones al actor lo ampara la presunción legal que consagra el artículo 24 del C. S. del T.; y que correspondía a la empresa demandada desvirtuar esa plena prueba que constituye dicha presunción legal, no de una manera cualquiera, sino con prueba plena, cosa que no hizo la compañía demandada.

Se considera:

Después de hacer un examen detenido de todas las pruebas que obran en los autos, el Seccional concluyó así: "De lo estudiado hasta ahora se tiene: que aun cuando la demandada suministró las herramientas para la explotación de las canteras, el actor tenía que comprar los explosivos que se necesitaban en la labor, de ex-

tracción de piedra, y que tenío plena autonomía para conseguir personal, dirigirlo, pagarlo, fuera de que debía correr con los riesgos porque la demandada, como está probado, podía rechazarle la piedra blanda, o que no reuniera las calidades exigidas. Además, la compañía se limitaba a pagarle el valor de la piedra que el actor explotara, junto con sus compañeros, valor que era repartido, entre todos, por iguales partes. En estas circunstancias, debe declararse, enfáticamente, que no se reúnen los requisitos esenciales al contrato de trabajo, especialmente el de la subordinación, que faculta al patrono, para dar órdenes, imponer reglamentos u horarios y exigir el cumplimiento de éstos. Tampoco predomina el factor consistente en el salario como retribución del servicio, porque lo cierto es que, el demandante se limitaba a extraer la piedra, que él quisiera, y a suministrarla a la compañía, a determinado precio. Por estas razones, la absolución impartida a la entidad demandada, por el Juez de primera instancia, se ajusta, en un todo, a la verdad procesal, y en consecuencia, debe sostenerse".

La interpretación errónea es un medio de infracción que consiste en el equivocado entendimiento que se tenga del contenido de una norma, en sí misma considerada, independientemente de toda cuestión de hecho.

En virtud del artículo 24 del Código Laboral, "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como tuvo oportunidad de advertirlo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, no es de derecho sino juris tantum, por lo cual admite prueba en contrario, es decir, permite demostrar que los servicios personales recibidos se prestaron en razón de un vínculo distinto al de contrato laboral. En el caso sub lite la empresa demandada negó que el actor hubiera sido un subordinado suyo, y afirmó que su carácter fue el de contratista independiente que explotó por su cuenta y riesgo materiales de construcción que le suministraba a ella por un precio determinado. Del debate probatorio el Seccional concluyó que entre las partes de esta litis no existió un contrato de trabajo porque el actor no estuvo subordinado a la empresa, ya que él compraba los explosivos que se necesitaban para la extracción de piedra, tenía autonomía para conseguir, dirigir y pagar el personal de las canteras, corría con los riesgos del negocio y recibía un precio o valor por cada cantidad de piedra que explotara el cual era repartido por iguales partes entre los trabajadores de la cantera. El sentenciador no incurrió en interpretación errónea del artículo 24 citado, por la circunstancia de aceptar contraprueba a la presunción juris tantum establecida en esa norma, porque por su naturaleza esta figura jurídica lleva en sí la posibilidad de ser destruída en la controversia judicial. El problema bien puede ser de hecho si lo que se pretende es que las probanzas aducidas revelan la existencia de la subordinación característica del contrato de trabajo, pero entonces la acusación debió formularse por vía indirecta, indicando el error de hecho en que hubiera incurrido el sentenciador por la equivocada apreciación o falta de apreciación de las pruebas que revelaran la dependencia a que estuvo sometido el demandante respecto a la empresa, citando, además, las normas que en el C. S. del T. definen el contrato de trabajo y el contratista independiente y que el impugnador olvidó incluir en la proposición jurídica acusatoria.

La imposibilidad de examinar por mala formulación del cargo, los puntos referentes a la naturaleza del vínculo que existió entre demandante y demandada y a la presunción que consagra el artículo 24 ya citado, hace inoficioso el estudio de la violación consecuencial que acusa el impugnador de los artículos 249, 172, 176, 177, 186, 189, 65 y 306 del Código Laboral, por las mismas razones expuestas al decidir el cargo primero.

La acusación es ineficaz y no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Rafael Baquero Herrera, Secretario.

CUANDO EN LA DEMANDA SE FIJA LA CUANTIA EN CANTIDAD PRECISA, SIN OBJECION DE LA CONTRAPARTE, Y ELLA ES INFERIOR A LA CUANTIA SEÑALADA POR LA LEY PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION, ESTE NO ES ADMISIBLE

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ha estimado que cuando en la demanda se fija la cuantía en cantidad precisa, sin objeción de la contraparte y salvo el caso de la condena especial del artículo 50 del C. P. T., no es procedente discutir la estimación hecha para efectos de conceder el recurso de casación. En el caso que se estudia es obvio que el demandante no fijó la cuantía en cantidad precisa, limitándose a manifestar que la estimaba en cantidad inferior a $ 3.000.00.

Si en lenguaje forense se entiende por cuantía "el valor de la materia litigiosa" (Dicc. de la Academia Española, 16ª edición), esto es, el monto en dinero de lo que vale el pleito, antes que todo, es necesario atender a las peticiones de la demanda, puesto que ellas habrán de determinar el contenido de la sentencia, lo que vale decir, de la cosa juzgada, como lo expresa Chiovenda.

Este concepto es lógico y no pugna con la jurisprudencia ya aceptada ni con las reglas procesales en materia laboral. Tan cierto es ello, que el artículo 92 del C. P. T. considera que la estimación de la cuantía puede ser diversa de la fijada en el libelo de demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral—Bogotá, octubre dieciocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbulo Durán)

Marco Antonio Carvajal, por medio de apoderado, demandó ante el Juez del Trabajo de Cúcuta al Instituto Nariño, representado por su gerente Manuel Guillermo Bayona. En las peticiones de la demanda, se solicitó la condena al pago de vacaciones de 1953, 1954, sueldos y alimentación de diciembre de 1953 y 1954 y enero de 1954 y 1955; cesantía y salarios caídos por la mora en el pago de las prestaciones. Respecto a cuantía de la acción, el apoderado del demandante dijo: "Estimo esta demanda en cuantía inferior a $ 3.000.00 dadas las prestaciones debidas".

El fallador, en audiencia de juzgamiento de fecha 14 de marzo de 1956 condenó al demandado al pago de las siguientes cantidades:

a)	Por vacaciones de 1953	$ 205.00
b)	Por vacaciones de 1954.....	205.00
c)	Por concepto de auxilio de cesantía	589.80
d)	Como indemnización por el no pago oportuno de prestaciones	3.280.00

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Seccional de Cúcuta en fallo de fecha 12 de junio de 1956. El apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de casación y en auto de la misma fecha el Tribunal lo concedió. El apoderado del demandante solicitó reposición de esta providencia, alegando que no procedía la concesión del recurso por cuanto en el libelo de demanda estimó la cuantía en suma inferior a $ 3.000.00. El Tribunal argumentó que la había otorgado porque "la condenación que se hace por aplicación del artículo 65 del C. S. del T. es una consecuencia directa del contrato de trabajo e incide en el monto total de la acción".

Se considera:

A este respecto el extinguido Tribunal Supremo ha estimado que cuando en la demanda se fija la cuantía en cantidad precisa, sin objeción de la contraparte y salvo el caso de la condena especial del artículo 50 del C. P. del T. no es procedente discutir la estimación hecha para efectos de conceder el recurso de casación. En el caso que se estudia es obvio que el demandante no fijó la cuantía en cantidad precisa, limitán-

dose a manifestar que la estimaba en cantidad inferior a $ 3.000.00.

Si en lenguaje forense se entiende por cuantía "el valor de la materia litigiosa" (Dicc. de la Academia Española, 16ª edición), esto es, el monto en dinero de lo que vale el pleito, antes que todo, es necesario atenerse a las peticiones de la demanda, puesto que ellas habrán de determinar el contenido de la sentencia, lo que vale decir, de la cosa juzgada, como lo expresa Chiovenda, citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VI, pág. 35.

Este concepto es lógico y no pugna con la jurisprudencia ya aceptada ni con las reglas procesales en materia laboral. Tan cierto es ello, que el artículo 92 del C. P. del T. considera que la estimación de la cuantía puede ser diversa de la fijada en el libelo de demanda, como atinadamente lo expresa el Tribunal Seccional.

A este respecto ha permanecido invariable la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de Justicia: "La Corte ha sentado la regla de que la cuantía para admitir el recurso de casación debe ser la del pleito a la fecha de la demanda, apoyándose en que es preciso partir de una base invariable en todo el curso del juicio". (Jurisprudencia Garavito, tomo 3º, pág. 223).

Aplicando esta norma al caso que se contempla, se tiene lo siguiente: el demandante Carvajal trabajó en el Instituto demandado hasta el 14 de julio de 1955 y la demanda ordinaria ante el Juez del Trabajo de Cúcuta fue radicada bajo el número 874 el 26 de los mismos mes y año. Esto indica que los salarios diarios a cobrar, a la fecha de su presentación eran once (11). Multiplicando este número por $ 13.66, que es el valor de un día de salario, según el sueldo comprobado, se obtiene un total de $ 150.26. Sumada esta cantidad al monto de las condenaciones por concepto de vacaciones en los años de 1953, 1954 y del auxilio de cesantía correspondiente (numerales a, b, y c del fallo del a quo), se advierte que el total no alcanza a $ 3.000.00.

En mérito de lo expuesto NO SE ADMITE el presente recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor Manuel Guillermo Bayonu, gerente del Instituto Nariño, contra la sentencia de fecha 12 de junio de mil novecientos cincuenta y seis, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el juicio seguido por Marco Antonio Carvajal contra la parte recurrente.

Tiénese al doctor Jorge Valencia Arango como apoderado judicial de Marco Antonio Carvajal, en los términos y para los efectos del memorial poder presentado.

Una vez ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Ruirán—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Rafael Baquero Herrera, Secretario.

QUIEN OTORGA PODER DICIÉNDOSE LIQUIDADOR DE UNA SOCIEDAD, DEBE ACREDITAR ESA CALIDAD Y LA APTITUD JURÍDICA NECESARIA PARA OTORGAR TAL REPRESENTACION A FIN DE QUE PUEDA SER RECONCIDO SU APODERADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral—Bogotá, diecinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

El señor Joaquín Villegas J., mayor y vecino de Barranquilla, con cédula de ciudadanía número 4304031 de Bogotá, diciéndose liquidador de la Fábrica de Tejidos Obregón S. A., empresa recurrente contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla de 25 de junio de este año, que desató la controversia laboral que le fue promovida por Arturo Cárdenas Narváez, confiere poder al doctor Guillermo López Guerra, en el escrito anterior, para que la represente en el mencionado recurso. Hay constancias sobre la aceptación del doctor López Guerra y acerca de su condición de abogado inscrito.

Mas no registran los autos, en forma alguna, que el mencionado señor Villegas tenga el carácter que afirma, ni la aptitud jurídica necesaria para conferir la representación de la empresa recurrente, y ello impide un pronunciamiento favorable sobre su solicitud.

Por lo expuesto SE RESUELVE:

No se reconoce personería al doctor Guillermo López Guerra para representar a la Fábrica de Tejidos Obregón S. A., en el presente recurso de Casación.

Ejecutoriado este auto, córrase traslado a la parte recurrente, por el término legal, para que formule su demanda.

Notifíquese.

Juan Benavides Patrón — Rafael Baquero E., Secretario.

EL "PETITUM" DE LA DEMANDA DE CASACION. — EL ERROR DE DERECHO EN LA CASACION LABORAL. — CARGO POR VIOLACION DE NORMAS DE PROCEDIMIENTO DEL TRABAJO. — TECNICA DE CASACION

1. — En el escrito del impugnador debe determinarse el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del AD QUEM son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el PETITUM de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito u orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias.

2.—El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas AD-SUBSTANTIAM ACTUS, en los términos del artículo 87 del C. P. T.

3. — Las normas del Código Procesal del Trabajo, por sí solas no pueden producir el quebrantamiento del fallo perseguido con el recurso de casación.

4.—La demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, esto es, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma desconocidos por el AD-QUEM.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Amalia Buitrago Rozo demandó, por medio de apoderado a la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A., representada por su Gerente, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle un mil trescientos diecinueve pesos con setenta y un centavos por concepto de lucro cesante; "igual cantidad como indemnización por haber roto, unilateralmente, sin justa causa, el contrato de trabajo, o, en subsidio, que se ordene el pago de esta indemnización hasta el día en que la empresa hizo la consignación de las prestaciones"; el reajuste de las prestaciones sociales hasta la fecha de la expiración presunta del contrato, y el valor de las vacaciones a que tenía derecho al completar el segundo año de servicio.

Según las voces del libelo, Amalia Buitrago prestó sus servicios a la empresa demandada, como Auxiliar Segundo del Departamento de Presupuesto, con una remuneración de $ 400.00 mensuales, desde el 19 de noviembre de 1952 hasta el 9 de agosto de 1954, fecha en la que fue despedida intempestivamente y sin justa causa. En el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, la demandada consignó, a la orden de la trabajadora, la cantidad de cuatrocientos treinta y nueve pesos con once centavos como valor de las prestaciones, preaviso y salarios, previa deducción de los anticipos y préstamos hechos a la señorita Buitrago, quien, al recibir ese dinero, hizo la reserva de reclamar posteriormente sus derechos.

La demanda se fundamentó en los artículos 1º del Decreto 0616 de 1954, 40, 62, 63, 66, 67 y concordantes del C. S. T. y los pertinentes del C. P. T.

La empresa manifestó que pudo ser cierto el hecho primero relatado por el libelo; se atuvo a lo que se demostrase respecto del segundo, el tercero y el quinto y sólo admitió el referente al de haber efectuado una consignación.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de 9 de agosto de 1955, condenando a la Empresa Acerías de Paz de Río S. A. a pagar a Amalia Buitrago Rozo las cantidades de $ 1.479.93 por concepto de lucro cesante y de $ 200.00 por "salarios caídos", y absolviéndola de los demás cargos de la demanda. Condenó, además, en costas a la parte vencida.

Por apelación de los apoderados de los litigantes subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, en sentencia de 20 de septiembre de 1955, revocó en todas sus partes la del a quo y, en su lugar, absolvió a la empresa demandada y condenó en costas a la demandante.

Contra la providencia anterior ha recurrido en casación el apoderado de la señorita Buitrago; y como el recurso le fue concedido por el Seccional y admitido por esta Superioridad, donde se han cumplido los trámites de ley, se le va a resolver mediante el examen de la respectiva demanda y del escrito del apoderado de la empresa, opositora en el mismo.

La recurrente

Sin indicar concretamente cuál es el alcance de la impugnación, formula tres acusaciones, que denomina causales y que funda en el numeral 1º del artículo 87 del C. P. T.

La primera afirma "violación del artículo 33 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de derecho consistente en haber desestimado (el fallador) la carta de consignación del jefe de personal de Paz de Río y la carta de preaviso". En desarrollo de esta acusación alega el recurrente que conforme al precepto citado el jefe de personal de una empresa es representante del patrono. Por donde no podía desestimarse la carta del folio 7 del expediente, con la que el jefe de personal de la demandada despidió a la trabajadora, mucho menos cuando este hecho fue ratificado por el propio Gerente al dirigirse al Juzgado de Trabajo, en comunicación de folio 28, para consignar lo que la empresa estimaba deberle a la señorita Buitrago. Estos documentos no fueron objetados en su autenticidad y no podía el Seccional, sin violar el artículo citado, sostener la tesis de que carecían de valor probatorio.

La segunda acusa "violación del artículo 55 (sic) del Código Sustantivo del Trabajo por haber desestimado (el Tribunal) como prueba el contenido del memorial poder suscrito por el Gerente de la empresa demandada, así como por haber apreciado erróneamente la significación lógica de las respuestas del demandado". El cargo se hace consistir en que conforme al artículo 54 del C. S. T. —y no del 55 como equivocadamente se dice— "la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"; el documento aludido reconoce la existencia del contrato que vinculó a la demandante con la empresa demandada, y en la contestación de la demanda el apoderado de la empresa manifestó que "pudo ser cierto" el hecho primero del libelo (referente al tiempo servido y al salario devengado) no constituyendo esa manifestación una negativa del mismo, o al menos, una negativa enfática. Por donde no habiendo negación sobre el tiempo y el salario, le correspondía al deudor demostrar que el despido fue ajustado a la ley.

La tercera causal presenta "violación de los artículos 54 y 55 del Código Procesal Laboral, por infracción directa, consistente en no haberles dado aplicación cuando era el caso de hacerlo". De estos artículos el acusador afirma que tienen carácter sustantivo: que el primero obligaba al juez a ejercitar su poder para averiguar la verdad y que el otro le indicaba la diligencia a practicar.

El opositor, a su turno, advierte que la demanda sintetizada no reúne los requisitos formales exigidos por el Código Procesal del Trabajo.

Se considera:

En primer término debe apuntarse que el escrito del impugnador no determina el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del ad quem son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el petitum de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito y orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias. En el memorial que se examina lo más que puede colegirse es que el impugnador censura las consideraciones del ad quem acerca de que la única prueba allegada a los autos fue la diligencia de consignación efectuada por la empresa, de la cual no se desprende dato alguno para establecer los extremos indispensables de las pretensiones del actor; que la carta de despido no es estimable por falta de reconocimiento y que la contestación de la demanda inicial no contiene ninguna acep-

tación de los hechos. Mas dicho memorial no precisa cuáles son las súplicas que procedería despachar, en caso de demostrarse la acusación, ya que no todas las del libelo inicial serían estimables por no tener ese mismo fundamento de hecho.

Por otra parte, la demanda de casación formulada no propone de modo completo el tema jurídico a examinar, ora se aprecien separadamente cada uno de los motivos de violación de la ley (presentados con impropiedad como causales), ya se les estudie como si integrasen una sola acusación.

En efecto, si se procede del modo primeramente indicado resulta:

a) El cargo primero sólo versa sobre el artículo 33 del C. S. T., que si se hubiese infringido, como sostiene el recurso, tal infracción no permitiría adelantar el estudio de ninguno de los derechos que se afirman desconocidos, ya que falta la indicación de los textos legales que los consagren y aún de las pruebas que establezcan los hechos en que aquéllos se fundamentan. Además, propone una acusación por error de derecho, con olvido de que esta figura está reservada en la casación laboral para las pruebas **ad substantiam actus**, en los términos del art. 78 del C. P. T. y el hecho que alega el recurrente sobre la existencia de una representación patronal en el jefe de personal de la empresa no exige, para los efectos laborales, esta clase de prueba solemne, sino que él puede acreditarse por cualquier medio probatorio;

b) La denominada por el recurso, "causal segunda", tampoco registra texto legal alguno consagratorio de los derechos suplicados en la litis, de suerte que si se encontrase infringido el único que destaca, nada podría disponerse en relación con ellos. Presenta, además, el mismo vicio de una acusación por error de derecho que no recae sobre supuestos que la autoricen en la casación del trabajo; y

c) Menos aún es estimable la "causal tercera", que únicamente señala normas del Código Procesal del Trabajo, que por sí solas no pueden producir el quebrantamiento perseguido. Aparte de que su sustentación constituye un simple alegato de instancia, inadmisible en el presente recurso extraordinario.

Y si se las estudia en conjunto, el resultado es idéntico, ya que no integran una proposición jurídica completa, esto es, no registran todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma desconocidos por el **ad quem**. Además de que el camino que se señala para tal examen es impropio por la vía del error de derecho, incompleto en el señalamiento de las probanzas y contradictorio en su último punto, que propone un examen directo.

Todo lo anterior obliga a concluir que la demanda estudiada no se ajusta a las prescripciones legales del recurso y se ostenta inestimable.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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

Juan Benavides Patrón—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Enrique Arámbula Durán—Rafael Baquero, Secretario.

LA ESTIPULACION DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO DEBE CONSTAR POR ESCRITO EN EL MOMENTO DE CELEBRARSE EL CONTRATO.—LA VIOLACION DIRECTA DE LA LEY NADA TIENE QUE VER CON EL ANALISIS DE LAS PRUEBAS

1. — La violación directa de una norma puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella, sea porque la desconoce o porque equivocadamente la desecha, todo sin tener en cuenta en forma alguna el análisis de pruebas.

2.—Cuando el artículo 77 del C. T., hace la exigencia de constar por escrito el período de prueba, le está fijando su naturaleza a los contratos de trabajo que tengan esa estipulación, y no por simple formalismo. Tal estipulación es natural que deba constar al celebrar el contrato, porque en ese momento se producen las pretensiones de las partes, se fija el alcance de cada una de ellas con miras a evitar precisamente los cambios intempestivos o las malas interpretaciones.

Pensar que el contrato con período de prueba pueda celebrarse en cualquier momento de su duración de dos meses por escrito, es tanto como aceptar que la prestación de servicios del trabajador quede quedar al capricho del patrono y a la inestabilidad que éste haya de producirle en cualquier momento, aún después de haber comenzado a trabajar sin haber confesionado nada sobre su duración. Esto porque la norma general es la de que todo contrato celebrado oralmente o que carezca de constancia escrita que fije los términos de su celebración o que pueda demostrarse con la presencia de una prestación de servicio mediante remuneración, ha de aceptarse como indefinido en su duración.

Se ve entonces, el por qué tiene que aceptarse que el contrato con período de prueba, cuando tal ocurra, ha de suscribirse en su momento inicial, y cómo es interpretar erróneamente la disposición en análisis, decir que dicha estipulación se puede suscribir en cualquier momento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Ignacio Rodríguez Gómez, mayor y vecino de Bogotá, por medio de apoderado, demandó a la "Cooperativa de Trabajadores de Avianca Ltda." de esta ciudad, representada por su Gerente, Juan Hoyos, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagar a favor del demandante las prestaciones sociales y salarios, así:

1) Los salarios correspondientes al tiempo faltante hasta cumplirse el plazo presuntivo de trabajo, contado este plazo a partir del 1º de marzo al 31 de julio de 1954, en que debía terminarse el contrato de trabajo, a razón de $ 200.00 mensuales;

2) El valor correspondiente por concepto de auxilio de cesantía; y,

3) A las costas del juicio.

Presentó como hechos:

a) Que desde el primero de febrero de 1954 el demandante Rodríguez Gómez, subordinó su capacidad laboral a la demandada, en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido;

b) Que en virtud del contrato mencionado Rodríguez Gómez prestaba permanentemente sus servicios, como Ayudante Contador, mediante una remuneración de $ 200.00 mensuales;

c) Que el día 26 de febrero de 1954, el Gerente de la Empresa, comunicó al demandante que el contrato quedaba terminado, y al siguiente día, 27 de febrero, la Empresa por intermedio del señor Guillermo Ligarretto le recibió los enseres a su cuidado dando por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y sin motivo alguno;

d) Hasta la fecha de la demanda, la Empresa no ha cancelado el valor correspondiente a las prestaciones y salarios al demandante.

El negocio correspondió al Juez 6º del Traba-

jo de Bogotá, y surtido el traslado, fue contestado por el apoderado de la Cooperativa demandada, con aceptación de los hechos, previa advertencia de que según contrato escrito que acompañó, se trata de uno celebrado con período de prueba. Advierte, además, que el caso no cae bajo el radio de acción del Decreto 617 del 6 de febrero de 1954, por carecer éste de efecto retroactivo.

Cumplida la tramitación y con la observación de que la demanda inicial fue adicionada para solicitar la aplicación del artículo 65 del Código del Trabajo, el Juez del conocimiento decidió el negocio de la siguiente manera:

1º—Condenó a la Cooperativa de Trabajadores de la Avianca Ltda. representada por su Gerente, Juan Hoyos, a pagar al demandante Ignacio Rodríguez Gómez, la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00) mjcte. por concepto de lucro cesante.

2º—Condenó a la misma Empresa de las condiciones civiles anotadas a pagar al demandante, a partir del día 1º de agosto de 1954 y hasta cuando se verifique el pago, la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales por salarios caídos;

3º—Condenó a las costas de la instancia a la parte vencida.

La anterior sentencia fue apelada por la parte demandada y al ser concedida la apelación sufrió la tramitación de rigor. El Tribunal Seccional de Bogotá profirió su sentencia de 30 de septiembre de 1955, en la forma siguiente:

Confirmó el numeral 1º de la sentencia apelada.

Revocó el segundo numeral, para absolver de la condena de salarios caídos, "por estimar que no era del caso la aplicación del artículo 65 del Código del Trabajo que impone esta obligación, porque habiéndose buscado el pago del lucro cesante, que no participa de la naturaleza jurídica del salario ni de la prestación, no procede la condena, ni en la forma errada como la decretó el a quo, ni en la corrección de despacharla a partir de la terminación del vínculo".

Modificó el numeral tercero en el sentido de condenar a la demandada únicamente en la mitad de las costas causadas en la primera instancia, y la absolvió de éstas, en lo que respecta a la segunda.

La parte demandada interpuso el recurso de casación que va a decidirse, previo el estudio correspondiente.

Demanda de casación

El apoderado de la parte recurrente fija el alcance de su impugnación en el sentido de obtener la revocatoria de la sentencia recurrida y que en su lugar se dicte la que produzca la absolución para la Empresa. Afirma, que para la fecha en que se operó la desvinculación —26 de febrero de 1954— regía el artículo 80 del Código del Trabajo que excluía el auxilio de cesantía para los trabajadores despedidos durante el período de prueba, ya que el contrato es de esta naturaleza, según consta original en expediente en forma escrita. La Empresa, por medio de apoderado se hizo presente en el recurso para impugnar al recurrente.

Presenta tres motivos, cada uno de los cuales será estudiado.

Primer motivo

Acusa el fallo por violar directamente las normas contenidas en los artículos 76, 77 y 80 del C. del T., porque acreditada en el juicio la existencia del contrato escrito con período de prueba y estando demostrado que el despido del trabajador se hizo dentro de los sesenta días, debieron aplicarse las disposiciones invocadas. De la misma manera resultan violados los artículos 1º y 18 del C. de T., en cuanto al objeto e interpretación de las anteriores normas, porque, además, el fallo viola la equidad al consagrar un derecho en favor de quien no lo tiene, de quien tuvo la osadía de ocultar en la demanda la existencia del contrato escrito y de quien dejó transcurrir un año para plantear una reclamación que consideró dudosa. Viola también, concluye, las normas sobre buena fe en los contratos, consagradas en los artículos 1602 y 1603 del C. C. Como no lo hizo así, el fallo llegó a consecuencias jurídicas distintas de las contempladas en los mencionados preceptos.

Expresa su extrañeza por el hecho de no haber estimado el Tribunal, como prueba apreciable el contrato de folios 14 y 15 del expediente, fundado en la razón de aparecer suscrito con fecha 27 del citado mes de febrero, cuando, aparte de que dicho contrato se firmó por los interesados antes de esa fecha, debe advertirse que en el presente caso existe la estipulación por escrito del período de prueba, a que alude el artículo 77 del C. del T. Sostiene, además, que el precep-

to analizado nada dice en cuanto al momento de firmarse el contrato, ni que deba suscribirse con anterioridad, y menos que el suscribirlo con posterioridad se oponga a la equidad que debe regir las relaciones obrero-patronal, siempre que se suscriba dentro de los sesenta días de la duración del período de prueba.

Se considera:

El recurrente sostiene en este cargo, que hay infracción directa por falta de aplicación de las normas en cita, porque según él, se trata en este negocio de un contrato con período de prueba que consta por escrito, que aunque se suscribió el día siguiente de producirse el despido, según carta agregada al expediente, en nada afecta su naturaleza, ya que la ley no dice el momento en que debe firmarse el contrato.

Sería inobjetable este cargo en su presentación técnica, si el recurrente al sostener la falta de aplicación de las normas que cita, no avanzara en el análisis de pruebas. Porque es bien sabido, que la violación directa de una norma puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella, sea porque la desconoce o porque conociéndola la desecha, todo sin tener en cuenta en forma alguna el análisis de pruebas.

Con esta sola consideración se desestima el cargo, para hacer un examen de los argumentos que trae el recurrente para sostener la apreciación de las pruebas que afirma fueron desestimadas por el ad quem, cuestión que propone en el segundo cargo que pasa a estudiarse.

Segundo motivo

Presenta el recurrente la impugnación a la sentencia, por violación de las mismas normas citadas en el cargo anterior, como infringidas por el ad quem, los artículos 76, 77 y 80 del C. de T., por error de hecho en la apreciación inadecuada del contrato que corre a los folios 14 y 15, y por dejar de apreciar la carta de 26 de febrero de 1954, que obra a folios 5 del expediente, carta con la que se produjo el despido y que sostiene la existencia del contrato con período de prueba, documento con el cual se acredita la naturaleza del convenio. Porque si tal no fuera el contrato, agrega el recurrente, el trabajador se habría abstenido de firmar ese contrato y lo que interesa es considerar la autenticidad de la firma del trabajador que fue puesta antes del despido, porque no es lógico suponer que fuera antes de la desvinculación y, concluye, que debe absolverse a la Empresa por la petición relativa al auxilio de cesantía conforme al artículo 80 del Código citado, como lo reconoce el fallador, a pesar de lo cual aplicó indebidamente la reforma que preceptúa el Decreto 617 de 1954.

Se considera:

En este cargo sostiene el recurrente la violación indirecta de las normas sustantivas 76, 77 y 80 del Código de Trabajo, al aplicarlas indebidamente por error de hecho en la apreciación del contrato que obra a los folios 14 y 15, y por dejar de apreciar la carta de despido suscrita por el Gerente de la Cooperativa, que obra al folio 5 del expediente.

Cuando el artículo 77 del C. del T. hace la exigencia de constar por escrito el período de prueba, le está fijando su naturaleza a los contratos de trabajo que tengan esa estipulación, y no por simple formalismo. Tal estipulación es natural que deba constar al celebrarse el contrato, porque en ese momento se producen las pretensiones de las partes, se fija el alcance de cada una de ellas con fines a evitar precisamente los cambios intempestivos o las malas interpretaciones.

La norma general es la de que todo contrato celebrado oralmente o que carezca de constancia escrita que fije los términos de su celebración o que pueda demostrarse con la presencia de una prestación de servicio mediante remuneración, ha de aceptarse como indefinido en su duración.

Pensar que el contrato con período de prueba pueda celebrarse en cualquier momento de su duración de dos meses por escrito, es tanto como aceptar que la prestación de servicios del trabajador pueda quedar al capricho del patrono y a la inestabilidad que éste haya de producirle en cualquier momento, aún después de haber comenzado a trabajar sin haber condicionado en un principio nada sobre su duración. Y no vale decir que existe una comunicación anunciándole el despido, escrita por el Gerente, porque esta forma unilateral no puede establecer la naturaleza del contrato.

No se desconoce la autenticidad de la firma del trabajador en el documento suscrito el 27 de febrero de 1954, un día después de haberle enviado la carta de despido; lo que el fallador no po-

dia aceptar es que dicho documento sirviera para fijar la naturaleza del vínculo como contrato con término de prueba. Nada puede afirmar la Sala sobre las circunstancias en que el trabajador se viera para suscribir el documento, pero lo que sí debe dejar en claro, como lo estimó el sentenciador en el fallo recurrido, es que la oportunidad de suscribir el documento no era la adecuada. De lo que aparece en los autos, sí se desprende bien claro, que el documento de los folios 14 y 15, se suscribió con posterioridad a la fecha de notificación de despido al trabajador, por manera que no está bien la afirmación del recurrente sobre que no es lógico suponer que lo hubiera firmado después de la destitución.

Por último, no tiene razón el recurrente, cuando critica la decisión del Tribunal para imputarle la indebida aplicación del Decreto 617 de 1954, porque lo dicho en la sentencia se hizo para destacar una omisión del a quo, que sin embargo no pudo ser corregida, en consideración a que la única apelante de esa providencia fue la parte demandada. El cargo en ninguno de sus aspectos de presentación puede prosperar.

Tercer cargo

Acusa, por último, la interpretación errónea del artículo 77 del C. del T. porque tal disposición, afirma el recurrente, no impone a las partes la obligación de firmar previamente el contrato relativo al período de prueba. Para sustentar esta última impugnación pide se tengan en cuenta las consideraciones hechas al formular el primer cargo

Se considera:

Al estudiar el cargo anterior se explicó ampliamente por qué tiene que aceptarse que el contrato con período de prueba, cuando tal ocurre, ha de suscribirse en su momento inicial.

Decir que, porque la norma que impone a las partes la obligación de firmar previamente el contrato con período de prueba, éste se puede suscribir en cualquier momento, si es interpretar erróneamente la disposición si se analiza su razón especial, y es tanto como afirmar que se deja la situación del trabajador al capricho del patrono que estaría en condiciones de modificar la mayor parte de los contratos indefinidos cuando éstos no le convengan, por contratos con período de prueba, lo cual llevaría al absurdo en la interpretación del precepto, aquí sí con perjuicio de la justicia y el equilibrio social que buscan las disposiciones laborales. Este último cargo tampoco puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia materia del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Rafael Baquero Herrera, Secretario.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION, AUNQUE EL RECURRENTE HAYA MANIFESTADO INTERPONER EL DE "APELACION"

Estima la Sala que la conducta seguida por el juzgador de segunda instancia de conceder el recurso de casación, cuando el recurrente manifestó interponer el de "apelación", no quebranta el orden jurídico procedimental, sino que, por el contrario, se ajusta a los términos que para su interpretación y aplicación fija el artículo 472 del C. J., operante por analogía en los juicios laborales en razón de lo dispuesto por el artículo 145 del C. P. T.

Al respecto pueden consultarse las doctrinas sentadas por la Corte Suprema de Justicia en casaciones de noviembre 18 de 1939 y noviembre 16 de 1951 (XLV, 864 y LXX, 795), que son de cabal aplicación al caso de autos, en donde por no existir contra la sentencia de segunda instancia, otro recurso que el de casación de que conocía, al tiempo de los hechos, el hoy extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, la intención del recurrente de hacer uso de este último medio defensivo aparece absolutamente inequívoca, aun cuando haya errado en la denominación del recurso. Esta solución no conlleva ninguno de los riesgos de anarquía procesal que advierte el memorialista, porque no se trata de consagrar la arbitrariedad de los jueces en la interpretación de los recursos que interpongan las partes, ni del desconocimiento de los objetivos y modalidades propias de cada uno de los medios defensivos o de la oportunidad de proponerlos, sino simplemente de darle al procedimiento un contenido racional, que buscando la equidad, no sacrifique lo esencial que sería la intención del recurrente de acudir al Tribunal Supremo contra la sentencia, a lo adjetivo que sería la denominación que el Código dá al correspondiente recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral—Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

El apoderado judicial del señor Sergio Martínez Aparicio, Gerente de la "Cafetería Almendra Tropical Ltda", solicita, en escrito presentado oportunamente, que se declare inadmisible el recurso de casación concedido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla contra la sentencia dictada por esa Corporación el cuatro de mayo del año en curso, en el juicio que por prestaciones sociales adelanta el señor Gustavo Angulo contra la mencionada sociedad.

Funda el memorialista su solicitud en las siguientes razones:

"a) Una vez notificado de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla el día 4 de mayo de 1956 en este negocio, el señor apoderado de la parte actora, por medio de memorial visible a folio 55 del respectivo cuaderno, interpuso contra dicha sentencia en forma expresa el recurso de apelación para ante el Tribunal Supremo del Trabajo.

"b) El juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía no tiene sino dos instancias, que se agotan con la segunda surtida ante el respectivo Tribunal Seccional; de suerte que, contra la sentencia de 4 de mayo del presente año en este negocio no cabe el recurso de apelación interpuesto por el señor Arnaldo Maury Castro.

"c) En consecuencia el Tribunal Seccional de Barranquilla, no debió dictar el auto concediendo el recurso de casación, como lo hizo, porque tal recurso no fue interpuesto por el apoderado del actor, sino el de apelación, como lo hemos visto.

"d) No valdría argumentar que el Tribunal interpretó la intención del recurrente en el sentido de que lo que éste quiso fue proponer el recurso de casación, ya que las normas procesales son de orden público y por tanto no puede prorrogarse jurisdicción a un Tribunal concediendo un recurso que no ha sido propuesto, como en el presente caso".

Sostiene el peticionario que si se pudiese interpretar la voluntad del recurrente en el senti-

de de que lo que éste quiso fue interponer el recurso de casación, se establecería un funesto precedente jurisprudencial, porque con idéntica razón podría aplicarse el mismo criterio para cualquier otra clase de recursos interpuestos erróneamente por los apoderados judiciales; y que así, cuando se interpusiere el recurso de reposición contra una sentencia de primera instancia, podría el juez a quo conceder el de apelación diciendo interpretar la voluntad del recurrente, o que interpuesto un recurso de reposición podría entenderse como interpuesto el de súplica, si éste es el procedente, sistema que desquiciaría el proceso laboral cuyas normas, por ser de orden público, tienden a la certeza de los juicios mediante normas inderogables por la simple voluntad de las partes y por lo tanto, en mayor grado, por una sola de ellas que encauce erróneamente la acción o emplee mal los recursos taxativamente establecidos por el Código de Procedimiento; y que por lo tanto, el Tribunal Supremo (hoy Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia) usurparía jurisdicción al conocer de este negocio, que le ha llegado en virtud de un recurso de apelación para el que no tiene competencia.

Agrega el memorialista que, además, "en la tramitación del juicio se practicó un dictamen pericial y en la audiencia cuya acta corre al folio 273 se fijaron al perito honorarios por valor de $ 1.400.00 que debían ser satisfechos por ambas partes en cuotas iguales. Al folio 277 figura el recibo en que consta que la parte que represento pagó totalmente dichos honorarios al perito, de suerte que la parte actora está en mora de sufragar lo que le corresponde de acuerdo con la decisión del Juez, luego de acuerdo con la norma del artículo 571 del Código Judicial tampoco podía ser oído el recurrente mientras no hubiera hecho el reembolso del 50% de dicho pago que le correspondía".

Por su parte el procurador judicial del demandante recurrente, se opone al pedimento por estimarlo inspirado en un criterio demasiado estrecho y formalista, ya que no existiendo ante esta Superioridad, en casos como el de autos, recurso distinto al de casación, nada impedía que el Seccional, interpretando la voluntad inequívoca del apoderado del actor de recurrir ante el Supremo, concediese como concedió el recurso de casación. Respecto al argumento de la falta de reembolso de los gastos periciales, el opositor lo considera extemporáneo, y dice que ello debió alegarse en la primera instancia dentro de la cual se produjo el peritazgo, a fin de que la parte que debía verificar el reembolso fuera requerida, como lo establece la sana práctica judicial, pues de no ser así, se llegaría a extremos contrarios a la equidad y al principio de lealtad procesal entre las partes.

Para resolver, se considera:

A fls. 55 del cuaderno segundo aparece el escrito dirigido por el doctor Arnaldo Maury Castro a los Magistrados del Seccional de Barranquilla, en el cual les expresa "que no estando de acuerdo con su fallo dictado el día cuatro de mayo del presente, apelo de dicha providencia para ante el H. Tribunal Supremo del Trabajo". Por auto de 16 del mismo mes el Seccional considerando que el doctor Maury Castro "ha interpuesto el recurso de casación", contra la sentencia indicada, y que dicho recurso es procedente por la cuantía del negocio, resolvió concederlo y dispuso que una vez ejecutoriada la providencia, se enviara original el expediente al Tribunal Supremo del Trabajo.

Estima la Sala que la conducta seguida por el juzgador de segunda instancia no quebranta el orden jurídico procedimental, sino que, por el contrario, se ajusta a los términos que para su interpretación y aplicación fija el artículo 472 del C. J., operante por analogía en los juicios laborales en razón de lo dispuesto por el artículo 145 del C. de P. del T. Sobre el particular, la Corte ha dicho: "Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según lo enseña el artículo 472 del C. J., con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescribe tal artículo, sino que también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan. Si no fuera así, un peligroso criterio textualista sacrificaría el espíritu a la letra y el derecho a la fórmula". (Casación, 18 noviembre 1937, XLV, 844; 16 de noviembre 1931, LXX, 795).

La precitada jurisprudencia de la Corte es de cabal aplicación en el caso de autos, en donde

por no existir contra la sentencia de segunda instancia referida, otro recurso que el de casación de que conocía, al tiempo de los hechos, el hoy extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, la intención del recurrente de hacer uso de este único medio defensivo aparece absolutamente inequívoca, aun cuando haya errado en la denominación del recurso. Esta solución no conlleva ninguno de los riesgos de anarquía procesal que advierte el memorialista, porque no se trata de consagrar la arbitrariedad de los jueces en la interpretación de los recursos que interpongan las partes, ni del desconocimiento de los objetivos y modalidades propias de cada uno de los medios defensivos o de la oportunidad de proponerlos, sino simplemente de darle al procedimiento un contenido racional, que buscando la equidad, no sacrifique lo esencial que sería la intención del recurrente de acudir al Tribunal Supremo contra la sentencia, a lo adjetivo qué sería la denominación que el Código da al correspondiente recurso.

Al segundo argumento que presenta el memorialista sobre la falta de reembolso de los gastos judiciales que le correspondían al actor, basta observar que aun cuando es evidente de autos que la parte demandada sufragó íntegramente los gastos del experticio practicado en la primera instancia, dicha parte no reclamó contra la decisión del juez a quo de continuar oyendo al demandante aun cuando éste no pagara la mitad del valor del peritazgo (fls. 275 del C. primero), y luego no hizo reclamación alguna al Tribunal para que se aplicara al actor la sanción prevista en el artículo 571 del C. J., sino que, por el contrario, permitió, sin objeción, que éste fuera oído a todo lo largo de la segunda instancia, y aún más, presentó conjuntamente con él memoriales al Seccional solicitando aplazamiento de audiencias (fls. 2 y 4 del cuad. segundo) y finalmente no interpuso recurso contra el auto que le concedió la casación al demandante. Todo lo anterior demuestra un ánimo manifiesto en la demandada de no perseguir el reembolso sobre la aplicación al demandante de la sanción del artículo 571, de consentir y aun procurar, en razón de los memoriales conjuntos, que éste fuera oído, por lo cual el argumento que ahora presenta a la consideración de la Corte el memorialista aparece extemporáneo y contrario al principio de la lealtad procesal.

En mérito de las consideraciones que preceden y por reunir los requisitos legales, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— admite el presente recurso de casación interpuesto por el doctor Arnulfo Maury Castro, en su condición de apoderado judicial de Gustavo Angulo, contra la sentencia de fecha cuatro de mayo del año en curso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el juicio seguido por el recurrente contra la Cafetería Alejandra Tropical.

Continúe la tramitación.

Notifíquese.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Rafael Baquero Herrera, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REPARTIMIENTO GENERAL DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Magistrado Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

Juicios de petróleos de única instancia (para fallo):

Alberto Barrios Bosch (Comunidad de Almeida) contra la Nación:
Carlos Romano Armesto contra la Nación.

Juicios de petróleos de única instancia (en trámite)

Torres y Compañía y otros contra la Nación.
Municipio de Sabanagrande contra la Nación.
María Bravo v. de Durán y otros contra la Nación.
Ana Arboleda de Trujillo Gómez y otros contra la Nación.
Cecilia Salazar de Mejía contra la Nación.
Amalia Maude Brandon Rebolledo contra la Nación.
Camacho Villoria Hermanos y otros contra la Nación.
Carmen Sorzano de Quin y otros contra la Nación.
Leonor Ferro de Pahud contra la Nación.
Santiago Calderón y otros contra la Nación.
Inés Durán de Muñoz contra la Nación.

Juicios de petróleos de segunda instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios de petróleos de segunda instancia en trámite)

José T. Parody y otros contra la Nación
Municipio de Pivijay contra la Nación.
Municipio de Salamina contra la Nación.
Alfredo Martín y otros contra la Nación

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (para fallo):

Faustino Rico y otro contra la Nación.
Arturo Quintana Santacoloma contra la Nación.

Juicios Ordinarios. Trabajos públicos (en trámite):

Gómez Jácome y Cía. Ltda. contra la Nación.
Hermán Hoeck contra Municipio de Bogotá.
Clemencia Samper de Liévano contra Municipio de Bogotá.
Manuel M. Pereza contra Municipio de Bogotá.
Nicolás Guerrero Fonseca contra la Nación.
Luis A. Orjuela y otros contra Municipio de Bogotá.

Juicios ordinarios de única instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios ordinarios de única instancia (en trámite):

Cía. Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación y Texas.

Juicios ordinarios de segunda instancia. (para fallo):

Paulina León de Alvarez contra la Nación.

Juicios ordinarios de segunda instancia (en trámite):

Ramigas Fernando Pérez Pallares Sucesores Ltda. contra la Nación.
Juan N. Vélez contra Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales.

Juicios especiales (para fallo):

Juez Superior del Socorro contra Raúl Rueda Durán.

Juicios especiales (en trámite):

José M. Hernández contra Pedro R. Sánchez.
Pedro Erasmo Contreras contra Jorge Ariza Reyes.
Hernando Hoyos contra Departamento de Caldas.

Magistrado doctor Manuel Tamayo Arbeláez

Juicios de petróleos de única instancia (para fallo):

Ignacio Solano Manrique y otro contra la Nación.

Juicios de petróleos de única instancia (en trámite):

Luis Eduardo y Manuel Roca Castellanos y otros contra la Nación.
Luis Carlos Bayuelo Baños contra la Nación.
Carlos Maldonado y otro contra la Nación.
Manuel Cayedo Aragón y otro contra la Nación.

William Macleod Vaughan y otros contra la Nación.

Michael Late Benedum contra la Nación.
Silverio Prada contra la Nación.
Benjamín Rocha Gómez contra la Nación.
Manuela Rocha de Fonnegra contra la Nación.

Juicios de petróleos de segunda instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios de petróleos de segunda instancia (en trámite):

Municipio del Cerro de San Antonio contra la Nación.
Comunidad de Turipana contra la Nación.
Municipio de San Jacinto contra la Nación.
Inversiones Montes Limitada contra la Nación.
Municipio del Carmen de Bolívar contra la Nación.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (para fallo):

María Vargas de Costa contra la Nación.
Felipa Hernández v. de Camargo y otros contra Municipio de Barichara.
Jorge Echeverry Vargas contra la Nación.
María Stella Calderón de Quintana contra la Nación.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (en trámite):

Juan N. Páez contra la Nación.
Santiago Vergara Galvis contra la Nación.
Murra Hermanos contra la Nación.
Alberto Herrera contra la Nación.
Douglas Freeman contra la Nación.

Juicios ordinarios de única instancia (para fallo):

Jorge Martínez Landínez contra la Nación.
Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor contra la Nación.

Juicios ordinarios de única instancia (en trámite):

Fernando Mosquera contra la Nación.
Cía. Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor.

Juicios ordinarios de segunda instancia (para fallo):

American International Underwriters contra el Departamento de Antioquia.
Pedro Luis Uribe y otro contra la Nación.
Lya Arango de Martínez contra Departamento de Antioquia.

Juicios ordinarios de segunda instancia (en trámite):

Jaramillo, Wills y Córdoba Ltda. contra Departamento de Antioquia.
Manuel Orjuela y otro contra la Nación.
Juan de la Rosa Ramírez contra la Nación.

Juicios especiales (para fallo):

Departamento del Atlántico contra Cervecerías Barranquilla.

Nina Yepes de Velilla contra Departamento de Antioquia.

Justo Velasco A. contra Magistrado doctor Carlos A. Olano?

Emilia Vega contra Alberto Palomino.

Juicios especiales (en trámite):

Dolores Martínez contra Carlos Orrego Duque.

Magistrado doctor José Jaramillo Giraldo

Juicios de petróleos de única instancia (para fallo):

César García Alvarez y otro contra la Nación.

Juicios de petróleos de única instancia (en trámite):

Ana Paz Trespalacios de Abello y otros contra la Nación.

Roberto Tabonda Baloco contra la Nación.

Compañía Explotadora de Petróleos S. A. contra la Nación.

Aurelio Mejía R. contra la Nación.

María Edith Brandon de Fernández de Soto contra la Nación.

Lucía Avila de Suárez y otros contra la Nación.

Rafael Tafur Herrán contra la Nación.

Mármoles y Cementos del Nare S. A. contra la Nación.

Lucía Convers de Núñez y otros contra la Nación.

Ana Mª Oyuela de Prada contra la Nación.

Juicios de Petróleos de segunda instancia (para fallo:)

Ninguno.

Juicios de petróleos de segunda instancia (en trámite)

Comunidad de Islas de los Gómez o Camargo contra la Nación.

Ernesto Olivares Peláez y otros contra la Nación.

Municipio de Remolino contra la Nación.

Comunidad de Pestagua y Salamanca contra la Nación.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (para fallo:)

Lucila Calderón y otro contra la Nación.

Miguel Jordán y otro contra Municipio de Bogotá.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (en trámite)

Antonio Gómez Arrubla contra Municipio de Bogotá.

Manuel J. Hoyos y otro contra la Nación.

Banco de los Andes contra Municipio de Bogotá.

Lemos y Compañía contra Municipio de Cali.

Antonio Camelo Reyes contra la Nación.

Cía. de Inversiones Bogotá contra la Nación.

Inversiones Ferias Limitada contra Municipio de Bogotá.

Rogelio Sánchez Cortés contra la Nación.

Juicios ordinarios de única instancia (para fallo:)

Campo Elías Clavijo contra la Nación.

Juicios ordinarios de única instancia (en trámite)

La Nación contra Jorge von Lignau y otro.

Cía. Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y Texas Petroleum.

Ezequiel Sánchez contra la Nación.

The Dorada Railway Co. contra la Nación, Departamento de Cundinamarca y FF. CC. Cund.

Juicios ordinarios de segunda instancia (para fallo:)

Néstor Páez R. contra la Nación.

Emilio Ordóñez Mutis contra Departamento de Santander.

Juicios ordinarios de segunda instancia (en trámite)

María Elena Linares y otros contra la Nación.

Donaciano García y otros contra la Nación.

Carlos A. Serrato y otros contra la Nación y FF. CC. Nacionales.

Dicmedes Herrán contra la Nación.
López Pumarejo y Compañía contra la Nación.

Juicios especiales (para fallo):

Departamento de Antioquia contra Jesús M. Rojas.
Impedimento doctor Raúl Jurado en juicio de quiebra de Emilio Lnewy.

Juicios especiales (en trámite):

Emilia Rojas de Murillo contra Frederman Cantor Rengifo.
Simón Gómez de Lavalle y otros contra la Nación.
Procuraduría General de la Nación contra Emiro Vásquez Pérez.

Magistrado doctor Camilo Rincón Lara

Juicios breves y sumarios de petróleos (para fallo):

Propuesta número 247 de la Funza Petroleum Company.

Juicios de petróleos de única instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios de petróleos de única instancia (en trámite):

Ernesto Botero S. y otro contra la Nación.
Olga Dávila de López y otra contra la Nación.
Sociedad Interdepartamental Mercantil S A. contra la Nación.
Municipio de Sabanalarga y Emilia I. de la Hoz contra la Nación.
Raúl Arciniegas contra la Nación.
Pedro Ignacio Uribe contra la Nación.

Juicios de petróleos de segunda instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios de petróleos de segunda instancia (en trámite):

Municipio de San Sebastián de Buenavista contra la Nación.
Municipio del Cerro de San Antonio contra la Nación.
Simón Gómez de Lavalle y otros contra la Nación.
Municipio de San Juan Nepomuceno contra la Nación.
Comunidad de El Limón contra la Nación.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (para fallo):

Elisa Garcés de Tamayo y otros contra la Nación.
Urbanización Asturias Limitada contra la Nación.
Isabel Roca de Cepeda contra la Nación.
Manuel M. Peraza contra Municipio de Bogotá.
Juan B. Martínez Martelo contra Municipio de Barranquilla.

Juicios ordinarios. Trabajos públicos (en trámite):

Miguel Vásquez contra la Nación.
Fortunato Garcés Valencia contra la Nación.
Ernesto Cuéllar Tamayo contra la Nación.
José Miguel de la Calle y otros contra la Nación.
Julio Ramírez Johns y otros contra la Nación.

Juicios ordinarios de única instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios ordinarios de única instancia (en trámite)

Miguel de Germán Ribón contra la Nación.

Juicios ordinarios de segunda instancia (para fallo):

Ninguno.

Juicios ordinarios de segunda instancia (en trámite):

Compañía de Transportes Betancourt contra la Nación.
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company.

Herederos de Manuel M. Rula O. y otros contra la Nación.

Luis F. Blanco y otros contra la Nación.

Juicios especiales (para fallo):

Tribunal Superior de Medellín contra Héctor Cuesta Angel.

Luis Felipe García contra Efraín del Río González.

Juicios especiales (en trámite):

Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín contra Pablo Emilio Vargas.

Rafael Angel Arias contra Jaime Velásquez Toro.

Bogotá, septiembre 3 de 1956.

El Presidente, **Manuel Buenahora**—El Secretario, **Jorge García Merlano.**

EN LOS JUICIOS SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO, ES REQUISITO INDISPENSABLE LA IDENTIFICACION DEL INMUEBLE.—LA PRUEBA ADECUADA PARA ESTE OBJETO ES LA DE INSPECCION OCULAR

En los juicios como el presente, en los cuales se ejercita una verdadera acción de dominio, impera el principio de que para que pueda tener éxito la acción se requiere —como ineludible requisito— que el inmueble materia de la demanda se encuentra clara y precisamente determinado en los autos. Así, pues, al fallar un negocio de esta índole, el juzgador lo primero que debe averiguar es si el predio cuyo subsuelo petrolífero se niega como de propiedad particular, ha sido debida y completamente identificado por los medios probatorios reconocidos por la ley de procedimiento. Sólo a esta condición podrá decir que el contenido de los títulos en que el actor apoya la acción de dominio, en cuanto a la determinación y especificación del inmueble que a ellos se refieren, es verdadero y capaz de ser comprobado sin dificultad alguna sobre el terreno.

La prueba por excelencia para reconocer el inmueble cuyo subsuelo petrolífero se esté discutiendo a la Nación, es la inspección judicial con peritos ingenieros. La índole de las comprobaciones que en estas ocasiones deben verificarse exigen conocimientos especiales, como quiera que además de la determinación de los linderos de la finca materia de la demanda, debe establecerse si se cumple respecto de aquélla el fenómeno de la superposición del área de la respectiva propuesta de exploración y explotación petrolífera.

De acuerdo con estos principios jurisprudenciales que ahora reafirma la Sala, se obligado decir que en la decisión de los pleitos como el presente, el estudio sobre la validez de los títulos aducidos por el actor, y de los demás aspectos de la acción ejercitada, quedan supeditados al referente al mérito probatorio del trabajo de determinación del terreno a que la demanda y aquellos mismos títulos estén refiriéndose.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

El señor Carlos Romano Armesto, vecino de Bogotá, por medio de apoderado, formuló el 27 de julio de 1955, demanda ordinaria de mayor cuantía contra la Nación, a fin de que la Corte —en sentencia de única instancia— haga las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el inmueble denominado 'Los Obispos', de propiedad de mi mandante, situado en la isla formada por el río Magdalena, aproximadamente entre los puertos de La Gloria y Gamarra, conocida con el nombre de 'Contador', perteneciente a la jurisdicción del Municipio de Olaya Herrera (antiguamente Bodega Central), departamento de Bolívar, cuyos linderos se expresarán adelante, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud del remate que de tales tierras hizo el día 8 de febrero de 1814 el señor Felipe Navas en su condición de mandatario del denunciante de las mismas, señora (sic) Bartolomé Villalba, como consta en la protocolización que de tal diligencia hizo ante el escribano público de Mompós el señor Manuel D. Pérez en su condición de Tesorero de Hacienda de la Provincia.

"Subsidiariamente de lo anterior: que el mismo inmueble citado salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título o modo reconocido como válido por la ley.

"Segunda.—Que, como consecuencia de la declaración anterior, el subsuelo petrolífero del inmueble llamado 'Los Obispos', o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos que en él se hallaren, son de propiedad de mi mandante Carlos Romano Armesto, dentro de la alinderación que adelante se expondrá.

"Tercera.—Que, como consecuencia también de

la primera declaración, sólo el señor Carlos Romano Armesto, o quien sus derechos represente, puede contratar o hacer por sí mismo la exploración y explotación del petróleo y demás hidrocarburos que se encontraren en el subsuelo del ya mencionado inmueble 'Los Obispos', especificado como adelante se dirá, como propietario de los mismos, y, por último:

"Cuarto. — Que, por tanto, el área correspondiente al inmueble 'Los Obispos', en su suelo y en su subsuelo petrolífero, se excluye de la propuesta hecha a la Nación o Estado, para contratar la exploración y explotación del petróleo, por la Compañía de Petróleos Arauca (hoy International Petroleum —Colombia — Limitada, como cesionaria) el 29 de agosto de 1962, registrada en el Ministerio de Minas y Petróleos bajo el número 646, de la que luego se dará cuenta".

Sustenta estas peticiones el actor en los hechos que en seguida se sintetizan:

1º—El poderdante Romano Armesto es propietario inscrito y poseedor de la finca rural denominada Los Obispos, de la jurisdicción del municipio de Olaya Herrera, y ubicada en la isla llamada "Contador", formada por el río Magdalena cerca a los puertos de La Gloria y Gamarra, y alindada así: "Desde la orilla del río Magdalena donde se encuentra la cerca del potrero de Tomás Sampayo A. frente a la parte superior de la isla que queda frente a Puerto Viejo, se sigue por toda la cerca hacia el occidente hasta el brazo del río Magdalena denominado El Dique; de aquí todo este brazo para abajo hasta el caño del Cuadual o Los Arrastraderos, de aquí en línea recta hasta el río Magdalena, el que se sigue aguas arriba hasta la orilla de la cerca citada como primer lindero".

2º—Este inmueble fue rematado en el año de 1844 por el señor Bartolomé Villalba. El remate fue aprobado, y el rematador entró en posesión del terreno, todo de acuerdo con las leyes vigentes en la época.

3º—El Ministerio de Minas y Petróleos, mediante resoluciones 165 de 5 de marzo de 1953 y 633 de 24 de junio de 1954, admitió la propuesta número 646 formulada por la Compañía de Petróleos Arauca —Colombia— Limitada, para explorar y explotar petróleos considerados de propiedad nacional sobre una área de 25.844 hectáreas 2.762 metros cuadrados, situada en cabeceras de los municipios de Olaya Herrera y Simití, del Departamento de Bolívar, cuyos linderos aparecen descritos en el aviso publicado en el Diario Oficial número 28.762 del 2 de abril de 1954, acompañado a la demanda. La finca de 'Los Obispos' se halla comprendida dentro del área determinada en dicha propuesta.

4º—El término para formular la demanda, de acuerdo con el artículo 34 del C. de Petróleos, sólo vence en la fecha futura del 2 de junio de 1957, según certificación expedida en el expresado Ministerio.

Como fundamento de derecho invocó el actor los artículos 34, 36, 176, 177 y concordantes del Código de Petróleos, las leyes de 11 de octubre de 1821, de 30 de marzo de 1843, 70 de 1866, el Código Fiscal de 1873 y demás leyes concordantes; y por último, los artículos 669 y 673 del C. Civil y 28 de la Ley 53 de 1887.

La demanda vino acompañada de los siguientes documentos:

1) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Mompós, sobre dominio actual de la finca Los Obispos, expedido a favor del demandante señor Carlos Romano Armesto;

2) Copia de la escritura número 45 de 12 de mayo de 1884, de la Notaría de Mompós; de la escritura número 49 de 15 de mayo de 1887, de la misma Notaría; de la escritura número 7 de 25 de febrero de 1908, de la Notaría de Mompós; de la escritura número 9 de 14 de enero de 1910, de la Notaría de Ocaña; de la escritura número 258 de 24 de junio de 1911, de la Notaría últimamente citada; de la escritura número 24 de 7 de septiembre de 1931, de la Notaría de Gamarra; y de la escritura número 380 de 22 de noviembre de 1932, de la Notaría de Ocaña.

3) Cuatro (4) copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional, fechadas el 24 de marzo de 1954, que versan sobre el remate de la isla de Contador por el señor Bartolomé Villalba, verificado el 8 de febrero de 1844.

4) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Mompós, relacionado con el registro de un documento del año de 1886, y

5) Certificado del mismo funcionario sobre la inscripción de un comprobante relacionado con el parte del registro y de la escritura otorgada por el Tesorero, representante de la Hacienda Pública, sobre el remate de que ya se ha dado cuenta anteriormente.

Por último, una certificación del Ministerio de Minas y Petróleos sobre el vencimiento del término para promover la acción ordinaria sobre dominio privado del petróleo, respecto a la propuesta número 646 citada en los hechos del libe-

lo; y un ejemplar autenticado del Diario Oficial número 28 723 a que se alude también en los mismos hechos.

Admitida la demanda, se ordenó correr el traslado de rigor al señor Procurador Delegado en lo Civil, en su carácter de representante legal de la Nación demandada, funcionario que se opone a que se hagan las declaraciones impetradas por el señor Romano Armesto y manifiesta, en relación con los hechos sustentadores de la acción, que se atiene a lo que resulte probado en el curso del juicio.

Durante el término de prueba, solicitó el actor, y fue decretada oportunamente por el Magistrado sustanciador, la práctica de varias diligencias, entre otras, la de una inspección ocular con peritos sobre el predio materia de la demanda, a efecto de que fuese identificado.

Según aparece del expediente, esta diligencia no pudo llevarse a efecto debido a que la parte interesada no suministró los elementos de transporte indispensables para el traslado del personal que debía practicarla, presidido por los Magistrados de la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Cartagena, entidad comisionada para la práctica de la expresada diligencia.

Al alegar de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil expresa lo siguiente:

"La circunstancia de no haberse practicado la inspección ocular solicitada por el demandante y decretada por auto de fecha 3 de octubre de 1955, para lo cual se remitió el expediente al H. Tribunal Superior de Cartagena, me releva de estudiar a fondo el negocio porque ya está suficientemente establecido que es obligación de todo el que alegue derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador la prueba directa, plena e inequívoca de la identidad del bien que reclama como propio.

"Al no verificarse la inspección ocular, el inmueble materia de la controversia quedó sin identificar en el juicio y, lo que es esencial en los juicios especiales de petrólicos, también quedó sin demostrar que el terreno en cuestión se le superpone el área de una propuesta de concesión petrolífera, única oportunidad que tiene el presunto propietario particular para discutirle a la Nación el dominio del subsuelo petrolífero".

La Sala considera:

En juicios como el presente, en los cuales se ejercita una verdadera acción de dominio, impera el principio de que para que pueda tener éxito la acción se requiere —como includible requisito— que el inmueble materia de la demanda se encuentre clara y precisamente determinado en los autos. Así, pues, al fallar un negocio de esta índole, el juzgador lo primero que debe averiguar es si el predio cuyo subsuelo petrolífero se alega como de propiedad particular, ha sido debida y completamente identificado por los medios probatorios reconocidos por la ley de procedimiento. Sólo a esta condición se podrá decir que el contenido de los títulos en que el actor apoya la acción de dominio, en cuanto a la determinación y especificación del inmueble a que ellos se refieren, es verdadero y capaz de ser comprobado sin dificultad alguna sobre el terreno.

La prueba por excelencia para reconocer el inmueble cuyo subsuelo petrolífero se está discutiendo a la Nación, es la inspección judicial con peritos ingenieros. La índole de las comprobaciones que en estas ocasiones deben verificarse exigen conocimientos especiales, como quiera que además de la determinación de los linderos de la finca materia de la demanda, debe establecerse si se cumple respecto de aquélla el fenómeno de la superposición del área de la respectiva propuesta de exploración y explotación petrolífera.

De acuerdo con estos principios jurisprudenciales, que ahora reafirma la Sala, es obligado decir que en la decisión de los pleitos como el presente, el estudio sobre la validez de los títulos aducidos por el actor, y de los demás aspectos de la acción ejercitada, quedan supeditados al referente al mérito probatorio del trabajo de determinación del terreno a que la demanda y aquellos mismos títulos estén refiriéndose.

Así, pues, habiéndose dejado de practicar en el caso presente la diligencia de inspección judicial sobre el predio de Los Obispos de que trata la demanda, por culpa del actor quien no suministró oportunamente los medios de transporte necesarios para el traslado del personal que debía practicarla, la acción queda desprovista de su principal soporte, y llamada, por tanto, a fracasar.

Proceder al análisis de los demás elementos de prueba que obran en el expediente, cuando falta la esencial del reconocimiento de la finca objeto de la demanda, resulta inoficioso.

Procede, por tanto, acoger en todas sus partes el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil anteriormente transcrito.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA: Niéganse las peticiones de la demanda y en su lugar se ABSUELVE a la Nación de todos los cargos formulados en la demanda presentada por el señor Carlos Romano Armesto, de que se ha hecho referencia.

Condénase en costas a la parte actora.

Revalide la misma parte el papel común empleado en los autos y que es de su cargo.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—

Jorge García M., Secretario.

LAS RECLAMACIONES SOBRE IMPUESTOS SON DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, POR SER ACTOS DE AUTORIDAD. NO EXISTEN DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA DE IMPUESTOS.—EN LOS CONTRATOS SE ENTIENDEN INCORPORADAS LAS NORMAS DE ORDEN PUBLICO. — CLAUSULAS CONTRACTUALES QUE INCORPORAN LEYES SOBRE EXENCIONES DE IMPUESTOS.— ART. 38 DE LA LEY 153 DE 1887

1.—De los artículos 271 y 835 del C. C. A. se desprende que cada vez que a una persona se le liquide definitivamente un impuesto y considere que tal acto es ilegal, la acción que se consagra es la de acudir a los Tribunales Administrativos para solicitar que "se revise la operación administrativa". Lo anterior porque el acto por el cual se liquida un impuesto, o la operación administrativa por la cual éste se cobra, es un acto de imperio, dictado por el funcionario competente con base en las facultades de la ley creadora del tributo, de suerte que si esta ley no existe, o si existiendo se aplica indebidamente, la controversia que se suscita es de contención administrativa y por ello la competencia para resolverla reside exclusivamente en la jurisdicción contenciosa, creada especialmente para que ejerza un control de legalidad sobre los actos de la Administración.

Si se aceptara que la Corte puede conocer de los reclamos sobre impuestos como el de que aquí se trata, sería suficiente a todos los contratistas con la Nación que al liquidárseles cualesquiera de los creados con posterioridad a la celebración del contrato, se dirigieran al funcionario liquidador alegando que al tiempo de suscribirse el convenio el impuesto no estaba establecido, para substraerse así a la jurisdicción contenciosa y traer los litigios de esta naturaleza a la Corte, en abierta pugna con las disposiciones generales sobre competencia.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Corporación como puede verse, entre otros, del fallo de 26 de julio de 1944 en donde al estudiarse la exequibilidad de los artículos 3, 4 y 5 de la ley 67 de 1943 se hizo la distinción entre los actos de gestión y los actos de poder, para concluir que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad y en forma unilateral, sus decisiones son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, éstas deben resolverse por la jurisdicción contencioso; y que, por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, sus actos son de gestión y las controversias que ellos susciten deben decidirse por la justicia ordinaria.

La imposición y cobro de impuestos constituyen actos de autoridad, dictados en ejercicio de la potestad de imperio que asiste a la Administración.

2.—El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 se funda en el principio universal de que los contratos deben interpretarse de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su celebración para librarlos del peligro que para su solidez y firmeza entrañarían las constantes mutaciones en la legislación de un país.

Pero aceptado que tales normas constituyen guías de interpretación para esos contratos, surge el problema de saber si los derechos en ellos consagrados pueden considerarse como definitivamente adquiridos por los contratantes, sin que una ley nueva pueda desconocerlos.

Tomado en forma general, el problema no ofrece en nuestra legislación mayores dificultades porque el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza "los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Tampoco ofrece dificultad el conflicto que pueda surgir cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos

particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, pues el mencionado precepto ordena que el interés privado ceda ante el interés público.

El problema reside es en saber qué debe entenderse por derechos adquiridos, o simplemente por derechos, porque este vocablo lleva implícita, en sí mismo, la noción de algo que ya nos pertenece. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada y han ensayado varias definiciones del derecho adquirido: "El derecho adquirido es un bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo, según la ley vigente, y que de acuerdo con la misma ley entró en el patrimonio del titular". "Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos, a los cuales el Poder Público debe protección, tanto para defenderlos contra terceros como para asegurar todo su desarrollo". "Los derechos adquiridos son aquellos que hacen parte de nuestro patrimonio y están fuera del alcance de un tercero". (G. J. número 2016, octubre 6/44, pág. 3). Pero cada vez que la Corte ha tratado este punto, ha sido constante en afirmar que para que un derecho se pueda tener como adquirido es necesario que haya entrado definitivamente al patrimonio de quien lo alega: que no debe confundirse con las simples expectativas y que cuando una ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad. En esto la Corte ha seguido la doctrina de la mayoría de los autores que si bien están acordes en afirmar que las leyes sólo se proyectan para el futuro, distinguen los actos o hechos concluidos bajo la ley anterior, cuyos efectos se han ya producido definitivamente, y que, a no dudarlo, deben regirse por la ley antigua, de aquellos que aunque también realizados bajo el imperio de la ley anterior vienen a producir sus efectos durante la vigencia de la nueva, casos en los cuales solo se configura lo que algunos denominan "derechos en expectativa", que no constituyen los propiamente llamados derechos adquiridos y que se rigen por la ley posterior. En el primer caso se trata de situaciones definitivas; en el segundo de esperanzas, de la posibilidad más o menos fundada de adquirir un derecho. Esta diferencia entre simples expectativas y los derechos propiamente dichos, así como también la posición de aquellos y de éstos ante la ley nueva, está claramente consagrada en nuestra legislación por el artículo 17 de la misma ley 153 de 1887 que dice: "Artículo 17. Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o cercene".

Sentadas estas bases, y como el demandante en este juicio estima que la exención consagrada en el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 constituye para él un derecho adquirido que no puede ser menoscabado por la ley 50 de 1945 que acabó con la exención, no considera la Sala necesario detenerse a estudiar si en el caso aquí planteado se configuran o no derechos adquiridos, porque no podría hablarse de ellos en tratándose de impuestos, o sea, el ejercicio de una función que se confunde con la soberanía nacional y que se ejercita libremente por uno de los Organos del Estado.

3. — Otra finalidad del artículo 38 de la ley 153 de 1887 es la de obligar a los contratantes a que atemperen su conducta al orden jurídico general, a determinadas normas superiores que el legislador ha considerado indispensables para la buena marcha de la sociedad, y a impedir que por acuerdos particulares se hagan ineficaces los principios generales consignados en ellas. Por esa razón el artículo 16 del C. C. establece que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

En virtud de la primera significación y tomando el problema de una manera simple, podría afirmarse que las leyes así incorporadas a los contratos constituyen cláusulas contractuales; pero si se recuerda que la ley es por su propia naturaleza creadora de situaciones generales y abstractas, forzoso es concluir que las situaciones jurídicas así formadas en el contrato son también diferentes de las creadas por las cláusulas que deben su origen al convenio particular de voluntades y, por ende, diferentes los efectos jurídicos que tales situaciones puedan producir.

En efecto: Las leyes reglan de una manera impersonal y objetiva, lo que vale decir

que las situaciones jurídicas así establecidas miran al interés colectivo y trascienden al público en general, en tanto que las cláusulas contractuales propiamente dichas, como fruto exclusivo del querer de las partes, no pueden sino crear situaciones concretas cuyos efectos no pueden sobreponer el ámbito privado que les ha dado origen.

Por ser creación exclusiva del Estado y dictadas en ejercicio de su poder de imperio, las leyes vigentes incorporadas a los contratos al tiempo de su celebración, crean para los contratantes un status legal que rebasa la situación jurídica concreta creada por el acuerdo particular de voluntades en virtud de las verdaderas cláusulas contractuales.

Se comprende así fácilmente que la jurisprudencia y los autores hayan considerado siempre que la incorporación en los contratos particulares de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no tienen otro alcance que el reglamentario o interpretativo de la voluntad que las partes hayan querido expresar, y que esto no significa que tales leyes puedan ser tomadas como verdaderas cláusulas contractuales, de naturaleza y alcance semejantes a las que deben su origen al asentimiento privado.

Lo que ocurre es que en virtud de la incorporación en los contratos de todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la situación jurídica individual creada por aquellos, está siempre complementada por otras de carácter general —verdaderos status legales—: que el Estado interviene por así decirlo, en todos los contratos que se celebren y ordena que éstos se rijan por dos claras normas: las que establecen una relación de coordinación entre las partes y las que establecen una relación de subordinación entre éstas y el Estado, en su carácter de poder público soberano. Ahora bien: Si la característica esencial de las situaciones jurídicas individuales es la de ser inmodificables, la característica esencial de toda situación general y del acto que la crea, que no puede ser otro que el legal y reglamentario, es la de ser modificable y revocable en cualquier tiempo. Dice Jèze (pág 119, Tomo I, Principios Generales de Derecho Administrativo): "La derogación de una ley o de un reglamento es posible en cualquier tiempo. La característica de la situación jurídica general y del acto que la crea, es la de poder modificarse en cualquier tiempo. Políticamente es absurdo, quimérico y hasta criminal pretender encadenar las generaciones sucesivas a las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., de la actualidad, aunque ellas estuviesen en contradicción absoluta con el ideal del momento, con la moral de la moda, con la justicia dominante, con las necesidades políticas, económicas, etc. Esto equivale a incitar a una generación hacia la revolución y hacia la violencia. Si una generación cualquiera formulara, por el Organo de su Parlamento, la pretensión grotesca de regir no varietur la suerte y la conducta de las generaciones sucesivas sobre tal o cual punto, su voluntad no tendría eficacia política, ningún valor jurídico. Habría ejercido un poder que no le pertenece, política ni jurídicamente y que nunca podría pertenecerle".

Cosa diferente es que los efectos de la revocatoria del acto reglamentario, conforme al aforismo tempus regis actum, no pueden borrar, EN LO PASADO, los efectos jurídicos ya producidos, y por eso se ha dicho que los status legales reglamentarios sólo pueden ser modificados para el futuro, por vía general o impersonal.

Se hace, pues, necesario como aconseja el autor antes citado, prestar mucha atención al estudio de la naturaleza de los actos jurídicos, pues existen algunos "que, en apariencia son actos contractuales pero que en realidad son actos COMPLEJOS que comprenden, al lado de un contrato propiamente dicho, una ley, un reglamento" y en los cuales, si bien es imposible revocar o modificar las estipulaciones concretas, nada impide, desde el punto de vista jurídico, que las situaciones generales e impersonales creadas por la ley o leyes en ellos incorporadas, puedan ser revocadas o modificadas para el futuro por la vía unilateral del Estado, único facultado para establecerlas. (Subrayas de la Sala).

Por eso el carácter general de la norma del artículo 38 comentado que hacía no sólo incorporar en los contratos las leyes civiles reguladoras de las relaciones entre particulares, sino también las de derecho

público que reglamentan los status legales complementarios que rigen los contratos.

4. — Si en el contrato que se estudia se consideraron incorporadas todas las leyes vigentes, entre ellas el Decreto-Ley 1305, también quedaron incorporados los artículos 76 y 80 de la Constitución Nacional en donde se establece que le corresponde al Congreso hacer las leyes; que por medio de éstas ejerce, entre otras atribuciones, las de interpretar, reformar o DEROGAR las preexistentes; que al mismo Congreso corresponde establecer las rentas nacionales, decretar impuestos extraordinarios y, en fin, que las leyes sobre contribución deben tener origen en la Cámara de Representantes. De donde se concluye que, si el Decreto aludido debiera ser considerado como ley del contrato, han de serlo también las mencionadas normas de la Constitución, y que si hubiere de considerarse pactada entre las partes la exención del impuesto, debe igualmente considerarse pactada la facultad para le Estado de derogar dicha exención.

Consecuencia de todo lo anterior es que si el Decreto 1305 de 1932 es ley del contrato, lo es solamente en su carácter de ley interpretativa de sus cláusulas; que por su incorporación en él no perdió su propia naturaleza de acto reglamentario, esencialmente revocable por el Legislador; que de su derogatoria por la Ley 50 de 1945 no puede predicarse que haya modificado la situación contractual ya que no creó entre las partes una situación particular y concreta que las vinculara definitivamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

1.—En virtud de lo dispuesto en las leyes 106 y 106-bis de 1927 se creó el impuesto sobre el consumo de la gasolina en el país y se ordenó hacerlo efectivo, en las Aduanas por lo que respecta a la que se importara, y en los lugares de venta, en lo tocante a la producción nacional.

2.—Posteriormente, el inciso 1º del artículo 5º del Decreto-ley 1305 de 1932 estableció lo siguiente: "De acuerdo con los términos de las leyes 106 y 106-bis de 1927, este impuesto no se causa sobre la gasolina que produzcan y que consuman en sus explotaciones las empresas productoras de petróleo y sus derivados".

3.—Estando vigentes las disposiciones que acaban de relacionarse, el día 5 de abril de 1938 se celebró entre el Gobierno Nacional y la Compañía Colombiana de Petróleos El Cóndor, denominada hoy "Concesionaria de Petróleo-Shell-Cóndor", un contrato para la exploración y explotación del petróleo nacional que pudiera hallarse en un lote de terreno ubicado en el Municipio de Repedios, Departamento de Antioquia.

4.—En la cláusula 2ª de este convenio denominada "régimen legal del contrato", se estipuló lo siguiente: "Es entendido que en este contrato se consideran incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887".

5.—Según consta en la Resolución Ejecutiva número 72 de fecha 2 de junio de 1945, habiéndose cumplido la etapa preliminar de exploración, por la Compañía nombrada se inició el período de explotación el día 6 de junio del mismo año. (Subrayas de la Sala).

6.—De acuerdo con el artículo 3º de la ley 50 de 1945 (diciembre 20), el Congreso de Colombia dispuso: "Derógase el inciso primero del artículo 5º del Decreto-ley 1305 de 1932".

7.—En el mes de noviembre de 1950, es decir, cinco años después, la Shell-Cóndor instaló y puso en servicio, dentro de los propios terrenos de su explotación, una planta para producir Road-Oil, planta de la cual extrae productos derivados del petróleo, entre ellos la gasolina que consume dentro de su explotación.

8.—El 30 de octubre de 1953 la Compañía se dirigió al Ministerio de Minas solitándole que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 211 del Código de Petróleos, se decretara la exención de la REGALIA sobre el petróleo crudo en la planta dicha.

9—El Ministerio nombrado, por Resolución número 116 de 1º de febrero de 1954 concedió dicha exención pero, aunque nada se le había solicitado en relación al impuesto de consumo de gasolina, declaró en la misma Resolución que la Compañía debería pagar este impuesto sobre el volumen total de la producida y consumida en su planta, y ordenó se procediera a verificar la correspondiente liquidación.

Los interesados interpusieron contra esta providencia recurso de reposición, el cual fue desatado por Resolución número 823 de fecha 8

de agosto del mismo año en sentido negativo.

Fundándose en los hechos hasta aquí relatados la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor se presentó a la Corte solicitando las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato que consta en la escritura pública número 1462 de 11 de octubre de 1938 de la Notaría Cuarta de Bogotá y con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932, es ley del contrato, y por tanto no puede ser modificado unilateralmente por ninguna de las partes.

"Segunda.—Que en consecuencia, la derogatoria del inciso primero del artículo 5º del Decreto ley 1305 de 1932, hecha por el artículo 3º de la Ley 50 de 1945, no puede modificar, ni ha modificado la situación contractual descrita en la petición primera de esta demanda.

"Tercera.—En subsidio: Que el impuesto establecido en el artículo 7º de las leyes 106 y 106-bis de 1937 no puede cobrarse a la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor, por la gasolina producida y consumida dentro de la "Concesión Yondó".

"Cuarta.—Que por tanto, de acuerdo con las declaraciones precedentes, son nulas la Resolución número 116 de 1º de febrero de 1954 en sus puntos segundo y tercero y la Resolución número 833 de 6 de agosto de 1954, expedidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto declaran que la Compañía que apodero deberá pagar a la Nación por el volumen total de la gasolina producida en su planta de 'Road-Oil' de Casabe, dentro de la Concesión Yondó y consumida en ella, el correspondiente impuesto de consumo y en consecuencia que la Concesionaria no debe ni está obligada a pagar suma alguna por este concepto.

"Quinta.—Que la Nación debe devolver a la Compañía la cantidad de $ 49.937.16, que le fue ordenada cubrir por medio del oficio número 1503 de 5 de octubre de 1954 firmado por el Director Ingeniero de la División Nacional de Petróleos del Ministerio de Minas y Petróleos: $ 386.40 y $ 97.44 que fueron pagadas de acuerdo con la liquidación hecha por el Ministerio, según oficios números 1634 de 12 de noviembre de 1954 y número 1723 de 30 de noviembre de 1954 respectivamente, y todas las demás sumas que se hayan pagado por este concepto por parte de la Compañía que apodero, en obedecimiento a las Resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos enumeradas en la petición Cuarta".

En derecho fundó sus pretensiones en las siguientes normas: artículo 30 de la Constitución Nacional; artículos 27, 28, 30, 31, 1496 a 1947; 1602, 1603, 1618 a 1624 del C. C. y sus concordantes; artículos 11 y 38 de la ley 153 de 1887; artículos 734 y siguientes del C. J. y artículo 10 del Código de Petróleos.

Excepción de declinatoria de jurisdicción

Habiéndose propuesto por el señor Procurador la excepción de declinatoria de jurisdicción por considerar que el acto por el cual se cobra y se liquida un impuesto es un acto de poder, el señor Magistrado sustanciador del negocio por entonces, en providencia de 7 de marzo de 1955 la declaró no admisible.

Se consideró entonces que existe una diferencia formal entre discutir un acto de poder y proponer una demanda ordinaria para ventilar obligaciones emanadas de un contrato con el Estado en donde se incorporan disposiciones relativas a impuestos que se podían exigir o no al demandante; que en el presente caso la controversia versa precisamente sobre si el Estado puede o no exigir un impuesto que la Compañía demandante le discute en razón del contrato celebrado y que por tales motivos es evidente la competencia de la Corte para conocer del negocio.

Y como al discutirse dicha excepción la Procuraduría alegara la jurisprudencia de 10 de marzo de 1954 según la cual corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los desacuerdos surgidos con ocasión de un acto de imperio o de poder y a la justicia ordinaria de las divergencias que se susciten entre el Estado y los particulares con motivo de convenios celebrados entre los mismos, en la providencia mencionada se dijo: "Falta poner en claro, sin embargo, si además de la diferencia formal o sea por la circunstancia de no haber dado origen la Compañía demandante a que se librara contra ella un mandamiento ejecutivo contra el cual se propusieran las correspondientes excepciones, y demás medios de defensa, en el fondo los casos también fueran diferentes.

"Es indiscutible que la facultad de decretar

impuestos la tiene el Estado conforme a las reglas de la Constitución y que en manera alguna puede admitirse que para ello sea viable la teoría contractual, o sea que sólo mediante un acuerdo entre los gobernantes y los gobernados pudiera el Estado decretar impuestos. Esta tesis es absurda, indudablemente. Con todo, no es menos cierto que el Estado puede estipular, de acuerdo con lo que la Constitución y la ley autorizan, cláusulas referentes a la recaudación de impuestos, de donde emanen obligaciones a cargo de los contratistas".

No hay necesidad de advertir que la anterior providencia no vincula el criterio de la Sala y como más adelante se verá, se acepta sólo en parte.

Razones aducidas por la Compañía demandante

Las razones aducidas por la Compañía demandante se hallan resumidas en los siguientes párrafos tomados de su alegato de conclusión:

"Cuando el contrato quedó legalmente formalizado, estaba vigente el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 que en su artículo 5º dice: "De acuerdo con los términos de las leyes 106 y 106-bis de 1927, este impuesto no se causa sobre la gasolina que produzcan y que consuman en sus explotaciones las empresas productoras de petróleo y sus derivados". (Subrayo).

"Por consiguiente, cuando la Ley 50 de 1945 derogó dicho artículo 5º, esta derogatoria no podía modificar ni ha modificado la situación contractual antes descrita, puesto que se trata de un derecho adquirido con justo título, con arreglo a las leyes, por una persona jurídica y que no puede ser desconocido ni vulnerado por ley posterior, según lo establece expresamente el artículo 30 de la Constitución.

"Probado está en autos y no ha sido objeto siquiera de controversia, que la Compañía en ejercicio del derecho que le concede su contrato de concesión conocido con el nombre de 'Concesión Yondó', inició su explotación en el año de 1945 y que después en el año de 1950 montó una Planta de Road Oil para tratar el petróleo crudo y obtener de él varios derivados, entre otros gasolina.

"La Corte Suprema de Justicia en varias sentencias ha reiterado el principio fundamental de nuestra legislación, como que se halla incluído en la Constitución, de respeto a los derechos adquiridos y entre aquéllas debe citarse por tener especial aplicación al caso de autos la doctrina contenida en la de 9 de mayo de 1938...".

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador conceptúa lo siguiente:

"La Procuraduría considera:

"1º — El argumento principal aducido por la Compañía Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor en su demanda se reduce a afirmar que ella tiene un derecho adquirido legítimamente mediante el contrato de concesión, consistente en la exención del impuesto de consumo de gasolina sobre la cantidad producida y consumida en sus mismas explotaciones, derecho adquirido que no puede ser vulnerado ni desconocido por ley posterior al contrato.

"Sin embargo, es preciso tener en cuenta que cuando se expidió la ley 50 de 1945 mediante la cual se creó (sic) el aludido impuesto, la Compañía Concesionaria no había constituído ni instalado su planta de producción de gasolina y que, por consiguiente, al darse aplicación a la referida ley no podía en manera alguna desconocerse o vulnerarse un derecho adquirido, pues no existía tal derecho, sino simplemente se modificaba o anulaba una mera expectativa. Por eso la Procuraduría considera acertadas las apreciaciones que sobre el particular dejó expuestas el Ministerio de Minas y Petróleos en su providencia del 6 de agosto de 1954 en que resolvió no acceder a reponer los numerales segundo y tercero de la Resolución número 116 del 1º de febrero de 1954. Dice así:

"'En primer término, porque cuando se expidió la Ley 50 de 1945 que derogó el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 y señaló una destinación especial a las sumas que se recauden por concepto del impuesto de gasolina que produzcan y consuman en sus explotaciones las empresas productoras de petróleos y sus derivados —la entidad contratista ni siquiera había iniciado el montaje de la planta de Road-Oil para la producción de gasolina planta que, según la propia afirmación del memorialista, apenas se inició a fines de 1950. Así que la ley 50 de 1945 simplemente anuló una mera expectativa de la Compañía y no un derecho adquirido de la misma. No habiendo, como no había en la fecha en que entró a regir la citada ley producción y consumo de gasolina en las explotaciones de petróleo de la Concesión Yondó, la exención tributaria que establecía el artículo 5º del Decreto 1302 de 1932 no había in-

gresado al patrimonio de la Compañía, para quien tal exención sólo había creado una situación jurídica abstracta, la que desapareció por virtud de la antecitada ley, conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887".

En este punto cabe advertir el error en que incurrió la Procuraduría al citar la ley 50 de 1945 como creadora del tributo. Claramente se ve que al hacerlo quiso referirse a que por ella se derogaba la exención establecida por el Decreto 1305 de 1932.

A las anteriores razones agrega la Procuraduría Delegada las siguientes:

1ª—Que habiéndose declarado por la ley 37 de 1931 de utilidad pública la industria del petróleo, la ley 50 de 1945 que acabó con la exención del impuesto, debe tener una aplicación general e inmediata al tenor de lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 153 de 1887 que dice: "Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por ley anterior, tienen efecto general e inmediato".

2ª—Que el principio general de que el Estado no puede, ni aun en los contratos administrativos, variar unilateralmente las estipulaciones pactadas en los contratos suscritos por él como entidad de derecho privado, no es absoluto y que a dicha regla escapan aquellos actos que afecten dichos contratos sólo de manera indirecta, porque se dicten en ejercicio de la facultad de imperio, como poder público soberano, como cuando legisla.

3ª—Que la circunstancia de que en los contratos se consideren incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no puede entenderse como que con tal inclusión se exima a la otra parte contratante de pagar los impuestos que la Nación pueda crear en lo futuro porque ello implicaría el traspaso a la Rama Ejecutiva de una facultad constitucional que corresponde privativamente al Congreso.

4ª—Por último, recuerda la jurisprudencia de la Corte (Tomo XLVII, pág. 377 a 379) conforme a la cual por el aspecto de la posterioridad de la ley tributaria en relación con la fecha de la concesión, debe tenerse en cuenta que cuando una ley grava derechos provenientes de contratos celebrados con anterioridad a ella, no modifica las convenciones porque el objeto de la nueva ley no es el contrato sino el estatuto legal tributario, y si éste afecta a los contratantes no es por ser tales contratantes sino por su calidad de contribuyentes.

Sintetizado así el pensamiento de las partes y habiendo recibido el negocio la tramitación que le es propia, se procede a resolver:

1.—Las súplicas de la demanda están redactadas con suficiente claridad y por ello no implica esfuerzo alguno comprender que la Cuarta y la Quinta se enderezan directamente a obtener la devolución de una suma de dinero que el Estado ha cobrado por concepto de un determinado impuesto.

En la cuarta se solicita la nulidad de las Resoluciones 116 y 823 de 1954 en cuanto se considera que por ellas se obligó a la Compañía a pagar "el correspondiente impuesto de consumo, y en consecuencia que la concesionaria no debe ni está obligada a pagar suma alguna por este concepto" (subraya la Sala). En la quinta se solicita la devolución de la suma líquida pagada por la Compañía de acuerdo con la liquidación que del mismo impuesto hizo al Ministerio respectivo.

Pero ocurre que las controversias de esta naturaleza están adscritas, de modo privativo, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con los artículos 271 y 275 de la ley 167 de 1941 que dicen:

"Artículo 271. Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo".

"Artículo 275. Las controversias sobre impuestos nacionales serán decididas por los Tribunales Administrativos en una sola instancia, cuando el monto de lo asignado es inferior a quinientos pesos ($ 500.00).

"En los demás casos, el fallo del Tribunal es apelable para ante el Consejo de Estado".

De las disposiciones anteriores se desprende que cada vez que a una persona se le liquide definitivamente un impuesto y considere que tal acto es ilegal, la acción que se consagra es la de acudir a los Tribunales Administrativos para solicitar que "se revise la operación administrativa". Lo anterior porque el acto por el cual se liquida un impuesto, o la operación administrativa por la cual éste se cobra, es un acto de imperio, dictado por el funcionario competente con base en las facultades de la ley creadora del tributo, de suerte que si esta ley no existe, o si existiendo se aplica indebidamente, la controversia que se suscite es de contención administrativa y por ello la competencia para resolverla reside

exclusivamente en la jurisdicción contenciosa, creada especialmente para que ejerza un control de legalidad sobre los actos de la Administración.

En el caso de autos no solamente se afirma en la demanda que existió una liquidación de impuestos sino que se ha traído copia de ella (fls. 17, 27 y 28 C. número 1); se han presentado los recibos de su pago, expedidos por el Ministerio de Hacienda y se solicita expresamente la devolución de las sumas de dinero pagadas por este concepto, todo lo cual está indicando que se está en presencia de un típico contencioso de impuestos, ajeno por entero a la justicia ordinaria.

Podría pensarse que la circunstancia de que el Ministerio de Minas hubiera ordenado su cobro al dictar las Resoluciones acusadas, y que por haberse alegado por los interesados en el recurso de reposición que contra ellas se interpuso, la existencia de un contrato suscrito con la Nación bajo la vigencia de una norma que exoneraba de este impuesto a las explotaciones de petróleo, el acto por el cual se ordena el pago del impuesto es interpretativo del contrato y que por lo mismo, es a la Corte a quien corresponde conocer de esta controversia conforme al artículo 40 del C. J. No es así, sin embargo, pues cuando el Ministerio de Minas en el numeral primero de la Resolución número 116 de 1954 declaró a la Compañía exenta de la obligación de pagar la regalía por concepto del crudo tratado en su planta, actuó en ejercicio de la potestad que le confieren los artículos 59 y 211 del Código de Petróleos que ordenan esta exención de manera general para todas las explotaciones establecidas bajo el imperio de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, y porque la Compañía demandante se hallaba bajo la situación general creada por tales leyes, pero no en ejercicio de una facultad derivada del contrato celebrado entre esa Compañía y el Estado colombiano: de la misma manera, cuando en el numeral 2º de la misma Resolución 116 ordenó cobrar el impuesto de consumo, lo hizo en ejercicio de una potestad derivada de las leyes 106 y 106-bis de 1927 que crearon este tributo e interpretando la ley 50 de 1945 que, estatuyendo por vía general, derogó la exención, también general, que había establecido el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932. El Ministerio no interpretó el contrato en este acto y se limitó a cumplir lo ordenado por una ley del Congreso de la República, creadora de una situación general, objetiva y abstracta.

Si se aceptara que la Corte puede conocer de los reclamos sobre impuestos como el de que aquí se trata, sería suficiente a todos los contratistas con la Nación que al liquidárseles cualesquiera de los creados con posterioridad a la celebración del contrato, se dirigieran al funcionario liquidador alegando que al tiempo de suscribirse el convenio el impuesto no estaba establecido, para substraerse así a la jurisdicción contenciosa y traer los litigios de esta naturaleza a la Corte, en abierta pugna con las disposiciones generales sobre competencia.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Corporación como puede verse, entre otros, del fallo de 26 de julio de 1944 en donde al estudiarse la exequibilidad de los artículos 3, 4 y 5 de la ley 67 de 1943 se hizo la distinción entre los actos de gestión y los actos de poder, para concluir que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad y en forma unilateral, sus decisiones son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, éstas deben resolverse por la jurisdicción contenciosa; y que, por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, sus actos son de gestión y las controversias que ellos susciten deben decidirse por la justicia ordinaria.

La imposición y cobro de impuestos constituyen actos de autoridad, dictados en ejercicio de la potestad de imperio que asiste a la Administración.

Y si como se vio atrás, las peticiones cuarta y quinta de la presente demanda se encaminan a resolver una controversia de esta índole, la conclusión lógica es la de que la Corte carece de competencia para resolverlas.

De esta suerte, el estudio de la demanda se contraerá a las demás peticiones que versan, esas sí, sobre la interpretación que deba dársele a una cláusula contractual.

2.—Como se recordará, tales peticiones se concretan a que por la Corte se declare "que el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932, es ley del contrato, y por tanto no puede ser modificado unilateralmente por ninguna de las partes" y que la derogatoria que de dicho artículo se hizo por la ley 50 de 1945 "no puede modificar, ni ha modificado la situación contractual...".

La base de la demanda se hace consistir en que estando vigente el Decreto 1305 que eximía a las empresas explotadoras de petróleo de la obligación de pagar el impuesto de consumo para el día 15 de septiembre de 1938, fecha en que el contrato se perfeccionó, la exención consagrada

en el artículo 5º del referido Decreto constituye un derecho adquirido para la Compañía demandante, porque de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887 "en el contrato se consideran incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

El artículo 38 de la ley 153 de 1887 se funda en el principio universal de que los contratos deben interpretarse de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su celebración para librarlos del peligro que para su solidez y firmeza entrañarían las constantes mutaciones en la legislación de un país.

Pero aceptado que tales normas constituyen guías de interpretación para esos contratos, surge el problema de saber si los derechos en ellos consagrados pueden considerarse como definitivamente adquiridos para los contratantes, sin que una ley nueva pueda desconocerlos.

Tomado en forma general, el problema no ofrece en nuestra legislación mayores dificultades porque el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza "los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Tampoco ofrece dificultad el conflicto que pueda surgir cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, pues el mencionado precepto ordena que el interés privado ceda ante el interés público.

El problema reside es en saber qué debe entenderse por derechos adquiridos, o simplemente por derechos, porque este vocablo lleva implícita, en sí mismo, la noción de algo que ya nos pertenece. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada y aún ha ensayado varias definiciones del derecho adquirido: "El derecho adquirido es un bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo, según la ley entonces vigente, y que de acuerdo con la misma ley entró en el patrimonio del titular". "Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos, a los cuales el Poder Público debe protección, tanto para defenderlos contra terceros como para asegurar todo su desarrollo". "Los derechos adquiridos son aquellos que hacen parte de nuestro patrimonio y están fuera del alcance de un tercero". (G. J. número 2016, octubre 5/44, pág. 3). Pero cada vez que la Corte ha tratado este punto, ha sido constante en afirmar que para que un derecho se pueda tener como adquirido es necesario que haya entrado definitivamente al patrimonio de quien lo alega; que no debe confundirse con las simples expectativas y que cuando una ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad. En esto la Corte ha seguido la doctrina de la mayoría de los autores que si bien están acordes en afirmar que las leyes sólo se proyectan para el futuro, distinguen los actos o hechos concluídos bajo la ley anterior, cuyos efectos se han ya producido definitivamente, y que, a no dudarlo, deben regirse por la ley antigua, de aquellos que aunque también realizados bajo el imperio de la ley anterior vienen a producir sus efectos durante la vigencia de la nueva, casos en los cuales sólo se configura lo que algunos denominan "derechos en expectativa", que no constituyen los propiamente llamados derechos adquiridos y que se rigen por la ley posterior. En el primer caso se trata de situaciones definitivas; en el segundo de esperanzas, de la posibilidad más o menos fundada de adquirir un derecho. Esta diferencia entre simples expectativas y los derechos propiamente dichos, así como también la posición de aquéllas y de éstos ante la ley nueva, está claramente consagrada en nuestra legislación por el artículo 17 de la misma ley 153 de 1887 invocada por el demandante y que dice: "Artículo 17. Las meras expectativas no constituyen derechos contra la ley que las anule o cercene".

Sentadas estas bases, y como el demandante en este juicio estima que la excepción consagrada en el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 constituye para él un derecho adquirido que no puede ser menoscabado por la ley 60 de 1945 que acabó con la exención, no considera la Sala necesario detenerse a estudiar si en el caso aquí planteado se configuran o no derechos adquiridos, porque no podría hablarse de ellos en tratándose de impuestos, o sea, del ejercicio de una función que se confunde con la soberanía nacional y que se ejercita libremente por uno de los Organos del Estado. Esto no significa que no se estudien los efectos que pueda producir la incorporación en los contratos de todas las normas vigentes al tiempo de su firma, aspecto que se considera en el capítulo siguiente.

3.—Como las peticiones de la demanda fueron redactadas en forma de obtener de la Corte la

declaración de que el Decreto 1305 es ley del contrato, que no puede ser modificada unilateralmente por ninguna de las partes y que su derogatoria no ha modificado la situación contractual, se considera:

Según se vio anteriormente, la incorporación en los contratos de todas las leyes vigentes al tiempo de su firma, impuesta por el artículo 38 de la ley 153 de 1887, se encamina a rodear de solidez y firmeza las relaciones jurídicas entre particulares.

Pero no es ésta la única finalidad de esta norma. Por ella se quiere también obligar a los contratantes a que atemperen su conducta al orden jurídico general, a determinadas normas superiores que el legislador ha considerado indispensables para la buena marcha de la sociedad, y a impedir que por convenios particulares se hagan ineficaces los principios generales consignados en ellas. Por esa razón el artículo 16 del C. C. establece que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

En virtud de la primera significación y tomando el problema de una manera simple, podría afirmarse que las leyes así incorporadas a los contratos constituyen cláusulas contractuales; pero si se recuerda que la ley es por su propia naturaleza creadora de situaciones generales y abstractas, forzoso es concluir que las situaciones jurídicas así formadas en el contrato son también diferentes de las creadas por las cláusulas que deben su origen al convenio particular de voluntades y, por ende, diferentes también los efectos jurídicos que tales situaciones puedan producir.

En efecto: las leyes reglan de una manera impersonal, y objetiva, lo que vale decir que las situaciones jurídicas así establecidas miran al interés colectivo y trascienden al público en general, en tanto que las cláusulas contractuales propiamente dichas, como fruto exclusivo del querer de las partes, no pueden sino crear situaciones concretas cuyos efectos no pueden sobrepasar el ámbito privado que les ha dado origen.

Por ser creación exclusiva del Estado y dictadas en ejercicio de su poder de imperio, las leyes vigentes incorporadas a los contratos al tiempo de su celebración, crean para los contratantes un status legal que rebasa la situación jurídica concreta creada por el acuerdo particular de voluntades en virtud de las verdaderas cláusulas contractuales.

Se comprende así fácilmente que la jurisprudencia y los autores hayan considerado siempre que la incorporación en los contratos particulares de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no tiene otro alcance que el reglamentario e interpretativo de la voluntad que las partes hayan querido expresar, y que esto no significa que tales leyes puedan ser tomadas como verdaderas cláusulas contractuales, de naturaleza y alcance semejantes a las que deben su origen al asentimiento privado.

Lo que ocurre es que en virtud de la incorporación en los contratos de todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la situación jurídica individual creada por aquéllos, está siempre complementada por otras de carácter general, verdaderos status legales: que el Estado interviene, por así decirlo, en todos los contratos que se celebran y ordena que éstos se rijan por dos clases de normas: las que establecen una relación de coordinación entre las partes y las que establecen una relación de subordinación entre éstas y el Estado, en su carácter de poder público soberano. Ahora bien: si la característica esencial de las situaciones jurídicas individuales es la de ser inmodificables, la característica esencial de toda situación general y del acto que la crea, que no puede ser otro que el legal y reglamentario, es la de ser modificable y revocable en cualquier tiempo. Dice Jeze (pág. 119, Tomo I, Principios Generales de Derecho Administrativo): "La derogación de una ley o de un reglamento es posible en cualquier tiempo. La característica de la situación jurídica general y del acto que la crea, es la de poder modificarse en cualquier tiempo. Políticamente es absurdo, quimérico y hasta criminal pretender encadenar las generaciones sucesivas a las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., de la actualidad, aunque ellas estuviesen en contradicción absoluta con el ideal del momento, con la moral de la moda, con la justicia dominante, con las necesidades políticas, económicas, etc. Esto equivale a incitar a una generación hacia la revolución y hacia la violencia. Si una generación cualquiera formulara, por el Organo de su Parlamento, la pretensión grotesca de reglar no variar la suerte y la conducta de las generaciones sucesivas sobre tal o cual punto, su voluntad no tendría eficacia política, ningún valor jurídico. Habría ejercido un poder que no le pertenece,

políticas ni jurídicamente y que nunca podría pertenecerle".

Cosa diferente es que los efectos de la revocatoria del acto reglamentario, conforme al aforismo tempus regit actus, no puedan borrar, en lo pasado, los efectos jurídicos ya producidos, y por eso se ha dicho que los status legales reglamentarios sólo pueden ser modificados para lo futuro, por vía general o impersonal. (Subrayas de la Sala).

Se hace, pues, necesario como aconseja el autor antes citado, prestar mucha atención al estudio de la naturaleza de los actos jurídicos, pues existen algunos "que, en apariencia son actos contractuales pero que en realidad son actos complejos que comprenden, al lado de un contrato propiamente dicho, una ley, un reglamento" y en los cuales, si bien es imposible revocar o modificar las estipulaciones concretas, nada impide, desde el punto de vista jurídico, que las situaciones generales e impersonales creadas por la ley o leyes en ellos incorporadas, puedan ser revocadas o modificadas para lo futuro por la vía unilateral del Estado, único facultado para establecerlas. (Subrayas de la Sala).

Por eso el carácter general de la norma del artículo 38 comentado que manda no sólo incorporar en los contratos las leyes civiles reguladoras de las relaciones entre particulares, sino también las de derecho público que reglamentan los actos legales complementarios que rigen los contratos.

Aplicando los principios anteriores al caso en estudio, se tiene: 1º Que en ninguna parte del contrato celebrado entre la Nación y la Concesionaria Shell-Cóndor se estipuló entre las partes la cláusula que eximiera a ésta del pago del impuesto sobre el consumo de gasolina y que solamente se entendió que en él "se consideran incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887". 2º Que ni en virtud de la incorporación anterior, el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 que consagraba la exención del impuesto a favor de las empresas productoras de petróleo quedó incorporado en dicho contrato, esta incorporación no significa que sea ley del mismo en el sentido de crear para las partes una situación particular y concreta, sino en el de someter ese acuerdo a un status legal complementario del creado por las partes en las cláusulas de origen privado. 3º Que el status legal así producido era esencialmente revocable por el Legislador en ejercicio de su poder de imperio. 4º Que habiendo sido derogado el Decreto-ley 1305 por la ley 50 de 1945, el status legal establecido por aquél desapareció entre las partes. 5º Que suprimida la exención del impuesto de consumo de gasolina, la Compañía demandante se halla sometida a la situación general e impersonal creada por las leyes fiscales para todos los contribuyentes del impuesto en referencia. (Subrayas de la Sala).

Que las anteriores conclusiones son jurídicas lo demuestra simplemente el hecho de que —usando el mismo razonamiento de la Compañía demandante— si en el contrato se consideraron incorporadas todas las leyes vigentes, entre ellas el Decreto-ley 1305, también quedaron incorporados los artículos 76 y 80 de la Constitución Nacional en donde se establece que corresponde al Congreso hacer las leyes; que por medio de éstas ejerce, entre otras atribuciones, las de interpretar, reformar y derogar las preexistentes; que al mismo Congreso corresponde establecer las rentas nacionales, decretar impuestos extraordinarios y, en fin, que las leyes sobre contribuciones deben tener origen en la Cámara de Representantes. De donde se concluye que si el Decreto aludido debiera ser considerado como ley del contrato, debieran serlo también las mencionadas normas de la Constitución, y que si hubiera de considerarse pactada entre las partes la exención del impuesto, debe considerarse igualmente pactada la facultad para el Estado de derogar dicha exención. (Subrayas de la Sala).

Consecuencia de todo lo anterior es que si el Decreto 1305 de 1932 es ley del contrato, lo es solamente en su carácter de ley interpretativa de sus cláusulas; que por su incorporación en él no perdió su propia naturaleza de acto reglamentario, esencialmente revocable por el Legislador; que de su derogatoria por la ley 50 de 1945 no puede predicarse que haya modificado la situación contractual ya que no creó entre las partes una situación particular y concreta que las vinculara definitivamente.

Todas estas razones llevan a la Corte a concluir que no puede accederse a las peticiones primera y segunda de la demanda.

Con relación a la tercera subsidiaria y como ésta persigue la declaración de que no puede cobrarse a la Compañía demandante el impuesto de consumo de que se ha hablado, basta decir que no podrá accederse tampoco a ella porque para hacerse habría de aceptarse que el Decreto 1305 de 1932 creó para las partes una situación

particular, de carácter definitivo y, como se vio anteriormente, tal cosa no ha ocurrido en el caso de autos.

Decisión:

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECLARA:

1º — No es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en los puntos primero, segundo y tercero, este último subsidiario, de las peticiones de la demanda.

2º — No es tampoco el caso de resolver sobre las peticiones cuarta y quinta de la demanda, por incompetencia de jurisdicción.

Costas a cargo de la parte actora.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR LA OCUPACION PERMANENTE DE UNA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS

En lo referente a la petición de que se indemnicen los perjuicios provenientes de los daños causados en el predio del demandante, a causa de la inundación proveeda por la apertura de zanjas o canales laterales a la carretera construída por la administración pública, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, consignada en recientes fallos dictados en negocios similares al presente, en los que se contempla la acumulación de acciones de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, y resarcimiento de perjuicios causados con la construcción de las mismas obras, la competencia de la Corte se contrae exclusivamente, de acuerdo con el fallo de inexequibilidad de los artículos 281 a 283 de la ley 167 de 1941, a la primera de dichas acciones, pero no a la segunda.

NOTA DE LA RELATORIA — Véase al respecto, la sentencia de esta misma Sala de Negocios Generales de julio 16 de 1956, publicada en el Tomo LXXXIII, número 2170, página 361 y siguientes de la GACETA JUDICIAL, sentencia en la cual sí se decretó la indemnización correspondiente a los daños sufridos por el inmueble a causa de las inundaciones provenientes de la construcción de zanjas o canales laterales a la carretera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, tres de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Conoce esta Sala el presente negocio por virtud de la sentencia de inexequibilidad pronunciada por la Sala Plena de la Corte con fecha 20 de junio de 1956, y de conformidad con el Decreto número 0293 de 15 de febrero de 1956.

Las señoras Elisa García de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, vecinas de Bogotá, por medio de apoderado presentaron ante el Consejo de Estado el 23 de julio de 1954, demanda contra la Nación, sobre indemnización por trabajos públicos, en la cual solicitan que se hagan estas declaraciones:

"Primera. — La Nación Colombiana es civil o administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios materiales sufridos por las señoras: Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, y que fueron causados con motivo de la construcción del trabajo público nacional conocido con el nombre de Carretera Directa Cali-Palmira, al destinar el Estado Colombiano para dicha vía, una zona de terreno de propiedad de las actoras, situado en jurisdicción del Municipio de Cali (Valle), sobre la prolongación de la Avenida Primera entre las futuras calles 66 a 72 de Cali, entre los kilómetros 6 y 7 de la citada carretera, yendo de Cali hacia Palmira, y singularizado tal inmueble con una cabida de 14.170 metros (catorce mil ciento setenta) metros cuadrados, dentro de los siguientes linderos especiales: Por el Norte en una longitud aproximada de 360 metros, con el camino público conocido con el nombre de Paso del Comercio; por el Sur, en longitud aproximada de 350 metros, con predios de las actoras; por el Oriente, en una longitud aproximada de 35 metros con predios que fueron de Fortunato Garcés Valencia, hoy día de Angel María Cajigas; y por el Occidente, en una longitud aproximada de 30 metros con predios que fueron de la sociedad Inmobiliaria San Luis Ltda. Se advierte que los costados Oriental y Occidental están actualmente ocupados por la obra pública en referencia. Y los cuales daños y perjuicios no sólo se causaron por aquella ocupación, sino además por haberse puesto la Nación Colombiana a extraer materiales de construcción y préstamos de tierras, para el relleno de esa vía; y también por haber hecho la Nación dos profundas excava-

cianes de 40 metros de anchura, por 3 metros de profundidad y 380 metros de longitud, al lado de la banca central o terrapién por donde va la carretera propiamente dicha, y los cuales canales o excavaciones represán las aguas lluvias, y las aguas provenientes de los ríos Cauca y río Cali, y sirven de conducto para que cuando aquellos ríos crecen, sus cauces se desvíen por esas zanjas y penetren en la hacienda de las actoras, causando enormes estragos. Por otra parte, los perjuicios que se reclaman son causados por el estancamiento de las aguas lluvias, permanentemente, en frente al resto de la hacienda de las actoras.

"**Segunda.**—En consecuencia, **CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA** a pagar a las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, dentro del plazo fijado por las leyes, a título de indemnización, las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de **treinta y cinco mil cuatrocientos veinticinco pesos** en moneda legal colombiana ($ 35.425.00 m. l. c.) o la que resulte de justa tasación de peritos designados legalmente, como precio de aquellos 14.170 metros cuadrados ocupados por la Nación y valor que representa el daño emergente sufrido por las actoras;

"b) Los intereses legales de la cantidad a que ascienda la condena precedente y los cuales deberán computarse desde el 20 de noviembre de 1952, hasta cuando la Nación Colombiana pague a las actoras el valor íntegro de la zona destinada a aquella vía pública y el valor que representa el lucro cesante sufrido por las demandantes.

"c) El precio de los materiales de construcción o préstamos de tierras, que fueron extraídos de la hacienda de las actoras, y conocida con el nombre de Lote B-2 en que fue dividida materialmente la hacienda de 'San Luis' según escritura pública número 1061 de 1951 (septiembre 5) de la Notaría Cuarta de Cali y cuya cuantía sobrepasa de $ 25.000.00 en moneda legal colombiana, pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación de peritos designados en la forma legal.

"d) El monto total de la desvalorización o de los perjuicios sufridos por las actoras, en el resto de su predio o sea en el lote B-2 en que fue dividida la hacienda de 'San Luis', ya mencionada arriba, y ocasionados por la forma como fue adelantada aquella construcción de la Carretera Directa: Cali-Palmira, y especialmente por la existencia de los canales o zanjas que fueron hechas en frente del resto del lote anotado, y los cuales demeritan la propiedad de las actoras, alinderado como se indicará en los hechos del libelo, y cuya cuantía estimo en la cantidad de $ 90.000.00 en moneda legal colombiano, pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación hecha por peritos designados en forma legal.

"**Tercera.**—Las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, deberán otorgar a favor de la Nación Colombiana, simultáneamente con el pago de la condena que se haga en este juicio, la Escritura Pública por al cual se transfiere al Estado Colombiano la propiedad del inmueble ocupado con motivo del trabajo público antes mencionado.

"**Cuarta.**—Las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, como propietarias de las zonas adyacentes o colindantes con la Carretera Directa: Cali-Palmira, solamente quedan obligadas a pagar como contribución de valorización, ocasionada por esa obra pública nacional, al Tesoro Nacional, la suma de dinero que sea fijada por el H. Consejo de Estado, en armonía con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941, pero sólo en el caso de que no sea tenida en cuenta la exención de valorización que a favor de las actoras fue hecha por la Nación según consta en la escritura pública número 3259 de 1949 (octubre 26) de la Notaría Primera de Cali.

"**Quinta.**—En el evento de que el H. Consejo de Estado en armonía con lo pedido en el punto precedente estime que el resto de la propiedad de las actoras, y de la cual se tomaron los 14.170 metros cuadrados, se haya valorizado con motivo de la construcción de la obra pública nacional conocida con el nombre de Carretera Directa Cali-Palmira, pido expresamente a la Corporación que se tenga en cuenta la exención concedida por la Nación Colombiana, a dichas propietarias, del referido impuesto, al tenor de lo estipulado en la escritura pública número 3259 de 1949 (octubre 26) de la Notaría Primera de Cali.

Los hechos

Las anteriores peticiones aparecen apoyadas en los hechos siguientes, fielmente sintetizados:

1º — Las demandantes son dueñas inscritas de un lote de terreno segregado de la antigua hacienda "San Luis", de la jurisdicción del munici-

pio de Cali, marcado en la división de la referida hacienda con el número B-2, alindado así: Por el Norte, en 345,50 metros, con la carretera que de Cali conduce al Paseo del Comercio; por el sur, en 192,50 metros con el lote I-2 adjudicado en la misma partición material a Carlos Garcés Valencia: por el Oriente, en 921 metros con el lote C-2 adjudicado en la misma partición a Fortunato Garcés Valencia, y de propiedad actualmente de Angel María Cajigas; y por el Occidente, en 795,60 metros con el lote A-2 adjudicado en la misma partición material a la sociedad "Inmobiliaria San Luis". Este lote le fue adjudicado a las demandantes Garcés de Tamayo, Garcés de Collins y Garcés de Castro, en la partición material de la hacienda de San Luis, en común, según consta de los términos de la escritura número 1064 de 5 de septiembre de 1951, de la Notaría 4ª de Cali, y también en la escritura de ratificación otorgada por la última de las partícipes nombradas, marcada con el número 759 de 16 de junio de 1952, de la misma Notaría.

Por lo demás, las actoras adquirieron sus derechos sobre la hacienda de "San Luis", en virtud de adjudicación que se les hizo en el juicio sucesorio de doña Mercedes Valencia de Garcés, según aparece de la escritura número 2530 de 20 de agosto de 1949, de la Notaría Primera de Cali. Dicha hacienda se encontraba alindada así: Norte, cerca de alambre de por medio, con el Camino Público o carretera que de Cali conduce al Paseo del Comercio; por el Sur, cerca de alambre de por medio, con finca o predio que pertenece a los herederos de Abraham Domínguez; por el Oriente, el río Cauca; y por el Occidente, en parte, con terrenos de la sociedad Hernando Bueno & Vicente Caldas, y el resto con terrenos de los mismos herederos de Abraham Domínguez y de la extinguida sociedad Hormaza Hermanos.

2º Sobre el lote B-2 adjudicado como se ha dicho a las actoras en forma proindivisa, construyó la Nación la carretera conocida hoy con el nombre de "Carretera Directa Cali-Palmira", para lo cual ocupó una zona perteneciente a dicho lote, cuya superficie es de 14.170 metros cuadrados.

Esta obra fue ordenada construir en el Decreto Legislativo número 0116 de 1951 (enero 19), por medio del cual se fijó el Plan Vial de Carreteras Nacionales para los años de 1951-1954, como parte de la Troncal Occidental allí prevista.

3º El Gobierno, en desarrollo de dicho Decreto-Ley, dictó el marcado con el número 701 de 13 de marzo de 1952, por medio del cual fueron declaradas de utilidad pública las zonas necesarias para la construcción de la llamada recta Cali-Palmira, quedando comprendida dentro de dicho Decreto la faja o zona de 14.170 metros cuadrados de propiedad de las señoras Garcés de Tamayo, Garcés de Collins y Garcés de Castro. Dispuso también el Gobierno en ese Decreto que el Ministerio de Obras Públicas debía proceder a celebrar con los dueños de los terrenos afectados, los respectivos contratos de adquisición, y que en caso de no ser posible llegar a un acuerdo directo con los dueños, se procedería a iniciar los juicios de expropiación correspondientes.

El Gobierno Nacional, por intermedio de la empresa contratista Raymond Concrete Pile Co. of South America, sin que hubiese llamado a las demandantes para negociar la zona correspondiente al lote B-2 ya expresado, y sin que hubiese promovido aún el juicio de expropiación previsto en el Decreto 701 de 13 de marzo de 1952, procedió a ocupar, cercándolo, el terreno o faja señalado para la mencionada recta Cali-Palmira, lo que se hizo "a mano fuerte", hecho que ocurrió en los días comprendidos entre el 20 y el 30 de noviembre de 1952.

4º—La Nación no tan sólo se ha aprovechado de la faja de terreno destinada a la construcción de la variante o recta Cali-Palmira, sino que con la ejecución de esa obra pública ha ocasionado los siguientes daños a las demandantes:

a) Aislamiento del inmueble con relación a la nueva vía, debido a que a cada lado de ésta fueron abiertas sendas zanjas o canales que tienen una profundidad de 8 mts. por una longitud de 350 metros, o sea la longitud total del costado norte del lote B-2, zanjas que permanecen llenas de las aguas provenientes de lluvias y del río Cauca, con el cual se comunica una de dichas zanjas o canales. A la vez, dentro del mencionado lote se ha venido a formar un lago artificial con el estancamiento de esas aguas.

b) Debido a ese mismo hecho, y a consecuencia de la descomposición de las aguas depositadas, se producen allí malos olores y son un foco o criadero de mosquitos y larvas de gran peligro para la salud.

c) El lote B-2, situado sobre la prolongación de la Avenida Primera de la ciudad de Cali, tenía facilidades para ser urbanizado, cualidad que ha perdido por los motivos anteriormente expues-

tas, resultantes de la forma antitécnica con que fue construida la Recta en referencia.

d) Tampoco se puede aprovechar el lote para dehesa, pues la inundación a que quedó expuesto dicho inmueble origina la pérdida de los pastos, ya porque éstos se descomponen, ya también porque se han llenado de malezas.

5º—Las dos zanjas o canales laterales de que se viene hablando, fueron hechas por la empresa contratista anteriormente mencionada "con el fin de economizarse la compra de materiales de construcción, y precisamente para ir rellenando la banca central".

De otro lado, la vía o recta Cali-Palmira no tiene obras de arte ni desagües en la parte que corresponde al lote B-2, "lo que hace resaltar mucho más los perjuicios anotados".

6º—Los demandantes, desde el mes de septiembre de 1953, se han dirigido al Ministerio de Obras Públicas para proponer un arreglo formal del problema, hasta el punto de ofrecer al Gobierno que se abstendrían de ejercitar cualquier acción judicial a cambio de que aquél se comprometiera a rellenar las zanjas o canales laterales de que se ha hablado; mas el Ministerio "no ha resuelto nada".

7º—Propuesta la presente acción, los demandantes esperan que en el fallo que ponga fin al litigio se defina, con base en lo dispuesto en el artículo 268 del C. C. A., lo referente a la valorización o desvalorización de la parte del lote B-2 que no fue objeto de ocupación por el Estado; mas, al mismo tiempo, alegan en su favor la circunstancia de que la Nación, de acuerdo con lo expresado en la escritura pública número 3259 de 25 de octubre de 1949, de la Notaría Primera de Cali, instituyó a su favor, al igual que respecto a los demás condueños de la finca "San Luis", "la exención de valorización con motivo de la construcción de aquella vía pública".

Finalmente, en la demanda se alegan estos otros hechos que, en sentir del actor, dicen relación con las exigencias del artículo 264 del C. C. A.:

"a) Que las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, reclaman estas indemnizaciones, en su carácter de dueñas en común y proindiviso, con posesión inscrita, del inmueble apropiado por la Nación para la obra pública en referencia; b) Que los hechos que causan las presentes indemnizaciones, son los puntualizados en las súplicas y en los hechos de este libelo; c) Que el funcionario que ordenó la ocupación, fue el señor Ministro de Obras Públicas, de esa época, doctor Jorge Leyva. d) Que la obra pública anotada fue realizada por comisionados o delegatarios del Ministerio de Obras Públicas, o sea, por la Raymond Concrete Pile Co. of South America y Contratistas & Constructores, Ltda.; e) Las indemnizaciones valen más de $ 100.000.00 en moneda legal colombiana".

En cuanto a derecho, en la demanda se invocan estas disposiciones legales: Art. 30 de la Constitución; el Capítulo XXII, Título 4º del C. C. A., y los artículos 1613 y siguientes del C. Civil y 2341 y siguientes de la misma obra.

Con la demanda se trajo el Diario Oficial número 27.821 de 5 de febrero de 1952, en ejemplar debidamente autenticado, donde aparece publicado el contrato de administración delegada celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Raymond Concrete Pile Co., referente a la construcción de la recta Cali-Palmira.

De la tramitación surtida en el Consejo de Estado, se tiene:

El Fiscal de dicha Corporación, al contestar el traslado de la demanda, se opone a que se hagan las declaraciones en ella impetradas, y en cuanto a los hechos, manifiesta que se atiene a lo que resulte probado en el juicio.

Las pruebas

Abierto a prueba el juicio, se allegaron las probanzas que en seguida se relacionan:

Inspección ocular practicada con intervención de peritos ingenieros por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo del Valle, en comisión, el día 27 de octubre de 1954 (fol. 87 v. del C. número 1) sobre el lote B-2 y sobre la vía Recta Cali-Palmira, en la parte afectada por las inundaciones de que trata la demanda. De acuerdo con lo que expresa el acta respectiva, se logró sin dificultad alguna el reconocimiento del predio citado, y de la zona ocupada por la recta Cali-Palmira. En el sector inspeccionado se encontró "que el lote de terreno antes determinado (B-2) y alinderado está a una distancia de cuarenta metros poco más o menos de la banca de la carretera que hoy día se conoce con el nombre de Recta Cali-Palmira y que antiguamente se llamó carretera del Paso del Comercio hacia la margen derecha de dicha vía yendo de Cali hacia Palmira, por lo que puede decirse que el citado inmueble de propiedad de las demandantes está atra-

vesado por la citada vía pública...": "que al lado que da hacia la carretera referida, existe una zanja bastante profunda que al parecer fue construída por las personas o entidad que construyó la citada carretera recta Cali-Palmira, zanja ésta que se encuentra llena de agua y que impide el acceso de la carretera mencionada hacia el predio de las demandantes y sólo se le construyó una especie de relleno a manera de puente, en número de dos que es por las únicas partes por donde se puede penetrar de la carretera referida al predio de las demandantes": "que parte del predio de las actoras ya determinado y alinderado (sic), está inundado con aguas del río Cauca pues cerca de dicho predio no hay ningún otro río o afluente distinto al río Cauca que pudiera ser el causante de dicha inundación". Una vez inspeccionado el sitio donde existe el frente del Paso del Comercio o 'Ignacio Rengifo', sobre el río mencionado, se observó: "que hacia el lado norte del citado puente, barranca occidental del río Cauca, a una distancia de cincuenta metros poco más o menos, existe una especie de canal por donde está entrando el agua del río Cauca a la zanja que del puente del Cauca antes nombrado va a morir hasta cerca de la casa de la hacienda de San Luis, o sea hasta donde empieza el predio de las actoras yendo de dirección de Cali hacia Palmira, pues se pudo observar que por ese canal es por donde entran las aguas que han inundado el predio de las demandantes...

Entre el predio de las demandantes y el río Cauca media una distancia aproximada de un kilómetro". Asimismo se halló que "Al lado izquierdo de la misma carretera de Cali al Paso del Comercio o recta Cali-Palmira hay otro canal o zanja bastante profunda por donde se observa igualmente que está lleno de aguas al parecer procedentes de la que entra del río Cauca por el boquete o canal antes mencionado ya que adelante del puente de que se viene haciendo referencia existen alcantarillas por debajo de la citada carretera que fácilmente permiten que las aguas que penetran por el susodicho canal o boquete puedan pasar hacia la zanja y predios del lado izquierdo de la nombrada carretera...". Y más adelante se expresa lo siguiente: "A simple vista se observa también que la banca de la carretera directa Cali-Palmira, ha sido construída en el sector entre el predio de las demandantes y el puente sobre el río Cauca, denominado 'Ignacio Rengifo' o 'Paso del Comercio', mediante exacciones de tierra a lado y lado de dicha carretera, lo que se deduce de las concavidades que al respecto aparecen y que son las que siempre quedan en obras de esta naturaleza" y que "la expresada banca de la carretera tiene una altura de tres metros más o menos en algunas partes, en el sector comprendido entre el predio de las actoras y el puente sobre el río Cauca...".

También dejó testimonio el Tribunal comisionado de que "las fábricas ubicadas en la carrera 1ª con calle 50 que es la última de ellas o sea la de Chicles Adams están situadas a una distancia de unas 18 cuadras poco más o menos".

Dictamen pericial

Los dos peritos principales y el tercero que actuaron en la inspección ocular de que se acaba de dar cuenta, rindieron de común acuerdo el siguiente dictamen sobre la existencia de los daños ocasionados con el trabajo público de la Recta Cali-Palmira, sobre el predio de las actoras:

Primeramente se dedican a determinar la superficie verdadera de la zona ocupada con la expresada carretera, y luego de anotar las medidas correspondientes, con vista de los planos levantados por la firma constructora, expresan que tal superficie es de 14.170 m2. "La zona en mención —añaden los expertos— está actualmente ocupada por la construcción de la obra pública nacional ya citada: está cercada actualmente con posteadura de cemento y con alambres de púas".

En seguida afirman que la expresada faja de terreno "comprende la parte principal del predio B-2 en que fue dividida materialmente la hacienda de 'San Luis', según consta de la escritura pública 1064 de 1951 de la Notaría Cuarta de Cali...".

Pasan luego —siguiendo el cuestionario sometido a su estudio— a estimar el valor comercial de los 14.170 metros cuadrados que integran la parte de terreno ocupado por la Nación, y con fundamento en factores de diferente índole que anotan pormenorizadamente, y sobre la base de un avalúo de $ 1.50 el metro cuadrado, estiman que la expresada zona valía en la época de su ocupación, la suma de $ 21.255.00 moneda legal colombiana, y que, habida consideración de la inundación producida en el sector inspeccionado, en su concepto, desde el mes de noviembre de 1952, la propiedad raíz afectada con dicha obra se ha desvalorizado a razón de $ 0.50 por metro cuadrado, resultando de ello que el valor actual de la misma zona es de $ 14.170.00 m. l. colombiana.

Continúan los peritos con la liquidación de los intereses legales de la suma de $ 21.255.00 desde el 30 de noviembre de 1952 al 24 de noviembre de 1954, y expresan que dichos intereses ascienden a la suma de $ 2.250.60.

Contestando el punto e) del cuestionario, referente a la valorización o desvalorización del resto del lote B-2 de las actoras, expresan los peritos:

"Por la época en que se adelantaba la carretera directa Cali-Palmira, o sea en el mes de noviembre de 1952 y subsiguientes y cuando apenas se comenzaba dicha obra, aquel lote, como ya lo dejamos consignado en otro lugar de este concepto, la tierra valía en ese sector a razón de $ 1.50 el metro cuadrado...

"Pero según pudo observar el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el día en que se llevó a cabo la diligencia de inspección ocular a la zona ocupada por la Nación, a lo largo de la banca central de la carretera propiamente dicha, fueron construídas dos profundas zanjas o chambas, las cuales en unos trayectos tienen hasta dos metros de profundidad y la banca central de tres a cinco metros de altura. Ya se dejó dicho que dichas chambas fueron hechas con el fin de sacar materiales de construcción a fin de rellenar la banca central de aquella carretera.

"Igualmente el personal de la diligencia se dio cuenta, y las fotografías que se sacaron allí lo documentan, que fue abierto un peligroso boquete a una de las orillas del río Cauca, colindante con la hacienda de 'San Luis', por el cual boquete penetran las aguas de dicho río, recorren el canal que da frente al resto del predio de las demandantes, y van a morir o a inundar aquella propiedad.

"Es decir que hoy día el resto de la propiedad de las actoras es una propiedad que no puede ser utilizable para urbanizarla y montar en ella fábricas industriales, porque el agua del río Cauca lo inunda, y la causa de la inundación es la forma como fue adelantada y construída la carretera directa Cali-Palmira en aquel sector. Tampoco el resto de los terrenos pueden ser utilizados para mantener ganados, porque las aguas que inundan aquel potrero, pudren los pastos, como lo testimoniaron algunos de los testigos que declararon en este juicio. Tampoco puede ser utilizado para agricultura, porque como lo pudo observar directamente el personal que concurrió a la inspección ocular, el potrero se inunda y las sementeras se dañan, ya que las aguas se mantienen por algún tiempo inundando el terreno.

"Por otra parte la presencia permanente de las aguas del río Cauca que corren por el canal tantas veces mencionado, y que permanece casi todo el año, como lo declaran los testigos que han rendido declaración, posadas en frente del predio de las señoras Garcés, y la presencia de las aguas que inundan igualmente el resto del predio de las mismas señoras, ocasiona el que aquel lote, sea poco comercial para negociarlo...

"Ahora bien, como lo pudo igualmente observar el personal de la diligencia, la finca de las actoras, tenía antiguamente una carretera de acceso a su frente, por lo cual no puede aceptarse que la carretera directa haya causado alguna valorización por ese aspecto...

"Por todas las anteriores circunstancias estamos en capacidad de afirmar que el resto del lote B-2 de propiedad de las demandantes, en vez de valorizarse con motivo de la obra pública mencionada, se ha desvalorizado o demeritado a razón de $ 0.50 el metro cuadrado. En consecuencia, estimamos el valor del demérito o desvalorización del resto de dicho predio en la cantidad de **ciento cinco mil cuatrocientos un pesos** ($ 105.401.00) m. l. colombiana".

Respecto al punto f) del cuestionario, relacionado con el costo de las obras de defensa que deberán hacer las demandantes para evitar la inundación y mejorar las condiciones actuales del predio tantas veces citado, dicen que para hacer el relleno de las zanjas laterales, de las cuales se extrajeron 10.050 metros cúbicos de tierra, se necesitaría una cantidad igual de dicho material. Mas como aún haciendo tal relleno siempre quedaría un desnivel considerable con relación a la altura de la banca central de la carretera, estiman que para colocar el terreno a un mismo nivel, se necesitaría de 23.945.09 metros cúbicos de tierra, que sumados a los 10.050 anteriores, dan un total de 33.995.09 metros cúbicos. El valor de éste lo estiman a razón de $ 1.00 por metro cúbico puesto en el sitio de destino, o sea que el relleno vendría a costar la cantidad de $ 33.995.09 m. l.

Fotografías

La prueba pericial está ilustrada con varias fotografías del sector inspeccionado, a cuyo pie aparece una leyenda explicativa, autorizada con la firma del Presidente del Tribunal Seccional

Contencioso-Administrativo del Valle y su Secretario.

Planos

También hacen parte de la prueba pericial analizada una copia debidamente autorizada del plano o mapa del Plan Piloto de la ciudad de Cali; una copia del plano del lote B-2, y otra de la hacienda "San Luis", de la cual aquél hizo parte.

Títulos y tradición del inmueble

Como títulos encaminados a demostrar la propiedad de las demandantes sobre el lote de terreno B-2 segregado de la antigua hacienda "San Luis", se encuentran en los autos las siguientes escritura pública, en copias debidamente registradas:

La número 1.030, fechada el 20 de agosto de 1949, por medio de la cual se hizo protocolización del juicio de sucesión de la señora Mercedes Valencia v. de Garcés, extendida ante el Notario 1º de Cali, donde aparece la hijuela formada a las herederas Elisa, Myriam y Amparo Garcés Garcés (en representación de la herencia de su padre Luis Garcés Valencia), a quienes se adjudica en común un derecho de dominio equivalente a la suma de $ 55.555.50, vinculados a la finca rural denominada San Luis, alindada en la demanda. (Fol. 76 v.).

La número 1.226 de la Notaría 4ª de Bogotá, fechada el 20 de agosto de 1951, por la cual José María Tamayo, en representación de Elisa Garcés Garcés, y Myriam Garcés de Collins, en su propio nombre, confieren poder especial al doctor César Castro Perdomo para que celebre con los demás partícipes de la hacienda "San Luis" el acuerdo necesario para la división material del expresado inmueble, y otorgue la correspondiente escritura pública. (Fol. 64).

La marcada con el número 1.004 de la Notaría 4ª del Circuito de Cali, fechada el 5 de septiembre de 1951, en la cual se hizo protocolización del contrato, planos y poderes relativos a la división material de la hacienda "San Luis", que perteneció a la sucesión de Mercedes V. v. de Garcés. Consta allí que a las partícipes Amparo Garcés de Castro, Myriam Garcés de Collins y Elisa Garcés de Tamayo se les adjudicó, en común, el lote B-2 determinado en la expresada división, cuyos linderos son los mismos citados en la demanda. (Fol. 58).

La número 759, de fecha 16 de junio de 1952, otorgada en la Notaría 4ª de Cali, por la cual Amparo Garcés de Castro ratifica el convenio sobre división material de la hacienda "San Luis", de que trata la escritura anteriormente relacionada. (Fol. 67).

Permuta celebrada con la Nación

Igualmente se trajo a los autos copia registrada de la escritura pública número 3.259, pasada en la Notaría Primera de Cali el 26 de octubre de 1949, en la que consta el contrato de permuta celebrado entre los herederos de doña Mercedes Valencia v. de Garcés, dueños proindiviso en esa época de la hacienda "San Luis", y la Nación, representada en ese acto por el señor Efraím Tascón Saavedra, Interventor Nacional de Obras Públicas del Valle del Cauca, cuyas cláusulas pertinentes conviene insertar aquí, y dicen así:

"**Cuarto.**—Que por el predio rural denominado 'San Luis' de propiedad del señor Garcés Valencia (Alfonso) y de sus poderdantes, pasará la Avenida Mariano Ospina Pérez, que unirá la ciudad de Cali, con la ciudad de Palmira, ocupando, de dicho predio, una área de veinticinco mil doscientos metros cuadrados (25.200 mts.2), o sea en una longitud de seiscientos metros (600 mts.) por cuarenta y dos metros (42 mts.) de ancho.

"**Quinto.**—Que al construírse la 'Avenida Mariano Ospina Pérez' quedará abandonado, sin uso público ninguno, un sector de la carretera o camino público, de propiedad de la Nación, desde el punto de donde arrancará la construcción de dicha Avenida hasta el presente (sic) que se construirá sobre el río Cauca.

"**Sexto.**—Que las dos partes contratantes han convenido en permutar las dos fajas de terreno y al efecto la Nación, por conducto de su Interventor Nacional de Obras Públicas del Valle del Cauca, transmite a los Garcés Valencia, representados por su apoderado Alfonso Garcés Valencia, a título de permuta, el dominio y propiedad de la faja de terreno correspondiente a la zona de carretera que quedará abandonada y sustituida por el nuevo trazado para la 'Avenida Mariano Ospina Pérez', comprendida entre el punto donde esta nueva Avenida corta terrenos de 'San Luis' y la terminación del trayecto abandonado en el río Cauca, en forma tal, que todo el sector del ex-

presado trayecto comprendido entre la expresada Avenida, los terrenos de don Alfonso Bueno y el río Cauca, quedo incorporado al predio de 'San Luis'. A su vez, el apoderado Garcés Valencia, en nombre de sus poderdantes los Garcés Valencia, trasmite a la Nación representada por su Interventor Nacional de Obras Públicas del Valle del Cauca, a título de permuta, el dominio y propiedad de la siguiente faja de terreno del predio de 'San Luis', con destino a la construcción de la 'Avenida Mariano Ospina Pérez', con área de veinticinco mil doscientos metros cuadrados (25.200 mts.2), de seiscientos metros (600 mts.) de largo por cuarenta y dos metros (42 mts.) de ancho determinada por estos linderos: 'Por el Norte, por el Sur: por el Oriente cerca de alambre de por medio, con terrenos del predio de 'San Luis', de propiedad de los Garcés Valencia, y con el río Cauca; por el Occidente, en parte, cerca de por medio con terrenos del predio de 'San Luis' y, en parte, con el camino o carretera que de Cali conduce al actual sitio donde está el Paso de la Barca sobre el río Cauca...'

"Octavo. — Que la faja que cede la Nación, a título de permuta, le pertenece como bien de uso público por destinación, pues desde tiempo inmemorial están destinados al uso público de los habitantes para transitar por ella con los nuevos y antiguos medios de locomoción, y la faja que ceden, al mismo título los dueños del predio de 'San Luis', lo adquirieron, como todo el predio de que es parte a título de herencia en la partición judicial de los bienes de la sucesión intestada de la señora Mercedes Valencia viuda de Garcés..."

Cláusula sobre exención del impuesto de valorización

En el instrumento público que se viene transcribiendo, cláusula Novena, la Nación convino en "no cobrar a los propietarios del predio de 'San Luis' ni a sus sucesores, a título universal o singular impuesto alguno de valorización, es decir, que quedan definitivamente relevados o eximidos del pago de dicho impuesto en el caso de que llegara a establecerse por la construcción de la Avenida...". (Fols. 70—76).

Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos

Al folio 80 del cuaderno principal que se viene citando, obra el certificado sobre propiedad expedido a favor de las actoras por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, en el cual consta, sobre una tradición mayor de veinte años, que las demandantes Garcés de Tamayo, Garcés de Collins y Garcés de Castro "son poseedoras inscritas de esa propiedad", esto es, del lote B-2 tomado de la antigua hacienda "San Luis".

Bajo el punto número 12 de esta certificación, se relaciona la escritura de permuta de que se ha tomado nota anteriormente, acerca de la cual se expresa que fue registrada el 8 de noviembre de 1949, a "folios 72 a 74, partidas 3662/66 del Libro Primero, Tomo 55 y folios 13 y 14, partidas 635 a 638 del Duplicado".

La división de la hacienda "San Luis" y la permuta.

De acuerdo con los términos de la escritura 1.064 de 5 de septiembre de 1951 que ya se relacionó, y que se refiere a la división material de la hacienda "San Luis", para los efectos de la formación de los diferentes lotes de la llamada "parte baja" de la expresada hacienda, se tuvo en cuenta la permuta celebrada con la Nación de las dos zonas o fajas de qué habla la escritura 3.259 ya citada.

Así se desprende del siguiente aparte de la escritura primeramente citada: "d) Figura también en el plano (el elaborado para la división material de 'San Luis') la zona cedida para la carretera recta Cali-Palmira por escritura tres mil doscientos cincuenta y nueve (3.259) de octubre veinticinco (25) de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), Notaría 1ª de Cali, registrada al Libro 1º, tomo 55, folio 72, partida 3662 del Libro 1º de Registro y duplicado, tomo 3º, folio 13, partida 635 de noviembre 8 de 1949 en Cali...".

Testimonios

Dentro del término probatorio fueron recogidos varios testimonios de personas que moran en la región donde ubica la hacienda San Luis, y que pasan a relacionarse así:

Sergio Medina, de 54 años de edad, vecino de Cali, afirma que conoce el lote B-2 de las demandantes, por los linderos expresados en la demanda; presenció que en los días comprendidos entre el 20 y el 30 de noviembre de 1952, la Compañía Raymond Concrete Pile, procedió a ocupar

parte del expresado lote y los demás terrenos aledaños, y con grandes máquinas (bulldozer) inició la apertura y construcción de la banca de la carretera directa Cali-Palmira, derribando árboles y cerramientos, y abriendo grandes zanjas para extraer de allí el material para hacer la citada banca; que con la construcción de las zanjas o chambas laterales, los terrenos situados al lado de la carretera recién construída han sufrido perjuicios pues allí se estancan las aguas lluvias, aguas que no desaparecen ni en las épocas de verano; que esas aguas son represadas por las que penetran por la misma zanja desde el río Cauca, a cuya orilla se abrió un boquete dando entrada a las aguas, las cuales han llegado a formar verdaderos lagos artificiales sobre dichos terrenos, inclusive en el lote B-2. Esas zanjas llenas de agua impiden el acceso a dicho lote, y, además de esto, debido a la descomposición, constituyen un verdadero peligro no sólo para los moradores de la región sino para los ganados. También le consta que la Raymond Concrete Pile cercó con postes de cemento la zona correspondiente a la carretera o recta Cali-Palmira.

En idénticos términos declara el testigo Jorge E. Fayya, y la señora Tulia O'Byrne de Garcés (fol. 118).

El testigo Luis A. Restrepo, de 53 años de edad, además de declarar que conoce personalmente el lote B-2 por los linderos citados en la demanda, y que presenció la apertura de la variante recta Cali-Palmira en la forma expresada por los anteriores declarantes, se expresa de este modo en relación con los perjuicios ocasionados a las setoras con la inundación del lote B-2:

"Me consta también que las máquinas comenzaron a rebanar grandes cantidades de tierra de cada lado de la banca central en la carretera que se estaba construyendo formando con eso grandísimas zanjas en frente del lote y con la tierra sacada de allí rellenar la carretera central; y también destruir muchos árboles que servían de sombrío o sestiadero para los ganados y para el sostenimiento de los cercos. Vi también la construcción de toda la carretera por haber permanecido ahí durante cuatro años consecutivos y cómo se formaban lagos artificiales antihigiénicos, etc., nocivos para los ganados y personas hasta el punto de que el suscrito tuvo que terminar con una lechería que tenía en ese predio de las señoras Garcés. Al punto d) contestó: Me consta también que después la Raymond Concrete Pile comenzó a poner unos postes de cemento en frente de la propiedad de las señoras Garcés y fue cercada la zona ocupada materialmente por la Nación al construir aquella carretera". Al punto e) contestó: "Entre otras cosas lo he visto y sufrido las consecuencias en los inviernos después de que él pasa las aguas del río Cauca los causan y me causaron personalmente grandes perjuicios porque las aguas de dicho río acabaron totalmente con los pastos, arrastraron semillas de malezas que en los veranos había que estarlas limpiando sistemáticamente; vi también podrirse los cercos por la humedad de las aguas. En vista de que los pastos se acabaron opté por sembrar cosechas de maíz que a los primeros aguaceros Cauca (sic) los destruye como puede verse en el momento en que estoy rindiendo esta declaración, cosa que no ocurría antes de que la Nación construyera la citada carretera porque siempre subsistió el pasto para tener allí ganados y lecherías que hoy es imposible como puede constatarse". (Fol. 117).

Otros documetnos

Se trajeron también al expediente dentro del término legal las certificaciones que a continuación se relacionan:

La expedida con fecha 19 de noviembre de 1954 por el Abogado de la Sección Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, cuyo texto dice así:

"Al punto A—Que por Decreto 701 de marzo 13 de 1952, se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para la construcción a una anchura de 100 metros mínimos para la carretera que unirá las ciudades de Cali y Palmira. Que el Ministerio de Obras Públicas no inició ni prosiguió el consiguiente juicio de expropiación de la zona que fue ocupada en la propiedad de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, con área total de 14.170 metros cuadrados según el cuadro de áreas de las zonas ocupadas elaborado por el Interventor de la obra. Al punto C—Como ya se explicó en el punto anterior la zona ocupada en la propiedad de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro es de 14.170 m.2. Al punto E—Es cierto que el doctor César Castro con fecha 1º de septiembre de 1953 en asocio del doctor Alvaro Corral Maldonado, por medio de petición respetuosa que reposa en las oficinas del Departamento Jurídico de este Ministerio intentaron arreglar amigablemente todos los problemas surgidos con ocasión de la construcción de aquella obra públi-

ca. Esta solicitud no tuvo ninguna resolución". (Fol. 123).

El Ingeniero Jefe de la Sección Administrativa del Departamento de Carreteras Nacionales expidió esta certificación con fecha 29 de enero de 1955:

"Al punto b). Es cierto que este Ministerio (de Obras Públicas) en la época en que era Ministro el doctor Jorge Leyva y como consecuencia del Plan Vial de Carreteras de que trata el Decreto 0116 de 1951 y del Decreto número 701 de 1952 que declara de utilidad pública las zonas para la construcción a una anchura de 100 metros mínimos de la carretera que unirá a Cali con Palmira, impartió órdenes a la Raymond Concrete Pile of South America y a Contratistas y Constructores Ltda. para que ocuparan las zonas que se necesitaran para este fin.

'Al punto d). Los materiales que se sacaron de los predios de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, María Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro fueron extraídos dentro de la zona de 100 metros de que trata el Decreto 701 de 1952 para la cual dichas señoras tuvieron que ceder a la Nación una área de 14.170 metros cuadrados".

Se considera:

De la relación de pruebas que se ha hecho hasta aquí, queda suficientemente demostrado que cuando el Ministerio de Obras Públicas ordenó la iniciación de los trabajos de construcción de la vía pública nacional conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, trabajos que fueron comenzados en el mes de noviembre de 1952, la Nación ya había adquirido por medio de la escritura pública número 3.259 de 26 de octubre de 1949, pasada ante el Notario 1º de Cali, a título de permuta celebrada con los propietarios de la hacienda San Luis, entre ellos las demandantes Garcés Garcés, una faja de terreno perteneciente a dicha hacienda, con una área de 25.200 metros cuadrados, con destino a la apertura de la misma vía, que por entonces se quiso denominar "Avenida Mariano Ospina Pérez". Ese título, extendido con todas las formalidades de la ley, no puede desconocerse por ningún motivo, y debe surtir por tanto todos sus efectos en la presente controversia.

De esto se deduce rectamente que la Nación no puede ser obligada a indemnizar a las demandantes valor alguno por concepto de la ocupación de la zona de 14.170 metros cuadrados que fue la que definitivamente ocupó con la carretera o variante Cali-Palmira de que aquí se trata, pues esa ocupación se realizó sobre un terreno que ya pertenecía, a virtud del título ya expresado, a la Nación demandada.

Asimismo, y por el hecho de que se acaba de hacer referencia, tampoco puede prosperar la acción indemnizatoria aquí promovida en cuanto hace al valor de la tierra extraída de la zona de 14.170 metros cuadrados de que se ha hablado, con el objeto de levantar la banca o relleno de la recta Cali-Palmira, puesto que está ampliamente demostrado en los autos que esa extracción se realizó dentro de la zona adquirida por la Nación, y no del predio de las demandantes.

De otro lado, resulta también improcedente la súplica **Tercera** de la demanda, donde se pide la orden consecuencial para que las demandantes otorguen la correspondiente escritura pública de traspaso a la Nación del terreno ocupado con la vía Recta Cali-Palmira, tan pronto como la entidad demandada haya pagado a las actoras el valor de dicha zona, puesto que esa escritura, como ya se ha visto, fue debidamente extendida con anterioridad a la construcción de aquella obra pública.

Resta considerar lo que se refiere a la indemnización de perjuicios provenientes de los daños causados a las demandantes en su predio, lote B-2, a causa de la inundación provocada por la apertura de las zanjas o canales laterales a la Recta Cali-Palmira, a lo cual hace referencia la súplica **Segunda, punto d)**.

Mas ocurre que, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte, Sala de Negocios Generales, en recientes fallos dictados en negocios similares al presente, en los que se contempla la acumulación de acciones de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, y resarcimiento de perjuicios por daños causados con la construcción de las mismas obras, la competencia de la Corte se contrae exclusivamente, de acuerdo con el fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, a la primera de dichas acciones, pero no a la segunda.

Por lo tanto, no es el caso de entrar a decidir de las peticiones relacionadas con la indemnización de perjuicios provenientes de la inundación ocasionada en el lote B-2 según la demanda, toda vez que el conocimiento de las acciones indemnizatorias de tal naturaleza no corresponde a esta Sala.

Ya la Corte en caso análogo ha dicho: "No sobra advertir que las decisiones como la que se pronuncia en este juicio, basadas en el Decreto 0293 de 15 de febrero de 1956, no se oponen a las demandas que conforme al derecho común puedan presentarse para obtener el pago de terrenos privados ocupados permanentemente por causa de trabajos públicos". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha 9 de julio de 1958).

Y como ya se dijo que carece de causa la petición principal sobre indemnización de perjuicios derivados de la ocupación permanente de la zona de terreno sobre la cual se construyó la carretera Recta Cali-Palmira, por cuanto está probado que ese terreno fue adquirido legítimamente por la Nación a título de permuta, con mucha anterioridad a la ejecución de dicha obra, es obvio que la súplica Cuarta, relacionada con la exención a favor de las actoras del pago del impuesto de valorización carece por completo de base.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

1º—Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en la demanda de que se ha hecho mérito, relacionados con la acción de indemnización de perjuicios provenientes de la ocupación permanente de la zona de terreno que fue destinada a la construcción de la carretera conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, zona que aparece especificada en los hechos de la citada demanda.

2º—La Corte se abstiene de hacer la declaración referente a la indemnización de perjuicios originados en otros daños que hayan podido causarse por la construcción de la obra pública, Recta Cali-Palmira, sobre el llamado lote B-2 alindado en la demanda, por carecer para ello de competencia.

3º—No hay lugar a condenación en costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Enrique Daza—Alejandro Gómez Naranjo—José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

FINALIDADES Y ALCANCE DEL RECURSO DE ACLARACION DE LAS SENTENCIAS.—SE ACLARA PARCIALMENTE LA SENTENCIA ANTERIOR

Dispone el artículo 482 del C. J. que la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, "con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

No todo concepto o frase es, pues, susceptible de aclaración, sino aquellos que den lugar a un "verdadero motivo de duda", es decir, que por su redacción ininteligible o por la vaguedad de su alcance puedan servir para interpretar confusamente la resolución. De manera que si la ambigüedad de la frase o del concepto son aparentes o, mejor dicho, la duda que de ellos pueda surgir no es eficaz para afectar el sentido exacto y jurídico de la decisión, no será procedente la aclaración.

Es por esto indispensable que al solicitar la aclaración se puntualicen o establezcan las frases o los conceptos dudosos contenidos en la sentencia, y se demuestre que de la interpretación que se les dé, dependen los efectos del fallo, para que sea viable la aclaración, pues es obvio que como las providencias judiciales deben tener por objetivo un resultado práctico dentro del juicio, no quedaría satisfecha la finalidad procesal si el cumplimiento de la resolución quedara entrabado por admitir ésta diferentes interpretaciones.

Por otra parte, estando prohibida por el texto en cita la revocatoria o reforma de la sentencia, se comprende que la aclaración no puede contener nuevos razonamientos o puntos de vista que impliquen revisión, total o parcial, del fallo. Por ello, al explicar o aclarar el concepto o la frase, no se ha de alterar ni modificar el sentido de la resolución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Ha pedido el apoderado de las demandantes aclaración del fallo proferido en este juicio el 3 de octubre último, apoyándose en el precepto que contiene el artículo 482 del C. J.

Considera el peticionario que dos párrafos de los considerandos de dicho fallo, y que son la parte fundamental del mismo, hacen dudar si en ellos se alude a la zona de 14.170 metros cuadrados segregada del lote B-2 perteneciente a las demandantes, o a la de 25.200 metros cuadrados que fue objeto de permuta con la Nación según escritura pública número 3.259 de 26 de octubre de 1949. Además afirma el señor apoderado que igual duda surge del numeral primero de la parte resolutiva, toda vez que en él se dice que se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda con motivo de la ocupación permanente de la "zona que aparece especificada en los hechos de la citada demanda", siendo así que ambas zonas están relacionadas en el libelo como puede verse de los hechos 12 y 13.

Dispone el citado artículo 482 que la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. "Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

No todo concepto o frase es, pues, susceptible de aclaración, sino aquellos que den lugar a un "verdadero motivo de duda", es decir, que por su redacción ininteligible o por la vaguedad de su alcance puedan servir para interpretar confusamente la resolución. De manera que si la ambigüedad de la frase o del concepto son aparentes o, mejor dicho, la duda que de ellos pueda surgir no es eficaz para afectar el sentido exacto y jurídico de la decisión, no será procedente la aclaración.

Es por esto indispensable que al solicitar la aclaración se puntualicen o establezcan las frases o los conceptos dudosos contenidos en la sentencia, y se demuestre que de la interpretación que se les dé, dependen los efectos del fallo, para que sea viable la aclaración, pues es obvio que como

las providencias judiciales deben tener por objetivo un resultado práctico dentro del juicio, no quedaría satisfecha la finalidad procesal si el cumplimiento de la resolución quedara entrabado por admitir ésta diferentes interpretaciones.

Por otra parte, estando prohibida por el texto en cita la revocatoria o reforma de la sentencia, se comprende que la aclaración no puede contener nuevos razonamientos o puntos de vista que impliquen revisión, total o parcial, del fallo. Por ello, al explicar o aclarar el concepto o la frase, no se ha de alterar ni modificar el sentido de la resolución.

Teniendo en cuenta estos razonamientos se procede a analizar los fundamentos de la aclaración solicitada.

La primera declaración que se solicita en la demanda es la de que la Nación es civilmente responsable de los daños y perjuicios materiales sufridos por las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro con motivo de la ocupación permanente de una zona de terreno correspondiente a un predio de éstas, zona que fue destinada a la carretera directa Cali-Palmira, con una cabida de 14.170 metros cuadrados.

En los hechos primero y segundo de la demanda se afirma que de la antigua hacienda "San Luis" correspondió a las demandantes un lote, el cual, al hacerse la división de dicha hacienda, quedó distinguido con el número B-2; y que de este lote segregó la Nación, para incorporarla a la carretera ya mencionada, la zona de 14.170 metros cuadrados. Se dan, en el hecho primero, los linderos de la citada hacienda, y en el hecho segundo los del lote B-2.

En el hecho 13 se plantea, a favor de las demandantes, "la circunstancia de que la Nación colombiana según consta en la escritura pública número 3259 de 1949 (octubre 26) de la Notaría Primera de Cali, instituyó a favor de mis mandantes y de los demás condueños de la hacienda de 'San Luis', la exención de valorización con motivo de la construcción de aquella vía pública".

En la citada escritura 3259, además de estar consignada la cláusula por la cual se exime del impuesto de valorización a los propietarios del predio "San Luis" y a sus sucesores, se expresa en las cláusulas 4ª, 5ª y 6ª lo siguiente: "Cuarto. Que por el predio rural denominado 'San Luis', de propiedad del señor Garcés Valencia y de sus poderdantes, pasará la Avenida Mariano Ospina Pérez, que unirá la ciudad de Cali, con la ciudad de Palmira, ocupando, de dicho predio, una área de veinticinco mil doscientos metros cuadrados (25.200 mts.2), o sea en una longitud de seiscientos metros (600 mts.) por cuarenta y dos metros (42 mts.) de ancho. Quinto. Que al construirse la 'Avenida Mariano Ospina Pérez', quedará abandonado, sin uso público ninguno, un sector de la carretera o camino público, de propiedad de la Nación, desde el punto de donde arrancará la construcción de dicha Avenida hasta el presente (sic) que se construirá sobre el río Cauca. Sexto. Que las dos partes contratantes han convenido en permutar las dos fajas de terreno y al efecto la Nación, por conducto de su Interventor Nacional de Obras Públicas del Valle del Cauca, transmite a los Garcés Valencia, representados por su apoderado Alfonso Garcés Valencia, a título de permuta, el dominio y propiedad de la faja de terreno correspondiente a la zona de terreno que quedará abandonada y sustituida por el nuevo trazado para la 'Avenida Mariano Ospina Pérez'... A su vez, el apoderado Garcés Valencia, en nombre de sus poderdantes los Garcés Valencia, transmite a la Nación representada por su Interventor Nacional de Obras Públicas del Valle del Cauca, a título de permuta, el dominio y propiedad de la siguiente faja de terreno del predio de 'San Luis' con destino a la construcción de la 'Avenida Mariano Ospina Pérez', con área de veinticinco mil doscientos metros cuadrados (25.200 mts.2), de seiscientos metros (600 mts.) de largo por cuarenta y dos metros (42 mts.) de ancho, determinada por estos linderos: "Por el Norte, por el Sur; (sic) por el Oriente cerca de alambre de por medio, con terrenos del predio de 'San Luis', de propiedad de los Garcés Valencia, y con el río Cauca; por el Occidente, en parte, cerca de por medio con terrenos del predio de 'San Luis' y, en parte, con el camino o carretera que de Cali conduce al actual sitio donde está el Paso de la Barca sobre el río Cauca...".

Todos estos puntos fueron analizados en la sentencia cuya aclaración se solicita y en consecuencia se dijo:

"De la relación de pruebas que se ha hecho hasta aquí, queda suficientemente demostrado que cuando el Ministerio de Obras Públicas ordenó la iniciación de los trabajos de construcción de la vía pública nacional conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, trabajos que fueron comenzados en el mes de noviembre de 1952, la Nación ya había adquirido por medio de la escritura públi-

ca número 3.259 de 26 de octubre de 1949, pasada ante el Notario 1º de Cali, a título de permuta celebrada con los propietarios de la hacienda San Luis, entre ellos los demandantes Garcés Garcés, una faja de terreno perteneciente a dicha hacienda, con una área de 25.200 metros cuadrados, con destino a la apertura de la misma vía, que por entonces se quiso denominar 'Avenida Mariano Ospina Pérez'. Ese título, extendido con todas las formalidades de la ley, no puede desconocerse por ningún motivo, y debe surtir por tanto todos sus efectos en la presente controversia.

"De esto se deduce rectamente que la Nación no puede ser obligada a indemnizar a los demandantes valor alguno por concepto de la ocupación de la zona de 14.170 metros cuadrados que fue la que definitivamente ocupó con la carretera o variante Cali-Palmira de que aquí se trata, pues esa ocupación se realizó sobre un terreno que ya pertenecía, a virtud del título ya expresado, a la Nación demandada".

Y con base en estos considerandos se pronunció la Sala, en el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo en referencia, así:

"1º—Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en la demanda de que se ha hecho mérito, relacionados con la acción de indemnización de perjuicios provenientes de la ocupación permanente de la zona de terreno que fue destinada a la construcción de la carretera conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, zona que aparece especificada en los hechos de la citada demanda".

No es posible desconocer que en la demanda se especifican dos zonas de terreno: la de catorce mil ciento setenta metros cuadrados (14.170 metros2), y la de veinticinco mil doscientos metros cuadrados (25.200 mts.2). La primera se menciona expresamente al formular la declaración pedida en primer lugar, y en la relación de los hechos 1º y 2º; la segunda está implícitamente mencionada en el hecho décimotercero, desde luego que en él se cita la escritura por la cual esa zona fue objeto de permuta con la Nación.

Por las peticiones del libelo y por los hechos de la demanda, especialmente de los marcados con los números 1, 2 y 13, la Sala, en el fallo en cuestión, ha entendido que la zona de los 14.170 metros hacía parte de los 25.200 metros que fueron materia de la permuta celebrada por la Nación con los condueños de la hacienda San Luis, por medio de la escritura pública ya citada; y entendiéndolo así, lo lógico era entender también que al absolver a la Nación por la indemnización de la zona de los 14.170 metros, se estaba refiriendo a la zona de 25.200 metros por ser —se repite— esta zona permutada la que se consideraba que comprendía la de 14.170 metros. Luego si el lote de 25.200 metros que reza el hecho 13 de la demanda contenía los 14.170 metros a que se refieren los hechos 1º y 2º de aquélla, entonces el fallo no podía referirse a una zona separada de los 25.200, o sea a una distinta de la que fue objeto de la permuta, como resulta de la transcripción del fallo aludido, en el que se tuvo en cuenta la escritura de permuta, como uno de los fundamentos de la absolución. Y los motivos de aquella conclusión a que llegó la sentencia resaltan más todavía si se tiene en cuenta: que ni en la inspección ocular practicada por el Tribunal Administrativo de Cali, ni en el dictamen pericial rendido por los expertos, se observó por parte alguna que la zona de 14.170 metros no está comprendida dentro del lote de 25.200; que en el dictamen se afirma que dicha zona está incluída en el lote B-2; que en la escritura de permuta se dice que el lote de 25.200 formaba parte de la hacienda San Luis; que en la inspección ocular se expresa que el lote B-2 hace parte de la misma hacienda; y que ni de la inspección ni del dictamen hay base para deducir que se trata de dos lotes diferentes. Por eso, ante todos estos hechos, era natural pensar que la zona de 14.170 metros está comprendida dentro del lote de 25.200, máxime cuando en la demanda se pidió expresamente la exención del impuesto de valorización pactada en ese contrato de permuta.

Ahora bien: si el señor apoderado lo que ha querido plantear en su petición, es que la zona de los 14.170 metros es distinta a la de 25.200 metros, esto es, que no forma parte de esta última, entonces ha debido ser más preciso en su escrito de demanda y menos confuso en la relación de los hechos puntualizados allí, los cuales daban margen y fundamento para hacer las afirmaciones contenidas en el fallo, ya que el juzgador no puede adivinar lo que pretende el demandante. Si la indemnización reclamada se refiere a un lote distinto, tal hecho ha debido ser claramente expuesto en la demanda a fin de que al trabarse la litis, la parte demandada conociera con certidumbre el objeto de ella. Pero ocurre reflexionar un tanto, para deducir, que si la providencia analizada adolece de falta de claridad en la parte resolutiva, ello se debe no a la falta de estudio y de criterio justiciero sino al modo como el de-

mandante formuló sus invocaciones en los hechos de la demanda.

Sin embargo, la Sala al considerar que la sentencia, en su parte resolutiva, pudiera entrañar una duda en los términos ya apuntados, cuando dice: "Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en la demanda de que se ha hecho mérito, relacionados con la acción de indemnización de perjuicios provenientes de la ocupación permanente de la zona de terreno que fue destinada a la construcción de la carretera conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, zona que aparece especificada en los hechos de la citada demanda", no tiene inconveniente, atendiendo a esa duda que se pone de presente, y a las razones expuestas, en hacer la aclaración que en concepto del juzgador sea pertinente, de acuerdo con el artículo 482 del C. J.

En consecuencia la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, aclara el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 3 de octubre del presente año, en el sentido de declarar que, según lo ha entendido esta Sala, habida cuenta a las consideraciones ya expuestas, el lote de los 14.170 metros a que se refiere el demandante en los hechos 1º y 2º de la demanda, hace parte del lote de 25.200 metros de que trata el hecho 13 del libelo, y que fue materia de la permuta consignada en la escritura de fecha 26 de octubre de 1949, la cual sirvió de base para la absolución.

Cópiese y notifíquese.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—

Jorge García Mariano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS QUE INTEMA Y DIRECTAMENTE SE RELACIONEN CON LA OBRA PUBLICA QUE MOTIVO LA OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR LA ADMINISTRACION PUBLICA. — DECRETO EXTRAORDINARIO 0293 DE 1956

1. — Encuentra la Sala que la construcción de un canal o zanja de aguas negras implicó, fuera de la ocupación del terreno particular para la construcción de la obra pública, otros daños que afectan el resto de la propiedad, daños cuya relación íntima y directa con aquella obra de interés público no puede remitirse a duda, pues es muy claro que la insalubridad, la división del terreno y las demás condiciones en que quedó, son hechos que no se hubieran producido sin la apertura de la zanja dentro del propio inmueble de los demandantes. No se verifica por tanto la aseveración de la Procuraduría de que se declaran indemnizaciones por simples daños a causa de un trabajo público, de que tuviera que conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. — Aunque la jurisprudencia de la Corte sofrenó la aplicación de los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo, para los casos en que se tratara del pago del precio de la propiedad privada ocupada, el Decreto Extraordinario 0293 de 1956, considerado en forma objetiva, y a la luz de los principios generales del derecho sobre acumulación de acciones, sobre subordinación de lo accesorio a lo principal, y sobre economía procesal, conduce a establecer lo siguiente:

El Decreto se refiere a los juicios, o sea que comprende todas las acciones ejercitadas en ellos, cuando la principal versa sobre pago de precio de la propiedad inmueble ocupada en forma permanente; y la accesoria a los daños ocasionados directamente por la ocupación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

La señora Lucila Calderón de Cuéllar y el doctor Jorge Triana, por conducto de apoderado, demandan a la Nación para que, por los trámites señalados en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 y en sentencia definitiva, se condene a dicha entidad a pagarles la suma de quinientos noventa y un mil ciento veinticinco pesos con cincuenta centavos ($ 591.125.50) moneda corriente, o la que legalmente se establezca en el juicio, como indemnización por la ocupación de una zona de terreno y otros daños causados en un predio de su propiedad, con motivo de los trabajos públicos de la Avenida de los Libertadores o autopista que de Bogotá conduce a Chía.

Los hechos relacionados en el libelo de demanda como fundamento de la petición anterior, pueden resumirse así:

1. — Los demandantes son dueños, por partes iguales, de un lote de terreno ubicado en el municipio de Bogotá, que mide nueve fanegadas siete mil novecientos noventa y dos varas cuadradas, con mil ochocientas setenta y cinco milésimas de vara cuadrada (9.792,1875 v2.), marcado con el número VII en el plano levantado por el ingeniero Carlos Arteaga Hernández, cuya copia se encuentra protocolizada con la escritura número 702, de 26 de abril de 1940, de la Notaría Quinta de Bogotá, que se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: "por el Norte, con terrenos denominados El Vergel que fueron de propiedad del doctor Manuel Antonio Cuéllar Durán; por el Nore-este, con la zona ocupada por la actual línea de los ferrocarriles del Norte y Nordeste; por el Sur, en parte con el lote número uno (1) del mencionado plano, de propiedad del Polo Club de Bogotá, y en parte con el número seis (VI) del mismo plano, de propiedad que es o fue del Banco de Bogotá, cuya zona está destinada para calle; por el Occidente, con el lote

número uno (1) de propiedad, como ya se dijo, del Polo Club de Bogotá; y por el Oriente, con la Avenida Caracas, hoy Avenida de los Libertadores o Autopista".

2º—A partir del 28 de enero de 1952, sin que mediara aviso o notificación, y sin convenio o pacto previo, los obreros y empleados al servicio de la construcción de la llamada Autopista derribaron las cercas del inmueble de los demandantes y ocuparon una zona de diez y siete mil ochocientas varas cuadradas (17.800 v2).

3º—En los primeros días del mes de marzo siguiente, los mismos obreros y empleados de la construcción de la Autopista procedieron a ocupar otra zona del inmueble de los demandantes, de una cabida aproximada de dos mil cuatrocientos treinta y siete varas cuadradas (2.437 v2.) destinándola a la construcción de un canal o zanja, con la cual constituyeron una servidumbre de aguas negras procedentes de los barrios situados en la parte alta y al extremo norte de la ciudad, causando además daños en el terreno y cambiando las condiciones de salubridad del inmueble.

4º—Los demandantes elevaron sus quejas al Ministerio de Obras Públicas por tales hechos, sin obtener respuesta alguna.

El monto de la indemnización que se reclama está discriminado en el libelo de demanda en la forma siguiente:

"a) Valor comercial de la zona utilizada para la autopista (17.800 v.2) a $ 13.00 la vara cuadrada..... $ 231.400.00

"b) Valor comercial de la zona de la servidumbre (2.437 v.2) a $ 13.00 la vara cuadrada 31.681.00

"c) Valor del arreglo del terreno (costo de movimiento de tierra, nivelación, etc., 4.000 m.3 a $ 5.00 el metro 20.000.00

"d) Valor de la indemnización por la constitución de la servidumbre de aguas negras se calcula una desvalorización del 30% del terreno sobre un avalúo de $ 1.010.815, dado a la totalidad de la finca, 77.753 v.2 que restan a $ 13.00 la vara cuadrada)..... 303.244.50

"e) Valor del lucro cesante (se calcula 4 años, a razón de $ 1.200.00 el año) 4.800.00

Total..... $ 591.125.50"

Como fundamento de derecho se invocan en el libelo los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, las disposiciones contenidas en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo y las pertinentes del Código Civil y leyes que lo adicionan y reforman.

Esta demanda, presentada el 2 de octubre de 1954, es reformatoria del libelo con que se inició el negocio, y fue admitida por auto de 7 de los mismos mes y año (fs. 31 a 36). El señor Fiscal del Consejo de Estado dio contestación a ella oportunamente, oponiéndose a las declaraciones pedidas y negando la causa o razón del juicio. En cuanto a los hechos que la sustentan manifestó estar a lo que sobre ellos se pruebe.

Por petición de la parte actora se abrió a prueba el juicio por veinte días, dentro de los cuales se decretaron y practicaron las diligencias que adelante se analizarán.

En este estado del juicio, los autos pasaron al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia por imperio del Decreto número 0203 de 1956, dictado como consecuencia del fallo de esta corporación, de 20 de junio de 1955, que declaró inexequible las disposiciones del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941, en cuanto tratan de la jurisdicción contencioso administrativo para conocer de los litigios originados en la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos. En esta Sala, por lo tanto, el negocio siguió su curso; se recibieron los alegatos escritos de la parte actora y del señor Procurador Delegado en lo Civil, y se citó a las partes para sentencia. Agotado así el trámite propio del negocio, ha llegado el momento de decidir sobre su mérito, a lo cual se procede, toda vez que no se observa vicio procesal alguno que invalide lo actuado.

La acción

De acuerdo con los términos de la demanda, los actores ejercitan la acción indemnizatoria de perjuicios por la ocupación permanente de su propiedad inmueble con motivo de trabajos públicos y por los daños ocasionados a causa de los mismos. Es decir, que se ejercita la acción consagrada por el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo, vigente en todas sus partes en la época en que se inició el litigio. Pero el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, hace a este propósito las siguientes consideraciones:

"De la discriminación que hace el demandante sobre el monto total de la indemnización que re-

clara, claramente se observa la existencia de dos clases de peticiones: **Primera**: las marcadas con las letras a) y b) por el valor comercial de las zonas de terreno ocupadas para la autopista (17.800 v.2) y para la zona del canal de la servidumbre impuesta al predio (2.437 v.2).

"**Segunda**: las señaladas con las letras c), d) y e) por el valor del arreglo del terreno desnivelado por la construcción del canal, la indemnización por la constitución de la servidumbre, y, por el valor del lucro cesante apreciado en un lapso de cuatro años. Se tiene así que aparecen acumuladas dos acciones: una tendiente a obtener el pago del valor de las zonas ocupadas por los trabajos públicos con el carácter de permanentes y otra buscando el reconocimiento y pago de los perjuicios por daños causados a consecuencia de los trabajos mismos. "Podría pensarse —añade— en la existencia de una causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, que sería preciso impetrar fuera declarada, pero ya la H. Corte, en providencia del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, de fecha 26 de mayo último, en caso semejante, desató la cuestión, a petición de la Procuraduría, en los siguientes términos. .. Este alegato de confusión deberá por tanto, circunscribirse a las dos primeras peticiones de la demanda, o sea a las tendientes a obtener el pago del valor de las zonas ocupadas por el 'Paseo de los Libertadores' y con el canal de servidumbre construídos sobre el terreno de los demandantes' ".

Importa examinar los hechos y las peticiones del libelo para determinar si las observaciones de la Procuraduría tienen aplicación al caso que se ventila. Es decir, si en realidad las indemnizaciones que se reclaman del Estado se originan en la ocupación permanente de la propiedad privada, las unas, y en simples daños no relacionados con la ocupación, las otras, y por tal razón la Corte no debe decidir sino respecto de las primeras. El capítulo de la demanda que trata del "**Monto de la indemnización que se reclama**" refleja nítidamente la situación de hecho y el alcance jurídico de las peticiones que se formulan. Los apartes a) y b) señalan el valor comercial de las zonas de terreno **ocupadas** con la autopista y con el canal de desagüe. Sobre este particular no existe duda. Los apartes c) y d) se refieren al valor de la indemnización por la constitución de la servidumbre de aguas negras que la demanda traduce en una desvalorización del terreno equivalente al treinta por ciento de su precio, y además, al valor o costo del movimiento de tierra y nivelación del suelo. Los perjuicios a que se refieren estos dos últimos apartes se hacen consistir en que la construcción de la zanja o canal de aguas negras dividió el terreno en dos porciones y las redujeron a un pésimo estado de salubridad, y por otra parte, en que los obreros botaron la tierra extraída sobre "gran parte del terreno adyacente" dejándolo sin utilidad para los usos a que se le destinaba. Con base en estas afirmaciones, y no desde el punto de vista de las pruebas aducidas para comprobarlas, cuyo estudio se hará adelante, encuentra la Sala que la construcción del canal o zanja de aguas negras implicó, fuera de la ocupación del terreno particular, otros daños que afectan el resto de la propiedad, daños cuya relación íntima y directa con aquella obra de interés público no puede remitirse a duda, pues es muy claro que la insalubridad, la división del terreno y las demás condiciones en que quedó, son hechos que no se hubieran producido sin la apertura de la zanja dentro del propio inmueble de los demandantes. No se verifica por tanto la aseveración de la Procuraduría de que se demandan indemnizaciones por simples daños a causa de un trabajo público, de que tuviera que conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Análisis del problema jurídico general sobre indemnización de trabajos públicos

Dentro de la evolución del Derecho Administrativo colombiano se han venido trasladando a la competencia del Consejo de Estado varias materias que antes se consideraron del ámbito de la justicia ordinaria. En virtud de la ley 167 de 1941 se adscribió al Consejo de Estado el conocimiento de las indemnizaciones por trabajos públicos, bajo un juicio especial que fue reglamentado en el Capítulo 22 de aquel Código. Este capítulo versó tanto sobre los perjuicios que pudiera causar la obra como sobre el pago del precio de las zonas de la propiedad inmobiliaria particular que el Estado ocupara de hecho sin indemnización previa. Bajo estos principios las sentencias del Consejo de Estado, en los casos en que la acción prosperó, condujeron a decretar el pago del precio de la propiedad inmobiliaria ocupada con la orden de efectuar el traspaso mediante instrumento público registrado.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en tres sentencias fechadas el 23 de mayo de 1951, el

4 de agosto del mismo año y el 19 de enero de 1952, conceptuó que los artículos del Código de lo Contencioso Administrativo incorporados en el Capítulo sobre indemnizaciones por trabajos públicos infringían claros preceptos constitucionales, puesto que pasaban a la competencia del Consejo de Estado materias sobre expropiación de propiedad privada que la Carta asigna a la justicia ordinaria.

En el primero de los fallos citados la Corte dijo lo siguiente:

"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 exterior 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 cualquiera 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".

Posteriormente, en sentencia del 4 de agosto de 1951, la Corte precisó más su punto de vista distinguiendo muy exactamente entre la reparación de los daños que se puedan causar con una obra pública, los cuales pueden ser indemnizados mediante sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y la ocupación permanente de zonas privadas inmobiliarias cuyo pago sólo puede obtener el propietario mediante acción ante la justicia ordinaria. Sobre el particular la Corte dijo lo siguiente en dicha sentencia:

"De esta suerte bien puede concluirse, 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, 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; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o indefinidamente se ha privado al querellante".

'Por sentencia del 20 de junio de 1955, de la cual fue ponente el doctor Néstor Pineda, se declaró inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 y se hicieron otros pronunciamientos. La parte resolutiva del fallo dice así: '1º Es inexquible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941:

'2º Son inexequibles los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma Ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.

'3º Es exequible el artículo 270 de la misma Ley".

Con base en los antecedentes mencionados, el Ejecutivo Nacional expidió, con la firma de todos sus Ministros, el Decreto extraordinario número 0293, de 15 de febrero de 1956, que en su artículo 2º dice lo siguiente:

"Los juicios sobre pago de indemnizaciones por la ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren".

Aunque la jurisprudencia de la Corte sofrenó la aplicación de los antecitados artículos del Código Administrativo, para los casos en que se tratara del pago del precio de la propiedad privada ocupada, el decreto extraordinario que se acaba de transcribir, considerado en forma objetiva, y a la luz de los principios generales del derecho sobre acumulación de acciones, sobre subordinación de lo accesorio a lo principal, y sobre economía procesal, conduce a establecer lo siguiente:

El decreto se refiere a los juicios, o sea que comprende todas las acciones ejercitadas en ellos, cuando la principal versa sobre pago de precio de la propiedad inmueble ocupada en forma permanente; y la accesoria a los daños ocasionados directamente por la ocupación.

Sabido es que los elementos axiológicos de las acciones indemnizatorias de esta clase son: el dominio o propiedad del demandante sobre el bien inmueble ocupado; la intervención oficial en el trabajo de servicio público o interés social que causó la ocupación, y por último, la demostración del perjuicio causado. Necesario es, por lo tanto, entrar al examen del proceso, para verificar si se hallan acreditados cada uno de los presupuestos indicados.

Propiedad

Invocan los actores en el pleito su carácter de propietarios del inmueble objeto de la ocupación, y para demostrar esa calidad acompañan a su demanda la copia registrada de la escritura pública número 1.734, de fecha 20 de agosto de 1943, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, en la cual consta que doña Lucila Calderón de Cuéllar y el doctor Jorge Triana adquirieron del Banco de Bogotá, por partes iguales, el dominio y posesión del lote de terreno descrito por su ubicación y linderos en la demanda. Igualmente acompañaron el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá que acredita la suficiencia del título registrado, en los términos del artículo 635 del Código Judicial (fs. 1 a 6, cuad. iv). Con estos elementos aparece claro el interés jurídico de los demandantes y por ende el derecho que les asiste para ejercitar la acción indemnizatoria a que el libelo se refiere.

Intervención del Estado y ocupación del inmueble

Dice la demanda: "En los términos de la Ley 57 de 1946 y del Decreto Ejecutivo número 1659 de 14 de agosto de 1951, se ordenó la construcción del Paseo de los Libertadores o Autopista de Bogotá a Chía por cuenta de la Nación. La vía se inició y ha continuado adelantándose por el Ministerio de Obras Públicas. Este hecho se halla demostrado con la certificación jurada del Ministro de Obras Públicas, visible a folios 65 v. y 66, expedida en cumplimiento a lo dispuesto en el Despacho número 2.507, que en lo pertinente expresa: "El Ministro de Obras Públicas, en obedecimiento al anterior despacho del H. Consejo de Estado, certifica y jura: 1º Que la construcción del 'Paseo de los Libertadores' de Bogotá al Puente del Común, por la antigua zona del Ferrocarril del Norte, se inició y ha venido adelantándose por cuenta del Ministerio de Obras Públicas. 2º Que dicha vía es nacional". Alegan los demandantes que para llevar a cabo la apertura de la autopista, obreros y empleados del Ministerio ocuparon en la parte occidental de su predio una zona de 17.800 varas cuadradas aproximadamente, y para construir un canal o zanja que recogiera las aguas negras de los barrios situados en la parte alta y al extremo norte, ocuparon otra zona de 2.437 varas cuadradas. El cargo que se hace a la Nación por este concepto se halla igualmente acreditado con los siguientes elementos probatorios:

1º La aludida certificación jurada del señor Ministro de Obras Públicas que expresa: "3º Que de acuerdo con los planos de las zonas ocupadas para la construcción de dicha vía (la autopista), en la propiedad de la señora Lucila Calderón de Cuéllar y del doctor Jorge Triana se tomó una zona de terreno de aproximadamente 17.800 v2. Que durante la construcción de la autopista o 'Paseo de los Libertadores' se abrió un canal que ocupó terrenos de la señora de Cuéllar y del doctor Jorge Triana. Dicho canal según información escrita que se acompaña a la presente certificación jurada, suministrada por el señor Ingeniero de Alcantarillado del Acueducto Municipal de Bogotá, se proyectó para recibir únicamente aguas lluvias. Que el referido canal fue abierto por instrucciones suministradas y según planos levantados por el municipio de Bogotá".

2º Acta de la inspección ocular llevada a cabo por el Consejo de Estado al terreno objeto del pleito (fs. 59 v. a 60 v.). Consta en ella que el personal de la diligencia, una vez identificado el predio por sus linderos, para lo cual se tuvo a la vista la escritura pública número 1.734, de 20 de agosto de 1943, antes citada, y el plano del inmueble levantado por el ingeniero Carlos Arteaga Hernández, verificó la existencia de los siguientes hechos: Que por debajo de la calzada de la autopista en la colindancia con el inmueble de los demandantes, se encuentran "dos colectores o caños que conducen aguas negras, que a pocos metros de su salida se unen y luego siguen por una zanja o canal que atraviesa esta propiedad... Que el terreno en cuestión aparece dividido en

dos partes por la aludida zanja o canal, que atravesando la propiedad va a pasar por debajo de un puente construído en la carrilera del Ferrocarril del Norte. ".

3º Dictamen rendido por los doctores Eduardo Wills Carrasquilla y Adolfo Matallana, quienes en su calidad de peritos nombrados por las partes asistieron a la diligencia de inspección ocular y por lo mismo comprobaron también el hecho de la ocupación del inmueble, y que, en tal trabajo, determinan las áreas ocupadas así: 18.957,81 v2. para la autopista, y 2.196.31 v2. para el canal.

4º Declaraciones rendidas por los señores Roberto Uribe Pinto, Daniel Ucrós García, Enrique Soto Núñez, Jaime Franco Uribe y Julio Valderrama, quienes afirman haber conocido la finca de los demandantes con anterioridad a la iniciación de los trabajos de la autopista, y haber presenciado luego, en enero de 1952, y por invitación de los mismos propietarios, que trabajadores de la citada vía habían derribado las cercas y se ocupaban en colocar otras aproximadamente a cuarenta metros atrás del primer lindero; que posteriormente, en el mes de marzo, vieron igualmente a tales trabajadores iniciar la apertura de una gran zanja o canal a través de la finca.

Los perjuicios

Como atrás se dijo, el señor apoderado de la parte actora puntualiza los perjuicios ocasionados por la ocupación de la propiedad de sus poderdantes con las obras tantas veces mencionadas, y estima la cuantía de la indemnización que considera les debe pagar la Nación por tal concepto. En orden a demostrar la existencia de tales perjuicios y su monto, hizo practicar dentro del término probatorio del juicio la inspección ocular y el dictamen de peritos a que se aludió anteriormente, y acompañó a esas pruebas un plano del inmueble con el diseño de los trabajos ejecutados en él para la construcción de la autopista. El acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el funcionario que la practica, dice el artículo 730 del Código Judicial; y el dictamen uniforme de dos peritos, tiene el mismo mérito en cuanto a los hechos sujetos a los sentidos, según las voces del artículo 722 ibidem. En la primera de tales probanzas el personal de la diligencia verificó la ocupación de las fajas de tierra y la construcción del canal que conduce "aguas negras" dividiendo el predio. Iguales hechos comprobaron los peritos. Obvio es, que la construcción del canal de aguas negras que desciende de un plano superior y atraviesan un predio particular, y por ende lo divide, ocasiona naturales perjuicios a sus dueños, que se traducen lógicamente en la depreciación del terreno por la insalubridad y la división misma. Por lo tanto, el perjuicio que el demandante alega haber recibido por tales obras y por la ocupación de su propiedad es evidente. Se halla plenamente demostrado

En cuanto a los elementos de convicción aportados para la valoración de esos perjuicios, conviene hacer algunas observaciones. Acerca del valor probatorio del dictamen pericial, el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil dispone que cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, para que el dictamen haga plena prueba debe ser "uniforme, explicado y debidamente fundamentado". Examinando el trabajo de los peritos doctores Wilis Carrasquilla y Matallana sobre el área de las zonas expropiadas y su valor, se encuentra que éstos se limitan en principio a expresar los totales sin explicación alguna sobre la manera como llegaron a obtenerlos. Su dictamen sobre la materia es del tenor siguiente: "2.—Pregunta: Número de varas que del predio de la señora de Cuéllar y del doctor Triana se tomaron para la autopista y precio comercial de la zona ocupada. Respuesta: número de varas que se tomaron, 18.957.81 v2. Precio comercial de esta zona: 18.957.81 v.2 a razón de $ 10.00 c/u. $ 189.570.10. 3º Pregunta: Area de la zona ocupada por el canal o zanja y precio de tal área. Respuesta: Area zona 2.195.31 v2. a razón de $ 10.00 c/u. $ 21.953.10" (folio 43, cuad. número 1). Con sobrada razón el propio apoderado de los demandantes solicitó que los peritos explicaran y ampliaran su dictamen, y especialmente pidió: "3º — Suministrarán los peritos los datos básicos y consignarán las operaciones que hubieron de realizar para llegar a la conclusión numérica de 18.957.81 varas cuadradas que del terreno de los demandantes se tomaron para la autopista. 4º—Señalarán los peritos las razones que inspiraron su determinación de darle al terreno ocupado el precio de $ 10.00 (la vara cuadrada)... 5º — Suministrarán los doctores Wills y Matallana los datos básicos y darán a conocer las operaciones de que se valieron para llegar a la conclusión de que el área de la zona ocupada por

el canal o zanja es de 2.195.31 varas cuadradas" (f. 7, cuad. 1).

Los peritos presentaron su escrito explicatorio oportunamente y en el particular expusieron: "La superficie dada al lote de los demandantes de 18.957.81 varas cuadradas, resulta de hallar la superficie de la figura geométrica que tiene dicho lote, que es un trapecio de 38.60 mts. de base mayor, por 35,30 metros de base menor y por 327,470 metros de altura". "La superficie de 2.195.31 varas cuadradas, dada al canal, resulta de hallar la superficie del rectángulo que tiene 201.00 metros de longitud por 5 metros de ancho".

Verificados por la Sala los elementos de juicio que sobre el punto en estudio se hallan en el expediente, encuentra lo siguiente: la cifra global de 18.957.81 varas cuadradas que los peritos le asignan a la zona de la autopista, discrepa de la indicada en el plano que se exhibió en la inspección ocular y se agregó a los autos como prueba, el cual no ha sido objetado por ninguna de las partes: en él se señala la faja de terreno en mención con una cantidad de 17.800 varas cuadradas. También el señor Ministro de Obras Públicas en su certificación jurada, visible al folio 66, manifiesta que de acuerdo con los planos para la construcción de la vía, en la propiedad de los demandantes se tomó una zona de terreno de aproximadamente 17.800 varas cuadradas. Y por último, los demandantes, en la propia demanda, señalan esa misma superficie. La diferencia entre el dictamen pericial y el plano y certificación del Ministro excede en más de mil varas cuadradas. Esta diferencia no está explicada en el dictamen y tal falta de explicación y fundamentación le resta mérito como prueba de acuerdo con la citada norma del artículo 721 del C. J. Lo mismo sucede con el área de la zona del canal o zanja, determinada por los peritos globalmente en 2.195,31 varas cuadradas, en desacuerdo con la cifra consignada en la demanda —demanda corregida— que es de 2.437 varas cuadradas, siendo de destacar el hecho de que la corrección de la demanda se hizo, según palabras del demandante, "en busca de una mejor interpretación de los hechos y una cuantía más fiel de la indemnización debida a mis representados".

En cuanto al avalúo del terreno ya se vio cómo los peritos, sin explicación alguna, valoran la vara cuadrada a razón de $ 10.00, y también que el apoderado les pidió la explicación y fundamento que tuvieran para ello. La respuesta dada en la ampliación del dictamen (folio 74) dice: "El precio que dimos en nuestro dictamen para la tierra antes y después de la construcción de la autopista, lo fijamos basados en el conocimiento personal y directo que tenemos sobre esta clase de terrenos en ese sector de la ciudad". Tal respuesta no equivale ciertamente a una fundamentación técnica del dictamen. Y es de anotar que en el cuestionario respectivo se les daban las siguientes bases: "...los peritos informarán sobre los elementos de juicio que hayan tenido para afirmar estos precios. Dirán si tuvieron presente la cuantía de algunas ventas efectuadas sobre terrenos de condiciones similares, si consultaron alguno o algunos de los organismos, agencias o personas que ordinariamente se dedican en la ciudad al negocio de compra y venta de bienes raíces. Darán a conocer cualquiera otra diligencia o situación suya que hayan llevado a cabo en busca de precisar el precio de la propiedad del doctor Triana y de la señora de Cuéllar".

También sin mayores explicaciones los peritos aprecian la desvalorización del terreno por causa del canal de aguas negras que lo atraviesa y divide, en un peso para la porción del norte del canal y en tres pesos para la parte sur del mismo; o sea que tomando como base su avalúo de diez pesos para la vara en la época anterior a la construcción del canal, la fijan ahora en nueve pesos ($ 9.00) y siete pesos ($ 7.00) respectivamente para las zonas que indican. Al solicitarles el apoderado de la parte actora que expusieran las razones en las cuales apoyaron su apreciación, dijeron: "La desvalorización aplicada al lote situado al norte del canal, se fijó, previendo la construcción de un colector, que permita el desarrollo de una futura urbanización y además, que la zona ocupada por dicho canal, sea destinada para vía pública. Como ya se dijo, por ser el canal de imprescindible ejecución, su valor fue tenido en cuenta al calcular la desvalorización del terreno". No resulta clara ni satisfactoria la explicación transcrita; por el contrario, calcular el valor de una obra que quizás pueda realizarse en el futuro como equivalente a la desvalorización actual, no parece un procedimiento adecuado en esta clase de cálculos, pues tal valor —el de la posible canalización— está sometido a contingencias venideras no previsibles. El valor que esa obra pueda tener en el futuro —colector y vía pública— forzosamente tiene que ser incierto, y por lo tanto, no es legal ni equitativo sostenerlo como la justa indemnización que debe pagar el Estado a los demandantes. Otros procedimientos

habría más acordes con la realidad para fijar la indemnización. Por ejemplo, para el lote de la parte sur del canal, los peritos dan una explicación más razonable cuando dicen: "Al lote situado al sur del mismo canal, se le aplicó una desvalorización un tanto mayor, debido a la forma irregular como quedó dividido, desventajosamente urbanizable en el futuro". En general, para este avalúo ha debido tenerse en cuenta especialmente las razones que los mismos demandantes exhibieron como causal de la desvalorización del resto de la finca: división del inmueble que antes mantenía ganados y realizaba cultivos, insalubridad e inferiores condiciones para urbanizarlo.

Las consideraciones que preceden son bastantes para concluir que la prueba pericial aducida para demostrar el cuantum del perjuicio, no reúne los requisitos legales exigidos para ser tenida por el juzgador como una verdad jurídica incontrovertible. Por tanto ha de desecharse.

Resumiendo: en el presente juicio se han probado en forma plena e completa los presupuestos relativos a la propiedad del inmueble de los demandantes; a la ocupación de parte de él por motivo de un trabajo de interés público y beneficio social ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, y a los perjuicios ocasionados con dicho trabajo. Pero no se ha demostrado la cuantía de tales perjuicios en la forma legal. Por consiguiente, la decisión —que ha de ser favorable a los demandantes en su pretensión de obtener la indemnización— se pronunciará condenando a la Nación demandada al pago de los perjuicios en abstracto, para que posteriormente sea liquidada por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases dadas en esta providencia, a saber: valor de las fajas de terreno ocupadas para la autopista y para la construcción del canal. Este valor se determinará teniendo en cuenta las diferentes negociaciones de terrenos realizadas por la época de la ocupación y los demás factores aceptables en estos casos, pero habida consideración a esa época y no a la actual; valor de la desvalorización del inmueble por la construcción de la zanja de aguas negras y por la división del terreno. Al determinar la depreciación del inmueble por estas causas, se tendrá en cuenta además el posible costo de la movilización de tierra para nivelar el suelo. Valor del lucro cesante. Por otra parte, se estimará la valorización del inmueble por la construcción de la autopista o Paseo de los Libertadores, suma que se deducirá del monto total de los perjuicios, como lo previene el artículo 268 del C. C. A.

FALLO

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.—Declárase que con las obras públicas realizadas para la construcción del "Paseo de los Libertadores" —Autopista Bogotá-Puente del Común— la Nación colombiana ocupó materialmente y sin indemnización previa, dos zonas de terreno, una para la autopista propiamente dicha y otra para la construcción de un canal, del inmueble de propiedad de la señora Lucila Calderón de Cuéllar y del doctor Jorge Triana, ubicado en jurisdicción del municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, marcado con el número siete (VII) en el plano levantado por el ingeniero Carlos Arteaga Hernández, cuya copia se encuentra protocolizada con la escritura número 702, de 26 de abril de 1940, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, y que está comprendido dentro de los siguientes linderos: "por el Norte, con terrenos denominados "El Vergel", de propiedad del doctor Manuel Antonio Cuéllar Durán; por el Nor-este, con la zona ocupada por la actual línea de los ferrocarriles Norte y Nordeste; por el Sur, en parte con el lote número uno (I) del mencionado plano, de propiedad del Polo Club de Bogotá, y en parte con el lote número VI del mismo plano, de propiedad del Banco de Bogotá, cuya zona está destinada para calle; por el Occidente, con el lote número 1 de propiedad, como ya se dijo, del Polo Club de Bogotá, y por el Oriente, con la Avenida Caracas". Este lote, según los documentos citados, tiene una superficie de nueve fanegadas siete mil novecientas noventa y dos varas cuadradas y mil ochocientos setenta y cinco diez milésimos de vara cuadrada.

Segundo.—Condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar a los demandantes Lucila Calderón de Cuéllar y Jorge Triana, por partes iguales, a título de indemnización de los perjuicios que dicha entidad les ocasionó con la ocupación de las zonas de terreno y la construcción del canal de aguas negras de que trata el numeral anterior, la suma de di-

nero que en el incidente propio de la ejecución de este fallo (artículo 123 del C. C. A. en armonía con el 553 del C. J.) se determine con arreglo a las bases que para tal efecto se dejan enunciadas en la parte motiva de esta sentencia.

Parágrafo.—El pago correspondiente lo hará la Nación —Ministerio de Obras Públicas— a la señora Lucila Calderón de Cuéllar y al doctor Jorge Triana dentro del término legal, que comenzará a contarse desde el día siguiente al en que quede ejecutoriado el proveído que ponga fin al incidente de que se acaba de hablar, para lo cual se harán oportunamente las comunicaciones pertinentes.

Tercero.—Simultáneamente con el pago ordenado en el punto segundo anterior, la señora Lucila Calderón de Cuéllar y el doctor Jorge Triana otorgarán a la Nación la escritura pública de venta de las referidas zonas de terreno ocupadas por la autopista y el canal.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Manuel Buenahora.—Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara.—

Jorge García Merlano, Secretario.

EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO, NO EXISTE LA FIGURA DE "LA ABSTENCION". — EN QUE CONSISTE. — LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION SON TAXATIVAS.—NO PUEDE FUNDARSE UN IMPEDIMENTO SOBRE "ELEMENTALES RAZONES DE DELICADEZA PERSONAL". — COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES PARA CONOCER DE LAS QUIEBRAS

1.—Si nos atenemos al texto del artículo 42 del C. de P. P., la Sala Penal de la Corte no debe conocer de los negocios de quiebra. Es la Sala de Negocios Generales quien decide estas cuestiones, al tenor del artículo 87 —ord. 3º— de la ley 105 de 1931.

2.—Partiendo del principio indiscutible de que, al fondo de las diferentes legislaciones existen principios universales que, en una u otra forma, las hace coincidir en su letra, o llevan a los funcionarios a desplazarse de la que impera en su país para caer, muchas veces sin quererlo ni saberlo, en la de otro país, se halla una sugestiva semejanza entre las afirmaciones, la literatura empleada, el ambiente general de los autos dictados en este negocio, con la figura jurídica de "la abstención", extraña a la legislación colombiana. Como dice Couture, "en tanto los motivos de impedimento y de recusación procuran la imparcialidad del Magistrado, el derecho de abstención configura un poder jurídico de éste, que no queda sometido en modo alguno a la voluntad de las partes. Se trata de un hecho del Juez; la parte no tiene derecho a pedirle al Magistrado que se aleje del conocimiento del asunto, en razón de existir causas de decoro o de delicadeza. Al Juez, únicamente, es a quien incumbe calificar esas circunstancias y las insinuaciones que pudieran hacerse, no deben ser tenidas en cuenta, ni siquiera como medio de llamar la atención del Magistrado. Si el motivo de decoro o de delicadeza existe, el Juez lo debe poner de relieve.

Constituye la más extravagante suplantación de posiciones la de que los interesados se transformen en árbitros de lo que la conciencia del Juez entiende como motivo de decoro o de delicadeza. La apreciación de esta circunstancia queda librada, exclusivamente, al Magistrado y a su superior. Son necesarias dos opiniones conformes, para que el derecho de abstención pueda acordarse. El Juez por sí mismo no puede declararse abstenido; el superior por sí solo, no puede ordenar la abstención del inferior. Sólo cuando el inferior toma la iniciativa y el superior concede el derecho de abstención, el Magistrado se encuentra en condiciones de poder alejarse del conocimiento del asunto...".

Pero hay otra semejanza entre el hecho de que un Magistrado se declare impedido sin presentar ninguna causal de recusación, de las taxativamente enumeradas en la ley, y de que se declare fundado ese impedimento "POR ELEMENTALES RAZONES DE DELICADEZA", con la figura de "la abstención". Siguiendo al mismo Couture, se tiene que el Juez situado en condiciones de acogerse al derecho de abstención, debe requerir del superior la anuencia del caso. "En esta situación, la autorización puede requerirse de diversas maneras, una de ellas es la estrictamente confidencial, solicitando audiencia del superior y exponiendo verbalmente los motivos. Otra consistiría en dirigirse por oficio, exponiendo los motivos, aun manteniendo el carácter rigurosamente confidencial de la comunicación...".

"El superior decide teniendo en su mano los antecedentes del caso o los informes confidenciales del Magistrado. El propio carácter confidencial hace que no se registre en el expediente otra constancia que no sea la de haberse acordado o denegado el derecho de abstención".

3.—No obstante ser la figura de "la abstención" —que ha figurado en las leyes de otros países, pero no en la nuestra— una categoría menos importante, a la luz del de-

recho positivo, menos exigente en la presentación y estudio de la prueba escrita, menos rigurosa en la tramitación, que la nuestra del impedimento no ha permitido tampoco, para configurar el concepto jurídico de "delicadeza", la presencia de ese ingrediente indefinible que es la "mortificación" producida por "conceptos, apreciaciones o palabras de interesados, ora en virtud de expresiones que por lo menos hay que calificar de indiscretas", ya por sutiles provocaciones de las partes, y ni siquiera a causa de una manifiesta hostilidad del litigante. Como dice Couture, "en el segundo de los sentidos indicados, es decir, en cuanto se trata de evitar que mediante provocaciones se hiera el decoro y la delicadeza del Juez, la jurisprudencia es muy firme. Ni las hostilidades del litigante, ni los procedimientos incorrectos de un Fiscal, ni las apreciaciones hirientes de las partes emanadas por su falta de contención o de cultura, ni las ofensas directas por sí mismas, son motivos que autoricen al Juez a solicitar su derecho de abstención".

"Sería una regla muy perniciosa, se repite, sistemáticamente en todos estos casos, la de consagrar el hábito de inhibirse por haber recibido una ofensa o porque el Magistrado se declare resentido. El litigante malicioso, dice Vásquez Acevedo, 'habría hallado así un medio fácil de quitarse de encima al Juez que le incomode...'".

"El problema no exige tanto una consideración de orden general, como de carácter especial. El superior debe conceder el derecho de abstención al inferior toda vez que advierta que la razón de decoro y de delicadeza corresponde a un escrúpulo legítimo del Magistrado. Debe negarlo, en cambio, si constituye un modo mediante el cual el Juez puede evadir fácilmente el conocimiento de uno o varios asuntos. La irritación del Juez provocada deliberadamente por un litigante, no es por sí misma motivo de abstención.

"Tampoco corresponde conceder la abstención por motivos de excesiva sensibilidad, de quisquillosidades o susceptibilidad extrema. El Juez debe tener el sentido de su función y no eludir el conocimiento de los asuntos por rozamientos fútiles o simples cavilaciones. Una excesiva propensión a sentirse mortificado, revela un temperamento demasiado preciado de sí mismo y, por consiguiente, impropio para juzgar a los semejantes en ese mismo plano de sensibilidad humana".

De manera, pues, que si las legislaciones DE PAISES donde ha existido el derecho de "abstención" no admiten que se la determine por simple consideración de que se ha "mortificado" la sensibilidad del funcionario, mucho menos puede tolerarse que se convierta en factor normativo del impedimento, que es una figura jurídica más exigente y demanda requisitos de mayor precisión y concreción.

Se comprende, pues, por comparación con otras legislaciones, la imposibilidad de construir sobre bases generalistas, impersonales, vagas, la justificación de un impedimento.

4.— Las causales de recusación —que, por mandato del artículo 72 del C. de P. P., obligan a los Jueces a declararse impedidos—, son taxativas.

Fuera de la profusión de antecedentes, doctrinas y fallos de la Corte y de los Tribunales, ello aparece con diamantina claridad en el estudio de la Comisión Redactora del Código: "Hemos procurado no extender demasiado las causas de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo para ello presente lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras. Fuera de esas causas, pueden ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero ES PREFERIBLE UNA ENUMERACION TAXATIVA A DEJAR ABIERTO EL CAMPO A LA ARBITRARIEDAD Y LA MALICIA".

5.— El concepto "elementales razones de delicadeza personal" no constituye causal de recusación y, por lo tanto, no permite fundar sobre él una declaración de impedimento.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales.— Bogotá, octubre nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

Ha venido este expediente a la Sala para decidir sobre el impedimento manifestado, en auto de fecha marzo siete (7) de mil novecientos cin-

cuenta y seis (1956), por el Magistrado Raúl Jurado, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, y que la Sala Dual de dicho Tribunal, en auto de mayo quince (15), consideró infundado por razones que serán estudiadas en la parte motiva de este auto.

Como la mentada Sala Dual resolvió enviar el expediente "de conformidad con el artículo 74 del C. de P. P. a la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal", sea lo primero declarar que, si nos atenemos al texto del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, la Sala Penal de la Corte no debe conocer de este asunto. Es la Sala de Negocios Generales quien decide la cuestión, al tenor del artículo 37 —ordinal 3º— de la Ley 105 de 1931.

Con fecha marzo 17 de 1956, el señor Fiscal 1º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, después de transcribir, en forma textual, el informe pasado a esa Fiscalía por el doctor Guillermo Ribero Angel, como resultado de una investigación llevada a término en su condición de Visitador Delegado de la H. Procuraduría General de la Nación, pide al Magistrado ponente, doctor Luis E. Nieto Arteta, "y a los demás miembros que integran la Sala, que se declaren impedidos para seguir conociendo del proceso en el que hablo, por las razones de que antes de proferir la Sala el fallo que tiene a su estudio, es conocido su pensamiento y la forma en que ha de resolver la Sala, razón por la cual están los señores Magistrados incursos en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P.".

En párrafo posterior, el mismo señor Fiscal dice, textualmente, que "no se ha podido establecer en una forma concreta el empleado que se encargó de divulgar lo que es conocido pública y notoriamente, por las partes militantes en el juicio".

El Magistrado doctor Luis E. Nieto, por auto de marzo veinte (20), se declaró impedido, "vistas las observaciones que en el escrito precedente hace el señor Fiscal Primero del Tribunal y las informaciones sobre las cuales ha fundado tales consideraciones" (la subraya es de esta Sala).

Por auto de abril cinco (5) se aceptó el impedimento, en auto que dice literalmente: "La Sala, por elementales razones de delicadeza personal, está de acuerdo con el doctor Nieto Arteta en lo que manifiesta en su proveído, y estima fundado su impedimento".

El Magistrado doctor Raúl Jurado, en la parte motiva de su auto de mayo siete (7), asumió una posición distinta a la del Magistrado Nieto Arteta. Y este aspecto del problema concreto que se estudia, tiene cierta importancia en relación con el cargo que se le ha hecho, de manera impersonal, a la Sala cuya declaratoria de impedimento fue solicitada. Esa relativa importancia no está directamente relacionada con las razones de fondo por las cuales se producirá este fallo, pero sí con un aspecto que pudiéramos llamar ontológico porque atañe a la conciencia del Magistrado Jurado y a la convicción suya de no haber conceptuado con anterioridad sobre los temas debatidos en este negocio. Dijo así: "Ninguno de los cargos formulados por el señor Visitador, tiene en el expediente la adecuada comprobación. Son simples afirmaciones sin respaldo probatorio de ninguna clase...". "La Sala estaba ocupada en el estudio del proyecto presentado por el H. Magistrado doctor Nieto Arteta cuando se inició la visita del doctor Ribero Angel. Eran muchos los puntos jurídicos planteados y la Sala no sabía todavía en qué sentido iría a pronunciarse. Por eso, no resulta exacto decir que ya se conocía en la ciudad cómo iba a fallar el Tribunal el caso Loewy".

Desembocando en una conclusión contraria a la que parecía derivarse del texto de su auto, el Magistrado Jurado sigue el camino de su colega doctor Nieto Arteta. Dice así: "Al H. Magistrado doctor Nieto Arteta la vida le deparó la oportunidad de aceptar la invitación a declararse impedido. La Sala Dual formada por el H. Magistrado doctor Vives y por el suscrito, aceptó el impedimento por 'elementales razones de delicadeza personal'". "Por esas mismas razones, el suscrito Magistrado acepta también la invitación del señor Fiscal del Tribunal, por lo cual se declara impedido para seguir conociendo de este negocio".

De paso se advierte que el concepto "delicadeza personal" —que ha figurado en algunas legislaciones del mundo—, no fue presentado por el Magistrado Nieto Arteta, quien se limitó a declararse impedido "vistas las observaciones que en el escrito precedente hace el señor Fiscal Primero del Tribunal y las informaciones sobre las cuales ha fundado tales consideraciones", sino por sus colegas de Sala doctores Vives y Jurado. Este matiz del problema tiene alguna importancia para una visión integral del problema, aunque no sirva para fundamentar en él esta providencia.

Partiendo del principio indiscutible de que, al fondo de las diferentes legislaciones existen principios universales que, en una u otra forma, las

hace coincidir en su letra, o llevan a los funcionarios a desplazarse de la que impera en su país para caer, muchas veces sin quererlo ni saberlo, en la de otro país, hallamos aquí una sugestiva semejanza entre las afirmaciones, la literatura empleada, el ambiente general de los autos dictados en este negocio, con la figura jurídica de "la abstención", extraña a la legislación colombiana y a la cual tanto se acercaron algunos Magistrados de Barranquilla. Como dice Couture, "en tanto los motivos de impedimento y de recusación procuran la imparcialidad del magistrado, el derecho de abstención configura un poder jurídico de éste, que no queda sometido en modo alguno a la voluntad de las partes. Se trata de un hecho del juez, la parte no tiene derecho a pedirle al magistrado que se aleje del conocimiento del asunto, en razón de existir causas de decoro o de delicadeza. Al juez, únicamente, es a quien incumbe calificar esas circunstancias y las insinuaciones que pudieran hacerse, no deben ser tenidas en cuenta, ni siquiera como medio de llamar la atención del magistrado. Si el motivo de decoro o de delicadeza existe, el juez lo debe poner de relieve. Constituye la más extravagante suplantación de posiciones la de que los interesados se transformen en árbitros de lo que la conciencia del juez entienda como motivo de decoro o de delicadeza. La apreciación de esta circunstancia queda librada, exclusivamente, al magistrado y a su superior. Son necesarias dos opiniones conformes, para que el derecho de abstención pueda acordarse. El juez por sí mismo no puede declararse abstenido; el superior por sí solo, no puede ordenar la abstención del inferior. Sólo cuando el inferior tenga la iniciativa y el superior conceda el derecho de abstención, el magistrado se encuentra en condiciones de poder alejarse del conocimiento del asunto...".

Esta primera parte permite establecer, de manera inmediata, la que hemos denominado semejanza entre la figura jurídica de "la abstención" y el vocabulario, fuentes de inspiración y ambiente de algunos autos dictados en este negocio.

Pero hay una semejanza más; siguiendo al mismo Couture, tenemos que el juez situado en condiciones de acogerse al derecho de abstención, debe requerir del superior la anuencia del caso. "En esta situación, la autorización puede requerirse de diversas maneras. Una de ellas es la estrictamente confidencial, solicitando audiencia del superior y exponiendo verbalmente los motivos. Otra consistiría en dirigirse por oficio, exponiendo los motivos aun manteniendo el carácter rigurosamente confidencial de la comunicación...".

"El superior decide teniendo en su mano los antecedentes del caso o los informes confidenciales del magistrado. El propio carácter confidencial hace que no se registre en el expediente otra constancia que no sea la de haberse acordado o denegado el derecho de abstención".

El Magistrado Nieto Arteta se declara impedido sin presentar ninguna causal de recusación, de las taxativamente enumeradas en la ley. Sus colegas resolvieron el incidente de la siguiente manera: "La Sala, por elementales razones de delicadeza personal, está de acuerdo con el doctor Nieto Arteta en lo que manifiesta en su proveído, y estima fundado su impedimento". Tampoco mencionan, pues, ninguna causal de recusación. En cambio, incorporan en su decisión un concepto extraño al incidente, pero muy ligado, como ya lo vimos, a la figura jurídica de "la abstención": el concepto de la "delicadeza personal". Y lo incorporan sin motivación alguna, sin explicación concreta de ninguna clase, con un fondo de consideración personal tan íntimo que podría hacer pensar más en la existencia de razones subjetivas y confidenciales que en la realidad de un concepto jurídico objetivo, independiente de las personas y ajustado al texto de nuestra ley escrita.

Y algo más: incorporado ese concepto de manera insólita en el auto de cinco (5) de abril, y como categoría perteneciente al fuero interno de sus firmantes —pues Nieto Arteta no lo había siquiera mencionado—, vemos que va cobrando vida en el expediente, como si se tratara de un incidente de "abstención", y que el Magistrado Jurado lo traslada del estado subjetivo en que se hallaba —estado de mera justificación personal, íntima, de conciencia, como la de quien ha recibido una información confidencial—, al de un ente jurídico con vida propia, independiente de las consideraciones que parecen haber tenido los Magistrados para fallar el impedimento presentado por el doctor Nieto Arteta y objetivado con todas las características de una recia y definida categoría procesal. "**Por elementales razones de delicadeza personal**" se estimó fundado el impedimento del Magistrado Nieto Arteta: es un proceso que parte de la conciencia de los falladores hacia la del impedido. "**Por esas mismas razones**" se declara impedido uno de aquéllos. Es un proceso que parte de su conciencia hacia la de sus falladores. He aquí el típico ambiente interno,

cerrado, conciencial, del incidente de "abstención" que no figura en la legislación colombiana.

Después de estas breves consideraciones, tendientes a clarificar las situaciones semejantes que puedan presentarse en el futuro, volvamos al expediente.

Dice la Sala Dual, en su providencia de mayo quince (15) que estamos revisando: "No desea la Sala entrar en un análisis detenido de todos y cada uno de los cargos consignados en el informe del distinguido Visitador de la Procuraduría General de la Nación, porque media la circunstancia de figurar en él el nombre del distinguido Magistrado doctor Nieto Arteta, el cual como es bien sabido puso fin a sus días en forma trágica en el pasado mes de abril. Pero la Sala estima que son suficientes las razones que da el propio doctor Jurado en su proveído, para disentir de él en cuanto a su declaración de impedimento. Porque la "delicadeza personal" no está contemplada en el Código como causal de impedimento. Las causales de impedimento son taxativas. Ellas están consagradas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal". "Finalmente la Sala considera muy conveniente para los intereses de la justicia conocer el concepto que le merezca a la Honorable Corte Suprema de Justicia la actuación llevada a cabo en este incidente. Es a esa alta Corporación a la que toca decidir en definitiva si el Magistrado doctor Jurado, y como consecuencia el que le sigue en turno, deben seguir conociendo o no del presente negocio.

"Por las razones expuestas esta Sala Dual resuelve: no es el caso de aceptar el impedimento manifestado por el Honorable Magistrado doctor Raúl Jurado, en consecuencia, no se le declara separado del presente negocio".

Llegado el negocio a esta Sala, el doctor Liborio Escallón presentó un poder dirigido al "Señor doctor Domingo Sarasty — Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. — Bogotá. — Ref. juicio de quiebra de Arrow Fábrica Colombiana de Productos Elásticos Limitada—Incidente de recusación contra el Magistrado doctor Jurado de Barranquilla", poder firmado por Emilio Loewy y que reúne los requisitos legales. Está suficientemente clara la destinación del aludido poder, sin lugar a la menor duda sobre el negocio a que se refiere y recibido por la Corte que conoce del asunto en su Sala de Negocios Generales. Por lo tanto, el doctor Liborio Escallón quien figura inscrito como abogado ante la Corte, debe ser tenido como apoderado de Emilio Loewy en este incidente.

El doctor Escallón comparece ante la Corte, Sala de Negocios Generales, para pedir que se mantenga el auto dictado con fecha 15 de mayo postrero. A su estudio pertenece el siguiente párrafo:

"Los motivos de delicadeza personal, no son causales para que determinen el impedimento de un Juez o Magistrado y así lo tiene resuelto la jurisprudencia. Sería muy grave aceptar este extremo, porque entonces todo magistrado que quisiera eludirse del conocimiento de un asunto podría invocar esa causa. Hay casos como el presente, en que los jueces o los magistrados, se sienten mortificados, y con razón, por conceptos, apreciaciones o palabras de interesados en un asunto, de interesados en que se cambie o se varíe el fallador y entonces ponen de manifiesto su delicadeza, lo cual puede estar muy bien, y esto ha pasado, pero los encargados de calificar esa causa, no pueden admitirla por la razón ya expresada y queda así salvado cualquier escrúpulo del Juez o Magistrado. En el caso presente no han faltado esas expresiones que por lo menos hay que calificar de indiscretas".

En desarrollo del análisis que veníamos haciendo para restablecer el desplazamiento de algunos de los Magistrados de Barranquilla hacia formas jurídicas muy cercanas a "la abstención" —que ha figurado en las leyes de otros países— debemos decir que, no obstante ser esta última una categoría menos importante, a la luz del derecho positivo, menos exigente en la presentación y estudio de la prueba escrita, menos rigurosa en la tramitación, que la nuestra del impedimento, no ha permitido tampoco, para configurar el concepto jurídico de "delicadeza", la presencia de ese ingrediente indefinible que es la "mortificación" producida por "conceptos, apreciaciones o palabras de interesados, ora en virtud de expresiones que por lo menos hay que calificar de indiscretas", ya por sutiles provocaciones de las partes, y ni siquiera a causa de una manifiesta hostilidad del litigante. Como dice el citado tratadista extranjero, "en el segundo de los sentidos indicados, es decir, en cuanto se trata de evitar que mediante provocaciones se hiera el decoro y la delicadeza del juez, la jurisprudencia es muy firme. Ni las hostilidades del litigante, ni los procedimientos incorrectos de un Fiscal, ni las apreciaciones hirientes de las partes emanadas por su falta de contención o de cultura, ni las

ofensas directas por sí mismas, son motivo que autoricen al juez a solicitar su derecho de abstención".

"Sería una regla muy perniciosa, se repite sistemáticamente en todos estos casos, la de consagrar el hábito de inhibirse por haber recibido una ofensa o porque el magistrado se declare resentido. El litigante malicioso, dice Vásquez Acevedo, 'habría hallado así un medio fácil de quitarse de encima al juez que le incomode...'.

"El problema no exige tampoco una consideración de orden general, como de carácter especial. El superior debe conceder el derecho de abstención al inferior, toda vez que advierta que la razón de decoro y de delicadeza corresponde a un escrúpulo legítimo del magistrado. Debe negarlo, en cambio, si constituye un modo mediante el cual el juez puede evadir fácilmente el conocimiento de uno o varios asuntos. La irritación del juez provocada deliberadamente por un litigante, no es por sí misma motivo de abstención.

"Tampoco corresponde conceder la abstención por motivos de excesiva sensibilidad, de quisquillosidades o susceptibilidad extrema. El juez debe tener el sentido de su función y no eludir el conocimiento de los asuntos por rezamientos fútiles o simples cavilaciones. Una excesiva propensión a sentirse mortificado, revela un temperamento demasiado preciado de sí mismo y, por consiguiente, impropio para juzgar a los semejantes en ese mismo plano de sensibilidad humana".

De manera, pues, que si las legislaciones de países donde ha existido el derecho de "abstención" no admiten que se la determine por la simple consideración de que se ha "mortificado" la sensible personalidad del funcionario, mucho menos puede tolerarse que se convierta en factor normativo del impedimento, que es una figura jurídica más exigente y demanda requisitos de mayor precisión y concreción.

Ya para terminar este análisis —tendiente a establecer, por comparación con otras legislaciones, la imposibilidad de construir sobre bases generalistas, impersonales, vagas, la justificación de un impedimento—, acogemos un nuevo concepto del tratadista tantas veces citado, que siendo, como lo es, aplicable al incidente de "abstención" —en los países donde él aparece instituído—, con mucha mayor razón lo será en el caso nuestro. Dice Couture: "Es frente, pues, a cada caso concreto que el superior debe analizar las circunstancias de hecho que militan en él, para proceder de acuerdo con las directivas que quedan insinuadas". Fue éste, entre otras, la razón que nos movió a poner el acento en el hecho de que el señor Fiscal recusante, en su oficio de marzo 17, afirma de manera muy perentoria, que "no se ha podido establecer en una forma concreta el empleado que se encargó de divulgar lo que es conocido pública y notoriamente, por las partes militantes en el juicio".

Además de las consideraciones generales hechas para motivar el presente proveído, puede sacarse, en síntesis, lo que sigue:

Primero—Las causales de recusación —que, por mandato del artículo 72 del C. de P. P., obligan a los jueces a declararse impedidos—, son taxativas.

Fuera de la profusión de antecedentes, doctrinas y fallos de la Corte y de los Tribunales, que en gracia de la brevedad nos ahorramos por ser muy conocidos, ello aparece con diamantina claridad en el estudio de la Comisión Redactora del Código: "Hemos procurado no extender demasiado las causas de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo para ello presente lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras. Fuera de esas causas, puedan ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero es **preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia**".

Segundo.—El concepto "elementales razones de delicadeza personal" no constituye causal de recusación y, por lo tanto, no permite fundar sobre él una declaración de impedimento.

Las razones anteriores son suficientes para que esta Sala considere que la providencia revisada está conforme a la ley. Por lo tanto, RESUELVE:

1º—Declárase infundada la causal por la cual el Magistrado doctor Raúl Jurado, del H. Tribunal de Barranquilla, se declaró impedido para conocer de este negocio.

2º—Devuélvase el negocio al Magistrado Jurado para que siga conociendo de él.

3º—El doctor Liborio Escallón es apoderado de Emilio Loewy en los términos y para los efectos del memorial que obra al folio 5 del cuaderno número 30 de este expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo, José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

IMPUGNACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. — PRECLUIDO UN TERMINO, ESTE NO PUEDE REPONERSE SINO CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN CAUSAL DE NULIDAD O CUANDO SE PIDA LA RESTITUCION DEL MISMO.—INTEPRETACION DEL ARTICULO 472 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—Obvio es que, de accederse a la reposición solicitada del auto de citación para sentencia, con el objeto de practicarse una prueba, se quebrantaría el sistema procesal vigente, cuya característica esencial es la de articularse en etapas de tiempo determinado, para que dentro de él se realicen los actos previstos en la ley para cada sección. Precluída una etapa válidamente tramitada no es posible volver sobre ella, a menos que se pida la restitución del término correspondiente, o de que en su desarrollo se haya incurrido en alguna causal de nulidad.

En materia de términos la ley es de aplicación estricta. Términos judiciales —dice el artículo 366 del C. J.— son los plazos señalados por la ley o por el juez para que DENTRO de ellos se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho, o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Ellos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Sólo por excepción puede operarse legalmente la suspensión de un término, o sea cuando se presenta alguna de las causales enumeradas en los artículos 369 y 370 del C. J., o su restitución, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de él, conforme al artículo 372 ibidem.

2.—Un auto puede ser impugnado por extemporáneo, improcedente o ilegal, que son las causas pertinentes para obtener la revocatoria de una providencia.

3.—Parece que el recurrente interpreta el artículo 472 del C. J. en el sentido de que este artículo ha de reemplazar todo el ordenamiento procedimental cuando hay un derecho que la parte no puede hacer efectivo ajustándose al trámite establecido para el caso. Mas ello no es así. No podía el legislador dictar una norma que en la práctica viniera a derogar todas las disposiciones del procedimiento, en las que justamente se asienta el orden jurídico de la nación y dan seguridad y confianza a los asociados en el ejercicio de las acciones judiciales. No puede haber conflicto entre los derechos sustantivos reconocidos por la ley y los diversos procedimientos establecidos para su efectividad, pues precisamente es a través del proceso y dentro de él en donde se ventilan esos derechos y no fuera de él o por encima de sus reglas. Con razón se ha dicho que el proceso es el derecho en ejercicio. Cuando el artículo expresa "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", está reafirmando el concepto de virtualidad, eficacia y necesidad de esos procedimientos, y no subordinándolos en forma alguna. Lo que este artículo reclama, es que el derecho sólo puede hacerse efectivo mediante la aplicación estricta de los sistemas procedimentales establecidos para cada litigio, y por consiguiente, que no podrá haber un reconocimiento judicial de derechos sin la observancia de los trámites preestablecidos. Claro está que las reglas de procedimiento cuando no están claramente definidas en la ley o son dudosas en su aplicación, han de interpretarse en forma que produzcan efectos en derecho: pero cuando son claras y precisas, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (Véase la 5ª edición del Código Judicial del doctor Guillermo Mesa Prieto, 1944).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Sustanciador: Dr. **José Jaramillo Giraldo**)

Interpone el señor apoderado de la parte actora el recurso de reposición contra el auto que cita a las partes para sentencia, fechado el 21 de septiembre último, para que en su lugar se disponga librar un despacho al Ministerio de Obras Públicas tendiente a aducir una prueba que, según el recurrente, dejó de producirse sin culpa alguna de la parte que representa.

En primer lugar se observa que el recurrente no impugna el auto en sí por extemporáneo, improcedente o ilegal, que serían las causas pertinentes para obtener la revocatoria de una providencia: simplemente considera que debe dársele, por ese medio, una oportunidad más, para allegar a los autos el documento que no pudo allegar dentro del término de prueba en defensa de los derechos que representa. El fin que se persigue implica, sin embargo, un acto judicial de imposible pronunciamiento, toda vez que para producirlo tendría que anularse, sin apoyo en norma legal alguna y rompiendo la unidad procesal y su curso progresivo, una etapa ya superada del juicio como es la de los traslados para alegar de conclusión, de la cual hicieron uso tanto el propio recurrente como el representante de la Nación demandada. Y aún más, significaría la restitución a todas luces extemporánea del término probatorio sin causa justificativa para ello.

Obvio es que, de acceder a lo solicitado, se quebrantaría el sistema procesal vigente, cuya característica esencial es la de articularse en etapas de tiempo determinado, para que dentro de él se realicen los actos previstos en la ley para cada acción. Precluida una etapa válidamente tramitada no es posible volver sobre ella, a menos de que se pida la restitución del término correspondiente, o de que en su desarrollo se haya incurrido en alguna causal de nulidad.

En materia de términos la ley es de aplicación estricta. Términos judiciales —dice el artículo 365 del C. J.— son los plazos señalados por la ley o por el juez para que dentro de ellos se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho, o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Ellos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Sólo por excepción puede operarse legalmente la suspensión de un término, o sea cuando se presenta alguna de las causales enumeradas en los artículos 369 y 370 del Código Judicial, o su restitución, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de él, conforme al artículo 372 ibídem.

Si no hay, o no se ha intentado alegar, un vicio de nulidad procesal, ni se ha propuesto la restitución del término probatorio; y si por otra parte el auto de citación para sentencia es pertinente, no hay, como ya se dijo, base legal para la revocatoria solicitada. Con todo, el señor abogado recurrente, que no ignora esto y por el contrario lo reafirma expresando que "...no se le escapa que los procedimientos son de orden público y no pueden estar en manos de las partes", termina por invocar el principio consagrado en el artículo 472 del Código Judicial, a fin de obtener una decisión favorable a su petición.

El artículo 472 citado, dice: "Los funcionarios del orden judicial al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Parece que el recurrente interpreta esta disposición en el sentido de que ella ha de reemplazar todo el ordenamiento procedimental cuando hay un derecho que la parte no puede hacer efectivo ajustándose al trámite establecido para el caso. Más ello no es así. No podía el legislador dictar una norma que en la práctica viniera a derogar todas las disposiciones de procedimiento, en las que justamente se asienta el orden jurídico de la nación y dan seguridad y confianza a los asociados en el ejercicio de las acciones judiciales. No puede haber conflicto entre los derechos sustantivos reconocidos por la ley y los diversos procedimientos establecidos para su efectividad, pues precisamente es a través del proceso y dentro de él en donde se ventilan esos derechos, y no fuera de él o por encima de sus reglas. Con razón se ha dicho que el proceso es el derecho en ejercicio. Cuando el artículo 472 expresa "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", está reafirmando el concepto de virtualidad, eficacia y necesidad de esos procedimientos, y no subordinándolos en forma alguna. Lo que el artículo 472 reclama, es que el derecho sólo puede hacerse efectivo mediante la aplicación estricta de los sistemas procedimentales establecidos para cada litigio, y por consiguiente, que no podrá haber un reconocimiento judicial de derechos sin la

observancia de los trámites preestablecidos. Claro está que las reglas de procedimiento cuando no estén claramente definidas en la ley o son dudosas en su aplicación, han de interpretarse en forma que produzcan efectos en derecho; pero cuando son claras y precisas, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Para abundar en razones y con miras a evitar más interpretaciones erróneas del citado artículo 472, se copia lo que sobre él se anota en la quinta edición del Código Judicial (Ley 105 de 1931) editada por el doctor Guillermo Mesa Prieto en 1944:

"El artículo anterior es sustancialmente el mismo 452 de la Ley 103, tomado a su vez por el Consejo de Estado del 837 del C. J. derogado. Ese artículo no figuraba en el Código de Arboleda y sobre su ausencia en este proyecto se expresaron muchas críticas. Reproducimos en seguida lo que al respecto dijo el doctor Angarita cuando la Corte Suprema estudió el punto, por considerar que en esa exposición hay mucha doctrina de utilidad práctica y de interés histórico:

"El artículo 837 consagra, señores Magistrados, un gran principio, formulado por el señor doctor Francisco Eusterquio Alvarez y por él introducido, siendo Senador de la República, en un proyecto de ley sobre reformas judiciales. Porque pienso que a la verdad es un gran principio la doctrina del artículo, juzgo que no debe prescindirse de él, antes bien colocársele como primero del título preliminar del Código Judicial, para que esté siempre a la vista de los Magistrados y de los Jueces. Paso a considerarlo brevemente, y de modo categórico afirmo que el artículo no autoriza a los Tribunales, como se cree, para que en las sentencias se haga caso omiso de las fórmulas judiciales, ni para alterar las disposiciones legales, ni para hacer lo que la arbitrariedad aconseje. Creer que esto permite el artículo es grandísima inexactitud. Incurre en lamentable yerro el autor del proyecto al afirmar que escudándose con el artículo, podría un juez decretar pruebas no pedidas en tiempo y causar así perjuicios a alguna parte en beneficio de otra. No, esto no lo permite el artículo... El artículo 837 tiene su mejor apoyo en el respeto al texto legal: nada que sea contrario a éste se deduce ni se infiere del espíritu de la letra de aquél. ¿Qué ordena el artículo? Que los textos que versan sobre procedimientos judiciales, tomados en su integridad, sin duda alguna, se interpreten en consecuencia con el objeto de ellos, a saber, la correcta aplicación de la ley sustantiva. En una palabra: que al interpretarlos se atienda a la razón de ellos".

En el caso de estos autos no puede haber duda alguna en cuanto a la aplicación que se ha dado al trámite judicial. El término de prueba —que fue de veinte días— comenzó a correr desde el 25 de septiembre de 1954, las partes pidieron las que estimaron pertinentes, y fueron decretadas, y tal término, como consta en el expediente, se prorrogó hasta el 20 de junio de 1955, en que se suspendió por el tránsito de jurisdicción, y luego, ya en la Corte el juicio, se informó sobre el vencimiento del término con fecha 21 de mayo de 1956, lo que permitió disponer el traslado del negocio a las partes para alegar de conclusión, período del que hicieron uso los litigantes, y que una vez vencido, determinó el pronunciamiento del auto de citación para sentencia. Si a pesar de todo este largo proceso el señor apoderado del actor no ha logrado traer a los autos un elemento probatorio decretado, no es, ciertamente, que por las reglas de procedimiento se le sacrifique el derecho que persigue y que considera le asiste.

Por todas estas razones, la Sala deniega la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

José Jaramillo Giraldo — Jorge García M., Secretario.

SE DECLARA LA NULIDAD DE UNA DILIGENCIA DE INSPECCION OCULAR POR FALTA DE CITACION DE LA NACION DEMANDADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

En escrito de 13 de junio pasado, el señor Procurador Delegado en lo Civil solicita se decrete la nulidad de la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio el 4 del mismo mes por el Tribunal Superior de Santa Marta, comisionado con tal fin por esta Sala, y la actuación subsiguiente a dicha diligencia.

Funda el señor Procurador su petición en los siguientes apartes del escrito en referencia:

"Por auto de 14 de febrero pasado la H. Corte decretó las pruebas pedidas por la parte demandante y entre ellas una inspección ocular, con asistencia de peritos ingenieros, en los terrenos de que trata la demanda. El Tribunal Superior de Santa Marta, comisionado para practicar la inspección, señaló el 3 de mayo para dar principio a ella. En tal virtud, el suscrito se trasladó a Santa Marta con el fin de asistir a la diligencia en representación de la Nación, mas ésta no se realizó porque la víspera el señor apoderado de la parte demandante solicitó su aplazamiento diciendo que no era posible hacer la diligencia, pero sin expresar los motivos que impedían realizarla.

"Al día siguiente, el doctor Roberto Castañeda R., magistrado a quien le correspondió cumplir la comisión, aceptó la solicitud del apoderado de la parte demandante y acordó señalar nueva fecha para la inspección. Este auto no se le dio a conocer al suscrito, no obstante que se encontraba en Santa Marta y que pasó gran parte de ese día en el local del Tribunal, en compañía, precisamente, del magistrado doctor Castañeda. Tampoco se le notificó al perito de la Nación, quien también se encontraba en esa ciudad y solamente vino a notificarse por estado el 8 de mayo siguiente.

"El 28 de mayo, por conducto del Tribunal Superior de Bogotá, se me notificó el auto en que señalaba nueva fecha para la diligencia e inmediatamente agregué al despacho comisorio un memorial reclamándolo porque no se justificaba ese nuevo señalamiento y por considerar, además, que el Tribunal ya había perdido jurisdicción. Sobre esta solicitud no recayó ninguna decisión y el día determinado el Tribunal resolvió practicar la prueba sin asistencia del representante de la Nación. Ahora encuentro que en el acta se dice que la solicitud de la Procuraduría no fue considerada porque el auto a que se refería ya estaba ejecutoriado. Se había ejecutoriado, según el concepto del Magistrado, "en la Administración de Correos Nacionales de Santa Marta".

"Contra esta habilidosa argumentación me permito anotar que el auto no se podía ejecutoriar en la Administración de Correos de Santa Marta, ni en el camino, porque ya había sido reclamado oportunamente, en el momento mismo en que se me notificó, y porque no existiendo un plazo para el diligenciamiento del despacho librado para notificármelo, es claro que respecto a él no podía correr ningún término hasta que las diligencias no estuvieran de nuevo en la Secretaría del Tribunal. De no ser así, la Procuraduría jamás podría interponer recurso alguno cuando se trate de comisiones porque estando su sede en Bogotá necesariamente habrá de recurrir al correo para enviar sus memoriales y entre tanto las providencias se ejecutoriarían, aunque se hubieran reclamado".

Al pedimento transcrito se le ha dado el trámite prescrito en el artículo 456 del C. Judicial, o sea el de una articulación, y es llegada la oportunidad de resolver lo que sea legal.

El apoderado del Municipio de Salamina estima que en el caso en estudio no se configura causal de nulidad alguna. Sostiene que la Procuraduría Delegada estuvo representada en la diligencia de inspección ocular por el perito por ella designado, y que, además, hubiera podido enviar a un representante autorizado. Que, de otro lado, si no está conforme con el dictamen, le cabe el derecho de objetarlo. También alega que el señor Procurador Delegado, en vez de emplear el co-

rreo para enviar su escrito de reposición, hubiera podido emplear, con más eficacia, la vía cablegráfica, y comenta a este respecto:

"De aceptarse como tesis general, lo que sostiene la Procuraduría en este incidente, bastaría que un abogado ausente de su sede en que se sigue un litigio, reclamara contra un auto, poniendo el memorial al correo, para hacer fracasar cualquier actuación importante. La Procuraduría tenía el camino de reclamar por cable, de enviar a un representante de ella o dar instrucciones cablegráficas a uno de los Agentes del Ministerio Público".

Se considera:

Primero.—El señor Procurador Delegado plantea la nulidad de lo actuado por el Tribunal de Santa Marta desde dos puntos de vista diferentes, a saber: a) Falta de jurisdicción de dicha corporación al practicar la inspección ocular cuando el término de la comisión estaba fenecido; b) Haber llevado a efecto aquella diligencia con base en el señalamiento hecho por auto de 3 de mayo pasado, sin haber resuelto previamente el recurso de reposición interpuesto por el nombrado funcionario contra esa providencia. Debido a esta circunstancia, la diligencia se practicó sin la intervención del representante legal de la Nación demandada.

En cuanto a la causal de que trata el punto a), cabe observar que de acuerdo con el informe secretarial que antecede, el término de la comisión conferida al H. Tribunal de Santa Marta en este negocio venció el día 15 de junio pasado.

De consiguiente, al señalar la fecha del 4 de dicho mes para dar principio a la diligencia, el Tribunal actuó dentro del término que se le había señalado previamente. No hay, por tanto, nulidad por carencia de jurisdicción en lo actuado por el Tribunal mencionado.

Segundo.—El Tribunal Superior de Santa Marta fue comisionado para practicar la diligencia de inspección ocular decretada como prueba en este juicio, la cual no tuvo lugar en la fecha señalada por haber pedido su aplazamiento el apoderado de la parte demandante.

Fijada nueva fecha para la diligencia, aquel Tribunal comisionó al de Bogotá para notificar al señor Procurador Delegado en lo Civil el auto respectivo, y así se hizo en esta ciudad el día 26 de mayo del corriente año, fecha en la cual el señor Procurador solicitó la reposición del auto materia de la notificación.

La diligencia de inspección ocular se llevó a cabo en la fecha señalada nuevamente por el Tribunal, o sea el día 4 de junio próximo pasado. En el preámbulo de la diligencia se lee lo siguiente: "Tal petición (la de reposición del auto) no fue posible considerarla porque el auto ya estaba ejecutoriado, como es fácil comprobarlo con la simple confrontación de fechas. En efecto: fue notificado el 26 de mayo y el término legal que señala la ley de tres días quedó fenecido el 30 siguiente".

El término legal de tres días para la ejecutoria del auto mencionado, no podía contarse sino a partir de la fecha en que fue recibido en la Secretaría del Tribunal de Santa Marta el despacho comisorio debidamente diligenciado por el Tribunal de Bogotá, en el supuesto de que no hubiera sido recurrido el auto por el señor Procurador, pero como éste solicitó en tiempo su reposición, esta solicitud tenía que ser considerada por el Tribunal, sin que pueda alegarse que el auto de fijación de nueva fecha ya estaba ejecutoriado. Y mientras no lo estuviera, la diligencia de inspección ocular no podía verificarse.

Existe, por tanto, la causal de nulidad señalada en el numeral 3º del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, o sea "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", porque no puede tramitarse un juicio ni llevarse a cabo una diligencia como la de inspección ocular sin que la parte que pueda ser perjudicada (en el presente caso la Nación) haya sido notificada en la forma legal para que comparezca, y exista la constancia de esa citación, porque de lo contrario no puede saberse si se ha dado cumplimiento al artículo 312, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil.

Por las consideraciones anteriores hay que concluir que es fundada la petición de nulidad formulada por el señor Procurador en los términos transcritos.

En consecuencia, SE DECLARA NULO todo lo actuado en el presente juicio a partir de la diligencia de inspección ocular iniciada el 4 de junio del corriente año.

Cópiese y notifíquese.

Abelardo Gómez Naranjo — **Jorge García Merlano**, Secretario.

RECURSO DE CONSULTA EN JUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS. — CUANDO EL DEMANDANTE PIDE CONDENACION AL PAGO DE PERJUICIOS POR UNA SUMA DETERMINADA O POR LO QUE RESULTE ACREDITADO EN EL JUICIO, LA CUANTIA DE ELLOS SE HALLA FIJADA EN EL LIBELO Y EL JUZGADOR NO PUEDE CONDENAR POR MAS DE LA SUMA INDICADA EN LA DEMANDA

1. — El artículo 134 del C. C. A. dispone que si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, siendo procedente el recurso, "deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa. La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior".

Este artículo es de aplicación, por la Sala, porque el Decreto 0283 de 1956 dice, en su artículo 4º, que cuando en los artículos 261 a 269 del C. C. A. se habla del Consejo de Estado, debe entenderse que se trata de la Sala de Negocios Generales; y el parágrafo del mismo precepto estatuye que en los juicios a que el Decreto se refiere, la justicia ordinaria aplicará en lo pertinente "las normas del procedimiento señaladas por los artículos 126 y siguientes de la ley 167 de 1941".

Esta la razón por la cual puede la Sala revisar todo el fallo de primera instancia, no obstante haberlo aceptado el representante legal de la entidad de derecho público demandada toda vez que no interpuso contra él recurso alguno, y el único apelante es el apoderado del actor.

2.—Cuando se pide condenación al pago de perjuicios, la cuantía de éstos puede ser variable o invariable. La primera asume ese carácter cuando el actor de la acción no la ha señalado en forma determinada, como ocurre cuando en su petición solicita que se le pague la prestación según lo que resulte de lo probado en juicio. Entonces la cuantía de la condena que será fijada por los medios de credibilidad aportados al debate judicial, viene a ser indeterminada. La segunda, o sea la invariable, es aquella que está señalada por el sujeto activo de la acción, por una cantidad determinada, cuya cifra representa el máximo de interés que al demandante le asiste en el litigio, cuya demostración le corresponde para que la justicia la reconozca y declare. Si esa cuantía la fija el demandante, es porque a eso concreta su interés y su aspiración máxima, y el Juez, entonces, encontrando establecida fehacientemente tal cuestión, procederá a decretarla. De manera que expresando el demandante su interés máximo en una suma determinada, no puede el Juez, sin incurrir en una PLUS PETITA, condenar a una suma de dinero superior a la señalada en el libelo, por más que el actor haya solicitado alternativamente con aquélla, que se condene a lo que aparezca acreditado en el juicio, porque esta petición está subordinada a aquélla en que implora el pago de una suma invariable y determinada que, se repite, es el máximo del interés que anima al actor en la controversia. Por eso, esta última invocación no opera ni juega papel por encima de aquélla, porque su interés de antemano está señalado o concretado. De ahí que el QUANTUM que se deduzca de las probanzas no puede exceder de la suma que el demandante ha fijado en el libelo como cifra determinada. (Ver G. J. Tomo LIV bis, página 46).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

— 2 —

Por medio de apoderado demandó el señor Juan B. Martínez Martelo al Municipio de Barranquilla, ante el Tribunal Administrativo de la misma ciudad, para que por sentencia definitiva, previo el cumplimiento de las disposiciones procedimentales señaladas por el Cap. XXII del C. C. A., se declare:

"Que el Municipio de Barranquilla —Empresas Públicas Municipales de Barranquilla—, debe pagar al señor Juan B. Martínez Martelo, por concepto de indemnización por ocupación de un terreno de su propiedad ubicado en esta ciudad en el punto denominado 'La Loma' a causa de trabajos públicos municipales, la cantidad de once mil cuatrocientos pesos ($ 11.400.00) moneda corriente, o la suma que resulte a deber según lo probado en el juicio".

Como hechos se puntualizaron en la demanda los siguientes:

"1º — De conformidad con los certificados números 3132 y 3593 expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla, el señor Juan B. Martínez Martelo tiene el derecho de dominio sobre un predio situado en el punto denominado 'La Loma', jurisdicción del Municipio de Barranquilla, esquina de la calle 10, con la carrera 44 S. A., haciendo estación en el punto donde empieza el predio de la calle 10, en su intercepción con el lado norte, es decir, la esquina N. O., punto que aparece en el plano respectivo con la letra A. Las medidas son: por el Sur 116 metros, por el Norte 120 metros, por el Este 49 metros y por el Oeste 50 metros y linda: al Norte con predios de los señores Munárriz y Restrepos y Edificio Aloteros; al Sur, carrera 44 en medio; Este, calle 9ª, y al Oeste, caño de Barranquilla. Ese lote hace parte de uno mayor según consta en la escritura número 2.250 de 22 de octubre de 1923 de la Notaría Segunda de este Circuito y conforme sentencia definitiva de 10 de diciembre de 1926 dictada por el señor Juez Primero del Circuito de Barranquilla.

"2º — El Municipio de Barranquilla —Empresas Públicas Municipales de Barranquilla—, ordenó la ocupación de parte de ese predio ya determinado para construir una calle, la 7ª, y para ampliar la carrera 44. Para la extensión o ampliación de la calle 7ª ocupó una extensión de mil seiscientos (1.600) metros cuadrados; para la obra de la carrera 44 ocupó una extensión de seis mil metros (6.000) cuadrados. Es decir, para la construcción de calle y carrera el Municipio de Barranquilla —Empresas Públicas Municipales— ocupó en la propiedad del señor Juan B. Martínez Martelo una extensión de siete mil seiscientos (7.600) metros cuadrados.

"3º — Actualmente, en los terrenos de 'La Loma', el metro cuadrado tiene un valor de quince pesos ($ 15.00) moneda legal, más o menos.

"4º El Municipio de Barranquilla —Empresas Públicas Municipales de Barranquilla—, ha expropiado de facto al señor Juan B. Martínez Martelo, ejecutando obras públicas municipales en terrenos de propiedad privada sin el cumplimiento de las etapas que el procedimiento de la expropiación tiene establecidas en la legislación colombiana.

"5º — Las vías de hecho administrativas son del resorte de lo Contencioso Administrativo, cuando se controvierten sus consecuencias jurídicas".

Citó el demandante, como disposiciones violadas, el artículo 30 de la Constitución y la Ley 1ª de 1943, y acompañó al libelo el poder dado por el actor y los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos antes citados.

La demanda —después de haber sido aclarada afirmando que la ocupación de las fajas de terreno para la ampliación de la carrera 44 y prolongación de la calle 7ª se verificó en el mes de julio de 1952—, fue admitida por auto de fecha 9 de diciembre siguiente, y al señor Personero Municipal de Barranquilla, al evacuar el traslado que de ella se le dio, manifestó que no le constaban los hechos 2º, 3º y 4º; que con respecto al 1º se atenía a los documentos públicos allí citados, y en cuanto al 5º es una cuestión de derecho que ni afirmaba ni negaba.

Abierto el juicio a prueba, se practicaron las que solicitó la parte demandante y después de surtidos todos los trámites legales y de resueltos los incidentes de nulidad por incompetencia de jurisdicción, y de objeción al dictamen pericial, por error grave, propuestos por el señor Personero, profirió el Tribunal su fallo, el 20 de mayo de 1954, cuya parte resolutiva dice:

"1º — Declárase obligado al Municipio de Barranquilla a pagar la suma de once mil cuatrocientos ($ 11.400.00) pesos m. l. en favor del señor Juan B. Martínez Martelo, como valor de la indemnización debida por ocupación de hecho, con causa en trabajos públicos;

"2º — Ordénase hacer de la suma debida el descuento del veinte por ciento (20%) como deduc-

ción de la estimación de la valorización de los terrenos; y

"3º—El demandante, señor Juan Martínez Martelo, otorgará a favor del Municipio citado el correspondiente título traslaticio de dominio de las correspondientes fajas de terrenos ocupadas situadas en el punto denominado 'La Loma', en jurisdicción del mismo, al recibir el valor de su indemnización".

De ese fallo apeló el apoderado de la parte actora, por lo cual fueron remitidos los autos al H. Consejo de Estado en donde se surtieron los trámites correspondientes hasta quedar el negocio en condiciones de recibir la sentencia de segundo grado, y en ese estado se envió a esta Sala de Negocios Generales, de conformidad con el Decreto legislativo 0293 del presente año. Por tanto es el caso de proceder al estudio de los elementos de juicio para proferir la decisión final, mas antes conviene exponer la razón por la cual habrá de revisar la Sala todo el fallo de primera instancia, no obstante haberlo aceptado el representante legal de la entidad demandada toda vez que no interpuso contra él recurso alguno, y el único apelante es, como se ha dicho, el apoderado del actor.

El artículo 134 del C. C. A. dispone que si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, siendo procedente el recurso, "deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa. La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior".

Este artículo es de aplicación, por la Sala, al caso de autos, porque el mencionado Decreto 0293 dice, en su artículo 4º, que cuando en los artículos 261 a 268 del C. C. A. se habla del Consejo de Estado, debe entenderse que se trata de la Sala de Negocios Generales; y el parágrafo del mismo precepto estatuye que en los juicios a que el Decreto se refiere (como es el presente), la justicia ordinaria aplicará en lo pertinente "las normas de procedimiento señaladas por los artículos 128 y siguientes de la Ley 167 de 1941".

— II —

Entrase, pues, al estudio de las pruebas aportadas al proceso, para ver si ellas demuestran el derecho de dominio o propiedad del señor Martínez Martelo sobre las zonas determinadas en la demanda, la ocupación de dichas zonas, por el Municipio de Barranquilla, para un servicio público, y los daños o perjuicios consiguientes, cuestiones estas que constituyen, como es sabido, los elementos axiológicos.

El dominio o propiedad. A folios 18 y 18 vuelto del cuaderno número 2 obra, en copia auténtica y debidamente registrada, la escritura número 1497 de 22 de diciembre de 1916, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla, por la cual la razón social "V. Dugan e Hijo" vendió a la sociedad "Domínguez & Martínez" un lote de terreno situado en el lugar llamado "La Loma" de la citada ciudad, lote que mide por sus lados oriental y occidental cincuenta metros; y por sus lados septentrional y meridional trescientos cincuenta metros; "lindando por el norte, con predio de Francisco Carbonell; por el sur y el oriente con predios de Williams Lazd, y al occidente con el caño en medio, hace frente al Paseo Rodrigo de Bastidas".

A folios 19 a 20 del referido cuaderno aparece la escritura número 2.260, suscrita en la misma Notaría 2ª de Barranquilla el 22 de octubre de 1923, por la cual los señores Ladislao Domínguez G. y Juan B. Martínez Martelo, de común acuerdo, disolvieron la sociedad por ellos constituida bajo la razón social "Domínguez y Martínez". De conformidad con la liquidación, efectuada por los otorgantes, correspondió a Martínez Martelo el solar o lote en el terreno de "La Loma" de que da cuenta la escritura número 1497 de 22 de diciembre de 1916.

Los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla (fls. 1 a 3 del C. número 1), acreditan la tradición del inmueble a que se refieren las citadas escrituras, a partir de la número 1497 de 22 de diciembre de 1916 ya mencionada, y comprueban, además: que el 10 de diciembre de 1926 fue registrada la sentencia del Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla por la cual se declaró "que la sociedad de comercio denominada Domínguez & Martínez dejó de existir, por haber sido disuelta y puesta en liquidación", así como también "que el inmueble a que se refiere el punto anterior ha pasado a ser de la exclusiva propiedad de Juan B. Martínez Martelo, por haber sido cedidos a éste los derechos del socio Ladislao Domínguez G. conforme al texto de la escritura de di-

solución"; que el 26 de febrero de 1948 fue registrada la diligencia de deslinde de dos predios situados en "La Loma", uno de ellos perteneciente al señor Juan Martínez Martelo, el cual quedó ubicado en la esquina de la calle 10 con la carrera 44 S. A.; que los registros de la sentencia y del deslinde no han sido cancelados, y que el inmueble materia de la certificación y de propiedad del señor Martínez Martelo se hallaba, en la fecha de dicha certificación (septiembre 20|51) libre de embargos, juicios pendientes, condiciones resolutorias del dominio, etc.

Los documentos que se dejan relacionados establecen, pues, plenamente, el derecho de dominio del demandante sobre el predio determinado en la demanda.

La ocupación y los perjuicios. Estos dos elementos de la acción se estudian conjuntamente, porque a ellos se refiere su prueba principal o sea el dictamen de los peritos, que es necesario analizar en todos sus puntos.

En efecto: el actor pidió la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, para comprobar que las fajas de terreno ocupadas por el Municipio corresponden al predio perteneciente al mismo actor, según las escrituras y demás documentos; y para establecer la superficie de aquellas zonas, el valor de ellas y su ocupación.

El primer dictamen pericial fue objetado por error grave y la objeción prosperó. En consecuencia se repitió, con nuevos peritos, después de haberse efectuado otra diligencia de inspección ocular, y los peritos expresaron:

"a) En relación al punto a) contestamos: Dicha faja sí está comprendida dentro del terreno propiedad del señor Juan B. Martínez Martelo y de acuerdo con las escrituras y el plano que reposan dentro del expediente.

"b) Hemos verificado detenidamente las medidas del caso y ellas están marcadas en el plano que acompaña a nuestro informe. De acuerdo con dicho plano, dichas fajas tienen una superficie de mil cuatrocientos veintidós metros cuadrados, con veinticinco ctms. (1.422,25 m2.).

"c) De acuerdo con nuestro criterio, el valor comercial de las fajas en mención y las cuales tienen el área expresada en el punto anterior, es de cuarenta y siete mil ciento setenta pesos ($ 47.170.00).

"d) La ocupación de dichas fajas por parte del Municipio de Barranquilla sí es de vieja data".

De este dictamen se dio traslado a las partes y el señor Fiscal pidió que los peritos lo ampliaran a fin de que expusieran los fundamentos del avalúo, y al respecto dijeron:

"Volviendo a lo solicitado, hemos fraccionado dichas fajas por zonas y las cuales son ilustradas en el plano primitivo que adjuntáramos inicialmente, indicando allí mismo la cantidad de metros de cada zona, su valor por metro cuadrado y finalmente el valor total. A continuación damos dicha relación:

"	66.94 m.2 a $ 15.00 m2.	$ 1.004.10
	371.25 m2. a $ 20.00 m.2	7.425.00
	513.60 m2. a $ 15.00 m2.	7.704.00
	202.00 m.2 a $ 40.00 m.2	4.080.00
	126.00 m.2 a $ 60.00 m.2	6.560.00
	342.46 m.2 a $ 80.00 m2.	19.396.00
	1.422.25 m.2 que valen en total	$ 47.169.90 (sic)

"Hay una diferencia de $ 0.10 cts. con el informe primero, ya que estos fueron aproximados para redondear completa la cifra dicha antes.

"Al poner los precios por m.2 que hemos asignado, se han tenido en cuenta las siguientes circunstancias:

"En el crucero de la carrera 44 con la calle 8, hay un lote de 10.00 x 15.00 o sean 150.00 mts.2 y el cual fue adquirido por el doctor Hernando Manotas en $ 4.500.00 o sea a razón de $ 30.00 m2. Sin embargo nosotros hemos rebajado dicho valor dándole uno más real y aceptable de $ 20.00 por m2.

"Luego, a medida que nos vamos acercando a la orilla del caño y del sector comercial al rededor del puente David Pereira, así como también a las cercanías del mercadito de Barranquilla, el precio va aumentando conforme se puede apreciar en nuestro reparto.

"En esta forma llegamos hasta la esquina del puente, a la cual hemos asignado un valor de $ 80.00 por m.2 el cual es relativamente bajo dada la importancia comercial de dicha esquina.

"Creemos que en la forma anterior quedan explicadas las juiciosas y correctas observaciones del señor Fiscal".

Como se ve, la ampliación pedida por el señor Fiscal se concretó a lo concerniente al avalúo, pues ninguna observación hizo con respecto a los otros puntos en los cuales se afirma que el Municipio de Barranquilla ocupó varias fajas de terreno de propiedad del demandante y que ellas tienen una superficie de mil cuatrocientos veinti-

dós metros cuadrados con veinticinco céntimetros (1.422.25 m.2). De manera que el concepto de los peritos establece plenamente la ocupación, a causa de trabajos públicos llevados a cabo por el Municipio de Barranquilla, de unas zonas de terreno correspondientes al predio de propiedad del señor Martínez Martelo, determinado en la demanda, o sea el mismo de que dan cuenta las escrituras públicas y los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos ya analizados. Además los señores Luis Molinares, Rafael García y Pablo Ferrer declaran que la entidad demandada llevó a cabo la ocupación, con el ensanche de dos vías públicas, en el mes de julio de 1952.

En cuanto al avalúo de las zonas se considera:

El artículo 721 del C. J. dispone que "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba...". Y sobre esta disposición ha dicho la Corte que al exigirse en ella la debida fundamentación del dictamen para que constituya plena prueba, ha querido "que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone".

Lo primero que se observa al leer el dictamen y su ampliación es que ni en aquél ni en ésta se ha dicho si el valor que se da a las zonas es el que ellas tenían en la fecha de su ocupación, o en la de dicho dictamen. De otra parte, carece el dictamen de "consideraciones lógicas y racionales" para evidenciar sus conclusiones. Se dice, por ejemplo, que para fijar el precio por metro cuadrado se ha tenido en cuenta que en el cruce de la carrera 44 con la calle 8ª hay un lote de 150 m.2 que fue adquirido a $ 30.00 el metro cuadrado, pero se omite exponer si ese predio tiene características semejantes a las zonas ocupadas, y en qué fecha lo compró el doctor Manotas. Tampoco exponen los expertos por qué la proximidad al caño, al sector comercial que rodea el puente David Pereira, y al mercadito de Barranquilla, le da mayor valor a las mencionadas zonas, ni qué circunstancias hacen que en la esquina del puente el valor sea de $ 80.00 el metro cuadrado, pues hablan de la importancia comercial de dicho sector sin dar sus razones.

Adolece, pues, el avalúo, de la explicación y fundamentación debidas, por ello, de conformidad con el citado artículo 721 del C. J. no puede estimarse como plena prueba y, por lo mismo, no es jurídicamente posible fijar en cantidad líquida la suma correspondiente a la indemnización. Por lo cual habrá de condenarse a ella en abstracto o **in genere**, a fin de que se fije su importe en la ejecución de la sentencia, al tenor del artículo 553 del C. J.

Sentado esto, viene a consideración otro punto, no ya del dictamen pericial sino del fallo de primera instancia. En él se dice:

"El dictamen pericial está presentado de común acuerdo y fundamentado por los que intervinieron en la diligencia, pero desafortunadamente el Tribunal se atiene a la petición presentada por el apoderado en el libelo de demanda, ya que ella constituye el límite del pago como indemnización pedida por la ocupación de hecho por parte del Municipio de Barranquilla, de la faja de tierra de la parte demandante; salirse de lo reclamado sería incurrir en el riesgo de dar una decisión **ultra petita**, de acuerdo con lo dicho por el Prof. Hernando Morales, en su curso de Derecho Procesal Civil, pág. 267; lo cual está plenamente respaldado por sentencia de la Corte, en casación de dos de septiembre de 1942, cuando dice: "Bien se comprende que al dejar a salvo en el libelo la posibilidad de que las probanzas arrojen cifra distinta a la señalada por el demandante no puede destruirse la calidad de máximum de aspiraciones que tiene esa fijación hecha por él cuando la consigna en cifra precisa, como es el caso presente".

Ya queda visto cómo y por qué el dictamen de los peritos, en cuanto al avalúo se refiere, no satisface las exigencias del artículo 721 del C. J. por lo cual la condena a la indemnización habrá de hacerse en abstracto para que el importe de ésta se fije en la ejecución de la sentencia. Precisa, por tanto, resolver la cuestión jurídica que plantea el fallador de primera instancia en el párrafo que se deja transcrito, con el fin de saber si la regulación que del **quantum** se haga de conformidad con el artículo 553 del C. J. puede exceder la suma de $ 11.400.00 reclamada en la demanda.

La cuantía, en estos casos, puede ser variable o invariable. La primera asume ese carácter cuando el actor de la acción no ha señalado la cuantía en forma determinada, como ocurre cuando el demandante en su petición solicita que se le pague la prestación según lo que resulte de lo probado en el juicio. Entonces la cuantía de la condena que será fijada por los medios de credibilidad aportados al debate judicial, viene a ser determinada. La segunda, o sea la invariable, es aquella que está señalada por el sujeto activo

de la acción, por una cantidad determinada, cuya cifra representa el máximo de interés que al demandante le asiste en el litigio, cuya demostración le corresponde para que la justicia la reconozca y declare. Si esa cuantía la fija el demandante, es porque a eso concreta su interés y su aspiración máxima, y el Juez, entonces, encontrando establecida fehacientemente tal cuestión, procederá a decretarla. De manera que expresando el demandante su interés máximo en una suma determinada, no puede el Juez, sin incurrir en una plus petita, condenar a una suma de dinero superior a la señalada en el libelo, por más que el actor haya solicitado alternativamente con aquélla, que se condene a lo que aparezca acreditado en el juicio, porque esta petición está subordinada a aquella en que implora el pago de una suma invariable y determinada que, se repite, es el máximo del interés que anima al actor en la controversia. Por eso, esta última invocación no opera ni juega papel por encima de aquélla, porque su interés de antemano está señalado y concretado. De ahí que el quantum que se deduzca de las probanzas no puede exceder de la suma que el demandante ha fijado en el libelo como cifra determinada.

En el caso de autos, se pide expresamente en la demanda que en la sentencia se declare que el Municipio de Barranquilla debe pagar al señor Juan B. Martínez, como indemnización por la ocupación de las fajas de terreno, "la cantidad de once mil cuatrocientos pesos ($ 11.400.00) moneda corriente o la suma que resulte a deber según lo probado en el juicio". Claramente se comprende, por tanto, que la máxima pretensión del actor es la de obtener la cantidad que determina y que sólo en caso adverso se acoge a la que, en menor cuantía, se establezca en el juicio. Esto se deduce, lógicamente, de los propios términos de la frase, desde luego que en primer lugar pide la mencionada cantidad. Siendo esto así, como lo es, indudablemente al fallador se le plantea, preferencialmente, una petición expresa y clara, como es la de condenar a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de $ 11.400.00 como valor de la indemnización que se demanda; y como, según lo antes dicho, de las peticiones formuladas en la demanda no puede salirse el fallador porque incurriría en decisión ultra petita o plus petita, es obvio que de ninguna manera puede reconocerse a favor del actor una suma superior a la de $ 11.400.00 en que él, voluntariamente, estima la indemnización que se le debe, y que por lo mismo reclama preferentemente de la entidad demandada. Distinta sería la cuestión si el actor se hubiese limitado a demandar la suma que se comprobara en el juicio, sin determinarla, porque en ese caso no habría, con respecto al quantum, una limitación, y podría proferirse la condena en la cuantía fijada por los elementos probatorios sin que se incurriera en un fallo fuera de lo pedido o más allá de lo pedido.

Al respecto es suficientemente clara la sentencia de esta Corte, citada en la suya por el Tribunal. Allí se dice:

"...El señalamiento de la cuantía en cifra precisa por el demandante queda en firme cuando no se formulan o no prosperan las objeciones a que el citado artículo 208 autoriza al demandado. Así, cuando se reconoce el derecho del actor y no se ha comprobado satisfactoriamente sobre el quantum, la condena que se hace en abstracto deja para tramitación ulterior la determinación de aquél y precisamente advierte que no puede pasar de ese límite. Y cuando se reconoce al actor el derecho que ejercita y se ha comprobado el monto en avalúo pericial que lo señala en más de tal límite, la sentencia no pasa de éste. Para ello, que es el proceder acostumbrado, se halla el correspondiente ordenamiento legal en la prohibición de fallar ultra petita.

"Bien se comprende que al dejar a salvo el libelo la posibilidad de que las probanzas arrojen cifra distinta a la señalada por el demandante no pueden destruir la calidad de máximum de aspiraciones que tiene esa fijación hecha por él cuando la consigna en cifra precisa, como es el caso presente...". (G. J. Tomo LIV bis, pág. 40).

Por todas estas razones no admite objeción alguna la conclusión a que llegó, sobre este punto, el fallador de primera instancia al afirmar que el Municipio de Barranquilla no puede ser condenado a pagar una suma mayor a $ 11.400.00; mas como, por lo que atrás se ha visto, es necesario deferir la determinación del quantum al incidente de que trata el artículo 553 del C. J., habrá de tenerse en cuenta, para ello, el valor del metro cuadrado de las zonas ocupadas, en la fecha de su ocupación, según estos factores: avalúo catastral, en aquella fecha, del inmueble del cual fueron segregadas tales zonas; el precio comercial del mismo predio en atención a su ubicación urbana; las transacciones de bienes raíces en ese sector en aquella época, y todos los demás elementos que contribuyan razonablemente a la apreciación que se pretende. De otra parte y con

las mismas bases se determinará la valorización de las fajas de terreno tantas veces citadas, de conformidad con el artículo 268 del C. C. A.

FALLO

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA el fallo proferido en este proceso por el Tribunal Administrativo de Barranquilla el 20 de mayo de 1954, así:

1º Declárase que el Municipio de Barranquilla (Departamento del Atlántico), ocupó, incorporándolas a vías públicas de la ciudad, sin consentimiento del propietario y sin indemnización previa, varias fajas o zonas de un lote de terreno perteneciente al señor Juan B. Martínez Martelo, ubicado en el sitio llamado "La Loma" y determinado por los linderos mencionados en la demanda. Dichas zonas tenían, en total, una superficie de mil cuatrocientos veintidós metros cuadrados con veinticinco centésimos de metro cuadrado (1.422,25 m.2).

2º Condénase al Municipio de Barranquilla (Departamento del Atlántico) a pagar al señor Juan B. Martínez Martelo, a título de indemnización por la ocupación de que trata el precedente numeral, la suma de dinero que en el incidente propio de la ejecución de este fallo se fije como valor de las zonas ocupadas, con arreglo a las bases que se han dejado expuestas en la parte motiva de esta providencia. Es entendido que el **quantum** de dicha indemnización no podrá pasar de $ 11.400.00, por las razones que precedentemente se dejan expuestas.

El Municipio de Barranquilla hará el pago dentro del término de quince días a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria del fallo que finalice el incidente mencionado, y simultáneamente el señor Juan B. Martínez Martelo transferirá a aquella entidad, por escritura pública, su derecho de dominio en las referidas zonas.

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara— Jorge García Merlano, Secretario.

EL VENDEDOR NO PUEDE ACOGERSE A LA ACCION DE TENENCIA (ART. 1115 DEL C. J.) PARA OBTENER LA RESTITUCION Y ENTREGA MATERIAL DEL BIEN, CUANDO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA HA SIDO RESUELTO POR FALTA DE PAGO

Exige la acción consagrada en el artículo 1115 del C. J., como principal elemento estructural, que la cosa cuya restitución se pide haya sido DADA EN TENENCIA a la persona demandada, y que haya llegado el tiempo de exigir su restitución. La tenencia según lo define el artículo 775 del C. C., es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, esto es, reconociendo siempre el dominio ajeno.

Por consiguiente, para hacer efectivo el derecho que tiene el vendedor a la restitución y entrega material del bien por parte del demandado, cuando en el contrato de compraventa se ha pactado que puede darse por terminado por falta de pago, no puede el actor acogerse a una acción de tenencia, puesto que en manera alguna cabe calificar la situación de dicho demandado como mero tenedor del inmueble. Y no puede ser de otra manera, porque por el contrato de compraventa y su inscripción en el registro público, acompañada de la entrega real y material de la cosa vendida, el adquirente ES POSEEDOR del bien, y esa calidad no puede convertirse en simple TENENCIA como efecto de la resolución del contrato de venta, porque la posesión es un HECHO, así sea legítima o irregular, y no una ficción jurídica. De modo que en el presente caso, si la resolución del contrato fuese una realidad jurídica, por haber sido válidamente decretada, y hubiese de surtir todos sus efectos, se tendría que el poseedor, remiente a devolver el inmueble, carecería de justo título para seguir poseyendo el bien, pero seguiría poseyéndolo, aún de modo irregular o de mala fe, y por consiguiente cabrían contra él las acciones inherentes a esa condición. Mas no la de tenencia intentada, cuyos presupuestos y alcances están claramente determinados en el artículo 1115 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

El señor Brigadier General Pioquinto Rengifo, en su calidad de Gobernador del Departamento de Antioquia, presentó demanda contra el señor Jesús María Rojas G., para que, previos los trámites del juicio de lanzamiento de que se ocupa el Título XXXVII del Código Judicial, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 1115 de la misma obra, se decrete la restitución, y como consecuencia el lanzamiento del demandado, de la casa situada en San Javier, fracción de la América, de la ciudad de Medellín, y comprendida dentro de los linderos especificados en el hecho primero de la demanda.

Fundamenta la acción en los siguientes hechos:

1) Por escritura número 5773, de 21 de noviembre de 1953, el Departamento de Antioquia transfirió al doctor Jesús María Rojas Giraldo, a título de venta, el derecho de dominio y posesión de una casa de dos pisos situada en el barrio de San Javier, de la fracción de América, distinguida con el número 96-14, por la cantidad de dieciocho mil cuatrocientos nueve pesos con sesenta y siete centavos ($ 18.409.67) moneda corriente, que el comprador se obligó a pagar en determinadas cuotas periódicas. En la cláusula sexta de la escritura, denominada "Causales de terminación del presente contrato", se estipuló que el Departamento podría dar por terminado el contrato por las siguientes causales: "a) Mora en el pago de tres cuotas consecutivas de amortización, seguro de vida y de incendio, sin causa justificativa, a juicio del Consejo Departamental...".

2) Por Resolución número 46, de abril 25 de 1954, el Gobernador del Departamento declaró caducado el contrato de compraventa de que trata el punto anterior, por incumplimiento de las

obligaciones que contrajo el doctor Rojas Giraldo, y dispuso oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos para la cancelación del registro respectivo.

3) "El Departamento es actualmente dueño del inmueble tantas veces citado, porque no lo ha transferido en forma alguna. Sin embargo no está en posesión material de él y por esta razón habrá de acogerse a lo dispuesto en el artículo 1115 del C. J. para que se decrete la restitución y se lance al ocupante que ningún derecho tiene para retener la cosa".

La demanda se apoya en los artículos 669, 740, 745, 756, 775 y 1546, del Código Civil, y en el artículo 1115 del Código Judicial.

El demandado contestó oportunamente el libelo oponiéndose a la restitución demandada, negando el derecho en que se funda y formulando las excepciones de inepta demanda, petición de modo indebido, ineficacia del título y pleito pendiente. El negocio se recibió a prueba, se decretaron y practicaron las que las partes consideraron pertinentes, y precluída dicha etapa el Tribunal del conocimiento dictó la providencia de fecha 14 de octubre de 1956, que desató el pleito en primera instancia, declarando probada la excepción de petición antes de tiempo.

Por apelación interpuesta y concedida al Gobernador del Departamento, esta Sala de la Corte conoce del juicio en su segunda instancia, y como se ha surtido el trámite pertinente procede a decidir.

Ninguna duda ofrece la demanda en cuanto a la acción que ejercita el Departamento de Antioquia, pues tanto la petición formulada como los fundamentos de derecho en que se apoya la determinan claramente. Ella es la consagrada en el artículo 1115 del Código Judicial, que trata de "la restitución de las cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, o que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan". Por tanto conviene examinar los extremos de esta acción para verificar si ellos corresponden a la situación jurídica planteada en los hechos de la demanda.

Exige esta acción como principal elemento estructural, que la cosa cuya restitución se pide haya sido dada en tenencia a la persona demandada, y que haya llegado el tiempo de exigir su restitución. La tenencia según la define el artículo 775 del Código Civil, es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, esto es, reconociendo siempre el dominio ajeno.

Tales presupuestos no se hallan contemplados en el caso de autos. El Departamento de Antioquia transfirió el derecho de dominio y la posesión del bien raíz al señor Jesús María Rojas, como consta de la escritura pública número 5773, de 21 de noviembre de 1953, de la Notaría Tercera de Medellín, y en virtud de ese título el comprador entró en la posesión del bien desde esa fecha. De acuerdo con la cláusula sexta del instrumento citado se pactó que el Departamento podía dar por terminado el contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, especialmente la de pago oportuno de las cuotas de amortización y seguros, y tal facultad fue ejercitada por el señor Gobernador, quien declaró, por medio de la Resolución número 46 de 1954, la caducidad de la compraventa, y dispuso que se comunicara al Registrador de Instrumentos Públicos para la cancelación del registro. Al propio tiempo señaló el término de tres días para que el señor Rojas Giraldo procediera a hacer entrega real y material del inmueble al Departamento. Notificado aquél de la Resolución, manifestó que no estaba dispuesto a entregar la casa porque tenía derechos que hacer valer, y, en efecto, posteriormente demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Resolución mencionada, pidiendo, y obteniendo previamente, la suspensión provisional de ella.

Dando por sentado que la Resolución de caducidad del contrato de compraventa sea válida, es decir, haciendo abstracción de la demanda de nulidad que contra ella formuló el comprador, y aun los efectos de la suspensión decretada por el Tribunal Administrativo, cuya copia obra a folios 7 a 14 del cuaderno de pruebas del demandado, es claro que surgiría para el comprador la obligación de hacer entrega del inmueble al Departamento, quien, por virtud de la resolución del contrato y la cancelación del registro, recuperaría el dominio. Pero para hacer efectivo su derecho a la restitución y entrega material del bien por parte del demandado, no puede acogerse a una acción de tenencia, puesto que en manera alguna cabe calificar la situación de dicho demandado como mero tenedor del inmueble. El propio Departamento en el hecho 5º de la demanda afirma que, siendo actual dueño del inmueble, no está en posesión material de él, es decir, que reconoce en el demandado una situación de posee-

dor. Y no puede ser de otra manera. Por el contrato de compraventa y su inscripción en el registro público, acompañada de la entrega real y material de la cosa vendida, el adquirente es poseedor del bien, y esa calidad no puede convertirse en simple tenencia como efecto de la resolución del contrato de venta, porque la posesión es un hecho, así sea legítima o irregular, y no una ficción jurídica. De modo que en el presente caso, si la resolución del contrato fuese una realidad jurídica, por haber sido válidamente decretada, y hubiese de surtir todos sus efectos, se tendría que el poseedor, renuente a devolver el inmueble, carecería de justo título para seguir poseyendo el bien, pero seguiría poseyéndolo, aun de modo irregular o de mala fe, y por consiguiente cabrían contra él las acciones inherentes a esa condición. Mas no la de tenencia intentada, cuyos presupuestos y alcances están claramente determinados en el artículo 1115 del Código Judicial.

Observa la Sala que en la sentencia objeto del recurso no se hizo un estudio de la acción incoada por el Departamento, y sin embargo se concluye que la acción está acreditada. De esta conclusión, huérfana de toda fundamentación y razonamiento, se deduce que, por el hecho de haber sido decretada por el Contencioso Administrativo la suspensión provisional de la Resolución de caducidad, la acción fue promovida antes de tiempo; y es así como resuelve el Litigio declarando probada esa excepción. Quiso decir el Tribunal que la acción de tenencia, tal como fue formulada por el Departamento, es procedente? Ni los documentos, ni los hechos aducidos, ni los fundamentos de derecho invocados en la demanda dan base para ello. Por parte alguna se ve que el inmueble haya sido dado al señor Rojas Giraldo a título precario, o de mera tenencia, y que hubiese llegado el tiempo de exigirle su restitución, por la vía indicada en el artículo 1115 del C. J. Al contrario, todos los elementos indicados y las pruebas que se produjeron, demuestran que dicho señor entró en posesión material del bien con justo título, y que, en el supuesto de que el contrato esté resuelto o llegue a producirse la resolución, sólo cambiaría esa posesión regular por la irregular o viciosa, en caso de renuencia a restituir el inmueble.

De todo lo dicho surge la conclusión de que la acción ejercida por el Departamento de Antioquia en este proceso no es la que corresponde a los hechos litigiosos que se ventilan, ni al derecho que puede amparar al demandante. En otros términos, que la demanda adolece de ineptitud sustantiva por ser violatoria del principio constitucional de que nadie puede ser juzgado sino ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Por consiguiente, falta un presupuesto del proceso, la demanda en forma, y ha de declararse probada tal excepción, que es perentoria temporal, porque enerva el proceso pero no resuelve los derechos en controversia.

Como el fallo que se revisa da por probada una excepción distinta de la que legalmente se deduce, pero los efectos de esa declaración son iguales a los de ésta, lo pertinente es reformar la providencia y a ello se procede.

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA el fallo materia de la apelación, declarando en su lugar probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda.

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

Manuel Buenahora—Absalón Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

EN JUICIO DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS, EL ACTOR DEBE DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS AXIOLOGICOS DE LA ACCION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciseis de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

La señora Sara Isabel Roca v. de Cepeda, en su propio nombre y como representante legal de las sucesiones iliquidas de Paulina Ester Roca y Zoila Rosa Roca v. de Insignares, por medio de apoderado demandó ante el H. Consejo de Estado a la Nación para que, siguiendo el procedimiento indicado por el Cap. XXII del C. C. A. se le condene:

"a) A pagarle a mi poderdante señora Sara Isabel Roca v. de Cepeda el valor de los perjuicios que ha sufrido con motivo de la ocupación y los daños que le ha causado el Estado Colombiano con los trabajos públicos que adelanta en un lote de terreno de su propiedad, ubicado en el lugar llamado 'La Loma', del perimetro urbano de la ciudad de Barranquilla, y cuyos linderos se determinan en el hecho primero de esta demanda.

"b) A pagarle igualmente a las sucesiones iliquidas de Paulina Ester Roca y Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, representadas por su heredera señora Sara Isabel Roca de Cepeda, mi poderdante, los perjuicios consiguientes a la ocupación y daños causados por los trabajos públicos que la Nación adelanta en dos lotes de terreno pertenecientes a los sucesorios indicados, también situados en el sitio denominado 'La Loma' del barrio urbano de la ciudad de Barranquilla, cuyas medidas y linderos se describen en el hecho segundo de esta demanda.

"Las condenas solicitadas deberán hacerse por las cantidades de dinero que se estimen pericialmente dentro del juicio o mediante el trámite señalado en el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo en relación con el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil".

Para fundamentar la demanda se puntualizaron en ella los hechos que a continuación se resumen:

La demandante, y las sucesiones iliquidas en referencia, son dueñas de sendos lotes de terreno ubicados en el lugar llamado "La Loma" del perimetro urbano de Barranquilla. De esos lotes tomó el Gobierno Nacional, en 1933, para las obras del puerto fluvial, varias porciones, y posteriormente ocupó el resto de esos predios, junto con otros aledaños, destinándolos a la construcción de cuarteles y a otras edificaciones para el citado puerto. A consecuencia de todos los trabajos públicos así ejecutados se ha causado a la demandante y a las sucesiones iliquidas que ella representa los perjuicios consiguientes a la ocupación de sus propiedades y al daño de tales bienes, por lo cual el Estado debe resarcirles el valor de las zonas ocupadas y el de las que han sido dañados.

Con la demanda se presentaron varios títulos tendientes a demostrar el derecho de dominio de la señora v. de Cepeda y de las causantes Paulina Ester y Zoila Rosa Roca en los mencionados lotes, así como algunas certificaciones sobre el reconocimiento judicial de aquélla como heredera de éstas.

Por auto fechado el 10 de junio de 1949 fue negada la admisión de la demanda por estimarse que había sido presentada fuera del término señalado por el artículo 263 del C. C. A., pero interpuesto por el apoderado de la demandante el recurso de súplica contra ese proveído se dispuso el 25 de agosto de 1950, admitir el libelo "en cuanto se refiera a los perjuicios que se hubieren ocasionado en los dos últimos años, precedentes a la fecha de la presentación de la demanda".

Corrido, en consecuencia, el traslado de la demanda al señor Fiscal —quien la evacuó negando los hechos y el derecho, causa y razón expuestos en ella para reclamar la indemnización—, se abrió el juicio a prueba por veinte días, término dentro del cual solamente el representante legal de la Nación adujo algunos documentos para apoyar en ellos su oposición a las peticiones de la demandante. Se dispuso después el traslado del negocio a las partes y finalmente se citó para sentencia.

En ese estado, y de conformidad con el Decreto legislativo número 0283 del presente año, llegó el proceso a esta Sala. De manera que siendo procedente su estudio y decisión, se considera:

De acuerdo con el principio general de derecho probatorio establecido en el artículo 593 del C. J., "Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas". De manera, pues, que para que pueda proferirse a favor de la señora Roca v. de Cepeda un fallo favorable a sus pretensiones, es indispensable que se hallen demostrados en el juicio los elementos axiológicos, o sean los actos de los cuales proceda el derecho por ella reclamado. De ahí que lo primero que ha de verse es el carácter o título con que la indemnización es exigida, es decir, si está probado el dominio o propiedad de la parte actora sobre el inmueble ocupado a causa de trabajos públicos.

Como se deja expuesto, la demandante no aportó ninguna prueba en el término respectivo, y sólo presentó con el libelo algunas escrituras públicas.

Tratándose de bienes raíces, el derecho de dominio debe demostrarse presentando la escritura pública correspondiente, debidamente registrada, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la suficiencia de aquel instrumento, por un período no menor de veinte años. Tal certificado no fue traído al juicio y, por tanto, los instrumentos públicos acompañados a la demanda no son suficientes, por sí solos, para acreditar el dominio o propiedad de la demandante y de sus causantes en los lotes que la demanda determina.

Ahora: aunque en estos juicios no se discute, propiamente, el dominio de los bienes raíces, él debe demostrarse plenamente, porque si se condena a la entidad demandada a pagar, a título de indemnización, el valor del inmueble ocupado, el actor debe transferirle su propiedad en dicho inmueble, y entonces, precisa establecer en autos que el bien raíz está libre de gravámenes y de vicios que puedan afectarlo. De otra parte, si el demandante no comprueba su calidad de dueño, carece de personería para reclamar la indemnización, o como lo ha dicho esta Sala, "mientras él no establezca debidamente que es el dueño de la zona ocupada, para acreditar así que su personería es legítima —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva— no es posible, jurídicamente, ninguna decisión acerca de las declaraciones pedidas en la demanda".

Eso es lo que ocurre en este proceso, por no haber comprobado la parte actora el derecho de dominio sobre los tres lotes de terreno a que se refiere la demanda. Y si además de esto se observa que tampoco comprobó la realización de trabajos públicos en los mismos predios, ni los perjuicios consiguientes, es obvio que no puede hacerse ninguna de las condenaciones pedidas y que, en cambio, debe absolverse a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación de los cargos contra ella formulados en la demanda.

Con costas a cargo de la demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Barrahora—Abelardo Gómez Naranjo, José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara,— Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE UNA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

En sentencia de 22 de octubre de 1954 proferida por el H. Consejo de Estado en el presente juicio, se resolvió:

"Primero.—La Nación está obligada y debe pagar al señor Nicolás Guerrero Fonseca, mayor de edad y vecino de Soplaviento (Bolívar), como indemnización por los daños y perjuicios materiales, que se le han causado como consecuencia de las obras de canalización y rectificación del Canal del Dique (Río Magdalena), en un terreno de su propiedad denominado 'Los Cuervos o Corriente de Carmela', cuyas medidas y colindancias se especifican en la escritura pública número 40 de fecha 18 de agosto de 1939, pasada en la Notaría del Circuito de San Estanislao, Departamento de Bolívar, la suma de un mil ochocientos cincuenta pesos ($ 1.850.00) moneda legal colombiana, que corresponden al avalúo de tres y media hectáreas de terreno utilizadas para la apertura de un nuevo tramo del Canal, y 1.900 metros que por el corte o variante de dicho Canal ha formado una isla económicamente inexplotable. De esta suma deberá deducirse el 20%, según lo dispuesto por el artículo 268 de la Ley 167 de 1941.

"Parágrafo.—El pago procede una vez que el actor transfiera a la Nación el dominio de las porciones de tierra aludidas.

"Segundo.—En cuanto al daño emergente y al lucro cesante proveniente de la destrucción de los árboles frutales y maderables y del rancho de bahareque, la Nación está obligada y debe pagar la suma cuya cuantía se determinará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta al efecto, las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia".

Las motivaciones del fallo que contienen las bases para regular el monto de los perjuicios de que trata el numeral segundo transcrito, rezan así:

"Es evidente, como lo sostiene el señor Fiscal en su concepto, que el demandante ha demostrado que sufrió perjuicios de orden patrimonial con los diferentes trabajos de canalización y rectificación del Canal del Dique; perjuicios consistentes en el corte del potrero denominado 'Los Cuervos o Corriente de Carmela' que dejó desprendida la parte principal de dicho terreno para formar una isla de mil novecientos metros, económicamente inexplotable, y la consiguiente destrucción del pasto existente en el mencionado inmueble, como también de los árboles frutales, árboles maderables, rancho de bahareque y las correspondientes cercas que cerraban el potrero. Por lo tanto, es el caso de acceder a las súplicas de la demanda fijando los perjuicios con base en el avalúo pericial, en lo que respecta a las tres y media hectáreas de terreno utilizadas para la apertura de un nuevo tramo del canal y a los mil novecientos metros lineales que forman la pequeña isla de que antes se ha hecho mención.

"Ahora bien, en cuanto a los 80 árboles de mango, las 200 matas de guineo, los 6 árboles de totumo grande, los 4 árboles de ciruelo, los 300 árboles maderables y el rancho pajizo, durante la tramitación del negocio no se ha tratado siquiera de probar ni de precisar la existencia y destrucción del número de árboles y matas avaluados. Sobre el particular, el demandante en los diferentes hechos de su demanda como el funcionario que practicó la inspección ocular (fs. 32) y los testigos Rafael Ruiz P. y Marceliano Ospino S., guardan silencio en cuanto al número de unidades destruidas. Y este silencio en cuanto a la especificación y precisión es natural comoquiera que en el interrogatorio formulado a los testigos por el abogado que representa al demandante, se lee: 'Diga si es o no cierto que con motivo del mencionado corte o variante todos los árboles frutales y cultivos desaparecieron en su totalidad de la finca?' A esto pregunta contestó Ruiz P.: 'Sí me consta que desaparecieron esos árboles,

así como el rancho de bahareque y pastos en el resto del potrero'. En cuanto al señor Ospino S., contestó la misma pregunta de la siguiente manera: 'Si me consta que desde ese entonces desaparecieron esos árboles frutales y hasta el rancho de bahareque destruído en ese terreno'. (Fls. 33 a 35).

"De lo anterior, pues, se deduce que el número de unidades mencionados por los peritos no tienen existencia real en autos, aun cuando está plenamente demostrado que los trabajos realizados como consecuencia de las obras de canalización y rectificación del Canal del Dique (río Magdalena) en el terreno denominado 'Los Cuervos o Corriente de Carmela' de propiedad del señor Guerrero Fonseca, destruyeron o hicieron desaparecer los árboles frutales y los árboles maderables como también el rancho de bahareque y la porción del mismo terreno cultivada de pasto 'admirable'. En estas circunstancias, pues, precisa condenar en abstracto a la Nación para que el actor mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil demuestre: a) el número de árboles de mango, de totumo, los de guayabo, los de cacao, los de ciruelo, las matas de guinco y los cocoteros; b) la calidad y edad de tales árboles frutales, y c) la extensión del terreno en que estaban sembrados. En cuanto a los árboles maderables se requiere demostrar, igualmente: a) la clase y número de ellos; b) la edad y extensión que los tales ocupaban en el terreno del señor Guerrero Fonseca, y c) si dichos árboles eran aptos para el corte, y el justiprecio de lo anterior.

"Respecto del rancho de bahareque, es preciso demostrar: a) el área sobre la cual estaba construído; b) la calidad y estado de la mencionada construcción en cuanto a paredes, techo, etc.; c) las diversas dependencias y servicios que prestaba y su valor.

"Debe también comprobarse cuál era la extensión del terreno de propiedad del demandante sembrado de pasto admirable; las condiciones de dicho pasto; si estaba destinado al simple sostenimiento de ganado o a engorde, y el justiprecio respectivo".

En atención al ordenamiento del fallo cuya parte pertinente se ha transcrito, el apoderado del actor solicitó al H. Consejo de Estado, en escrito de 3 de diciembre de 1954, que se dé cumplimiento a lo ordenado, y formuló la liquidación especificada de que trata la disposición respectiva, en la siguiente forma:

"Daño emergente y lucro cesante:

"5 árboles de mango filipino, producido por año, 3.000 por árbol. Los cinco árboles producían en el año $ 15.00, en cuatro años, vendido el millar a $ 50.00 son	$ 3.000.00
"75 árboles de mango ordinario. Cada uno de estos árboles produce en el año 3.000 mangos, poco más o menos, lo que quiere decir que los 75 producen en cuatro años 22.500 o sea la suma de	900.00
"6 árboles de totumo grande, cada uno produce por cosecha 50 totumos, o sea, que los 6 producen en los cuatro años 300 totumos, a $ 0.30 c/u. asciende a la suma de	360.00
"4 árboles de guayabo. Cada árbol por cosecha produce $ 10.00, en los cuatro años, la suma de.....	160.00
"2 árboles cocoteros, c/u. por año produce $ 70.00. En los cuatro años 560 cocos a $ 22.00 cada cien.....	123.20
"2 árboles de cacao. En los cuatro años producen 120 libras, poco más o menos, a $ 0.80 libra.....	96.00
"3 árboles de ciruela. Cada uno producía 5.000 frutas, o sea 15.000 los tres árboles. En cuatro años a $ 4.00 el millar	240.00
"Arboles maderables 300. De estos 200 eran de trupil, vivesaco, guayacán, especialmente aptos para madrinas o pilotes de cerca. Cada árbol podría producir 15 madrinas en promedio, dado que algunos podían producir hasta 25 madrinas, o lo que es lo mismo 30.000 en total, que al precio de $ 0.25 c/u.	750.00
"100 árboles entre dividivi, guayacán y trupil, aptos para horcones de construcción. Estos árboles producían en promedio cada uno tres horcones, o sean 300 horcones, que al precio de $ 4.00 cada uno	1.200.00
"200 matas de guineo, producían 33 cargas por año, en cuatro años, que al precio de $ 2.50.....	3.300.00
"8 hectáreas de terreno sembradas de pasto 'admirable', destinadas a alimentar ganado para cría y ordeño. El precio de cada hectárea es de $ 500.00...	4.000.00
"Un rancho de techo de palma, paredes de bahareque y piso de tierra, en	

buen estado. El techo de palma denominada 'amarga', de dos piezas, una dormitorio y la otra para sala. Los horcones de las paredes de dividivi. Tenia el rancho siete metros de largo por tres y medio de ancho..... 200.00

Total.....$ 14.329.20"

Por auto de 31 de agosto de 1955, el H. Consejo de Estado ordenó tramitar la articulación correspondiente. Corrido el traslado de rigor al Fiscal del Consejo, conceptuó en estos términos:

"El demandante fijó la cuantía de los daños materiales y del daño emergente en la suma de $ 7.352.00; y el lucro cesante en la suma de $ 7.349.00. En total la suma de $ 14.701.00.

"Del renglón de perjuicios por concepto de daños materiales, se debe deducir la suma de $ 1.859.00 que corresponde a la indemnización proveniente del valor de tres y media hectáreas de terreno utilizadas para la apertura de un nuevo tramo del canal, y 1.000 metros que por el corte o variante de dicho canal ha formado una isla económicamente inexplotable, terrenos de propiedad del demandante, según la sentencia que se pretende ejecutar.

"En consecuencia, los daños y perjuicios tasados en la demanda quedan reducidos a $ 12.851, aun cuando sometidos desde luego, a la prueba que se aporte durante el trámite del incidente respectivo...

"Sin embargo, es preciso observar que el señor apoderado del demandante al hacer la liquidación de los perjuicios en referencia fija su cuantía en $ 14.329.20, suma que excede en mucho no solamente a la que él mismo fijó en su demanda, previa la deducción de que se ha hablado, sino a la que pueda alcanzar en realidad".

Enviado el negocio al H. Tribunal Superior de Cartagena, en virtud de la sentencia de inexequibilidad del artículo 269 del Código Contencioso Administrativo, se dictó por dicho Tribunal auto de apertura a prueba. Y luego, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Extraordinario número 0293 del presente año, pasó el expediente a esta Sala de la Corte.

Aquí se continuó el trámite de la articulación hasta llegar al estado de dictar la respectiva decisión, a lo cual se procede, mediante el siguiente análisis y estimación de las pruebas producidas en tiempo por el articulante:

Pidió éste, en primer lugar, la recepción de varias declaraciones de testigos, para establecer la cantidad, calidad, etc., de los árboles frutales y maderables, la extensión de terreno cultivado de pasto "admirable", su producción y rendimiento, y las especificaciones relativas al rancho de bahareque.

En segundo término solicitó la práctica de un dictamen pericial "para avaluar los daños y perjuicios materiales determinados en la sentencia del H. Consejo de Estado", con base en los testimonios ya referidos, y en la sentencia citada.

Para la práctica de tales pruebas se comisionó al Juez Municipal de Soplaviento (Bolívar).

Por su parte, el representante de la Nación pidió oportunamente la práctica de un dictamen pericial sobre estos puntos: a) Cuántos jornales son necesarios para la recolección de 15.000 mangos filipinos y 22.500 ordinarios, teniendo en cuenta el salario mínimo; b) cuántos totumos puede producir en un año un árbol de esa clase y cuántos jornales se emplean en su recolección; c) cuántos cocos produce anualmente un cocotero y cuántos jornales se emplean en la cosecha; d) cuántas libras de cacao produce un árbol de esa clase y cuántos jornales se emplean en recoger 120 libras de dicho producto; e) cuántos jornales se emplean en recoger 60.000 frutos de ciruela, y cuál el valor de esos jornales; f) cuántos jornales se requieren para cortar 3.000 madrinas de trupil, teniendo en cuenta el salario mínimo y el descanso dominical; g) cuántos jornales demanda la tala de 100 árboles dividivi, guayacán y trupil, en las mismas condiciones de los salarios; y h) cuántos jornales demanda la limpieza, por año, de 200 matas de guinea, y cuántos en la recolección de 132 cargas de dicho producto.

En este cuaderno número 3, a folios 11 vuelto y 12 frente; 12 vuelto y 13 frente; 14 vuelto y 15 frente y vuelto, se encuentran las declaraciones contestes rendidas por los testigos Arturo R. Castillo Polo, Rafael A. Ruiz, Marceliano Ospino S. y Luis Ramón Artuz, mayores de edad y vecinos del expresado Municipio. Estos declarantes, sin discrepancia alguna, afirman que conocieron personalmente, por haberla recorrido muchas veces antes de las obras de rectificación del Canal del Dique, la finca de propiedad del actor, Nicolás Guerrero Fonseca, denominada "Los Cuervos o Corriente de Carmela", y que por ese conocimiento les consta que dentro de dicha finca fueron destruídos y cubiertos totalmente con el lodo que removió la draga empleada en la obra de

rectificación del Canal mencionado, 5 árboles de mango filipino, 74 de mango común, 6 de totumo grande, 4 de guayaba, 2 de cacao, 3 de ciruela y 2 de coco, todos en estado de producción: 200 matas de guineo, y 300 árboles maderables, entre dividivi, trupil, guayacán y vivasece. Que los árboles frutales y las matas de guineo estaban cultivadas en un espacio aproximado de una hectárea, que es lo que en la región se llama finca. También afirman los testigos de modo uniforme que de igual modo fue destruído el cultivo de pasto admirable, que tenía una superficie de ocho hectáreas más o menos, y que dicho pasto estaba combinado con los árboles maderables ya expresados. Que en esos pastos mantenía el señor Guerrero Fonseca "sus ganados de cría y ordeño". Del mismo modo afirman los testigos que dentro del terreno ocupado con las obras del expresado Canal, fue destruído un rancho de bahareque y techo de palma 'amarga', cuya estructura se componía de horcones de guayacán y vivasecn, y varas de mangle, de una altura de dos y medio metros y que ocupaba una superficie de 25 metros cuadrados, compuesto de dos piezas, sala y cuarto. Por último afirman: "Si es muy cierto y me consta por conocimiento directo, que los árboles frutales que he mencionado producían rendimiento pecuniario al señor Nicolás Guerrero Fonseca, estaban en plena producción cuando fueron destruídos, asimismo los árboles maderables le producían buenas entradas con la venta de horcones y madrinas y estaban aptos en el momento que los destruyeron".

Los peritos Aníbal Daza y Sergio Almeida, al dictaminar sobre los puntos del cuestionario del memorial de pruebas de la parte actora, rindieron su dictamen en los términos siguientes:

"En el dictamen pericial que se nos ha encomendado por la H. Corte Suprema de Justicia en Despacho número 1.495 de diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y seis que se diligencia por este Despacho, después de un riguroso estudio sobre la materia y puntos de nuestra misión, de los daños sufridos por el señor Nicolás Guerrero Fonseca en enero de mil novecientos cincuenta y dos en su finca 'Los Cuervos o Corriente de Carmela' con motivo de la canalización y rectificación del Canal del Dique, hemos llegado de común acuerdo a la siguiente conclusión:

"Daño emergente:

"Cinco (5) árboles de mango filipino, avaluados a $ 35.00 c/u. ....$	175.00
"Setenta y cuatro (74) árboles de mango ordinario avaluados a $ 30.00 cada uno	2.220.00
"Seis (6) árboles de totumo a $ 10.00 cada uno	60.00
"Cuatro (4) árboles de guayaba avaluados a $ 25.00 cada uno.....	100.00
"Dos (2) cocoteros avaluados a $ 35 cada uno	70.00
"Dos (2) árboles de cacao avaluados a $ 20.00 cada uno.....	40.00
"Tres árboles de ciruela avaluados a $ 15.00	30.00
"Trescientos árboles maderables avaluados a $ 3.00 cada uno.....	900.00
"Doscientos (200) matas de guineo avaluadas a $ 8.00 cada una.....	1.600.00
"Valor de un rancho pajizo.....	236.00
"Ocho (8) hectáreas de pastos a $ 75 cada una	600.00
"Seiscientos (600) metros de cercas dañadas	407.00
"Suma el daño emergente..$	6.453.00"

Los peritos hacen en seguida una explicación del avalúo así formulado, diciendo que para fijar el valor de cada uno de los árboles frutales, en sus distintas especies y clases, tuvieron en cuenta la asistencia y cuidado que requieren por año. Así, para los árboles de mango filipino señalan un gasto, en los cuatros años de indemnización de $ 7.50 por árbol; para el totumo, $ 2.50 en el mismo lapso; para el guayabo $ 6.75; para el cocotero, $ 12.50; para los de cacao, $ 10.00; para los de ciruelo, $ 3.75; para las matas de guineo $ 8.00 por mata; para los maderables, $ 3.00 por cada uno.

En cuanto a las cercas dañadas, expresan que se trata de 600 metros de extensión, en el cual existían 800 madrinas; que éstas las aprecian en $ 0.25 por unidad; "ocho (8) rollos de alambre de púas, a $ 13.00 cada uno, 16 libras de grapas a $ 0.50 cada una".

Para el avalúo del rancho pajizo tienen en cuenta los materiales empleados para su construcción, así: 20 horcones a $ 4.00 c/u.; dos culateras a $ 1.50 cada una; tres y media docenas

de varas, a $ 6.00 docena: dos asentaderas a $ 6.00 cada una: 700 latas para el enjable y cerca, a $ 3.00 el ciento: 8 jornales de bejuco a $ 2.00 cada uno: 20 cargas de palma amarga a $ 2.00 cada una. En cuanto a los pastos, calcular que para el cultivo de 8 hectáreas se emplearon cinco toneladas de vástagos de pasto admirable (semilla) a $ 10.00 tonelada; 7 jornales para la siembra a $ 3.00 cada uno y el jornal de un capataz a $ 4.00, todo lo cual da un total de $ 75.00, teniendo en cuenta los precios de los jornales en el mes de enero de 1952.

Lucro cesante

En cuanto a este punto del avalúo, dicen los expertos:

"Las consideraciones que siguen las hemos hecho teniendo en cuenta que el señor Nicolás Guerrero Fonseca, necesitaba para reproducir su finca y ponerla en las mismas condiciones en que estaba cuando se la destruyeron, de cuatro años para los árboles frutales y un año para los guineos y pastos.

"Según nuestro conocimiento, el mango filipino, da en promedio una cantidad de 700 frutos por árbol, en el tiempo perdido los cinco árboles habrían producido 14.000 mangos que a precio de $ 40.00 millar dan una pérdida de....$ 560.00

"Los mangos ordinarios dan una cosecha anual por árbol de 1.000 frutos, los setenta y cuatro perdidos darían en el tiempo señalado 296.000 frutos que a precio de $ 10.00 millar darían un lucro cesante de 2.960.00

"Los totumos: en promedio producen anualmente por árbol 50, tenemos que en el tiempo estipulado habrían producido los seis árboles perdidos 1.200 totumos que a precio de $ 0.30 unidad darían un lucro cesante de..... 360.00

"Los guayabos: produce cada árbol en promedio 1.000 frutos anuales, lo que daría para los cuatro árboles en el tiempo perdido una cosecha de 16.000 frutos que a $ 10.00 millar..... 160.00

"Los cocoteros: Estos árboles está perfectamente comprobado que producen un fruto diario por planta; así que tendríamos para los dos árboles una cosecha en el tiempo estipulado de 2.920 cocos que a precio de $ 200.00 millar producen un lucro cesante de.... 584.00

"Los ciruelos: cada árbol produce una cosecha anual de 5.000 frutos; daría para los tres árboles perdidos una cosecha en el tiempo estipulado de 69.000 frutos que a precio de $ 4.00 millar tendríamos un lucro cesante de 240.00

"Los guineos: una finca de doscientas matas como la perdida produce en el año 360 cargas (40 manos cada carga) que a precio de $ 2.50 carga dan un lucro cesante de 900.00

"Pastos: cada hectárea de pastos en la zona del Dique alimenta permanentemente dos reses, con esta base se habría perdido el pastaje en un año de 192 reses, que a precio de $ 5.00 por res da un lucro cesante de..... 960.00

"Los árboles maderables en las condiciones en que estaban cuando se perdieron habrían producido 300 horcones, que a precio de $ 4.00 dan un lucro cesante de 1.200.00

"De los mismos árboles se podrían obtener de los no utilizables para horcones y residuos de los utilizados 3.000 madrinas, que a precio de $ 20.00 millar dan un lucro cesante de..... 600.00

"Suma el lucro cesante.....$ 8.524.00"

En el segundo dictamen, los peritos Almeida y Daza, dieron respuesta al cuestionario formulado por el representante de la Nación, anteriormente relacionado, en estos términos:

"Debidamente ilustrados con la lectura del cuestionario inserto en el Despacho número 1.496 librado a este Despacho para su diligenciamiento por la Honorable Corte Suprema de Justicia, rendimos nuestro informe, en el cual estamos perfectamente de acuerdo, así:

"Punto a) del cuestionario: Para la recolección de 15.000 mangos filipinos y 22.200 mangos ordinarios se requieren doce (12) jornales, a precio de $ 3.00 jornal .....$ 42.00

"Punto b) La cosecha anual de un árbol totumo está considerada en 50, para la recolección de 300 totumos se requieren seis jornales, a los que correspondería un domingo, haciendo un total de 7 jornales a precio de $ 3.00.. 21.00

"Punto c) Un cocotero está considerado que produce 365 cocos anuales. Para recoger 560 cocos y quitarles la

concha se requieren once jornales a los que corresponden dos domingos, haciendo un total de 13 jornales a precio de $ 3.00 ..... 39.00

"Punto d) Un árbol de cacao produce anual 15 libras. Para recoger y quitarle la concha a 120 libras de cacao, se necesitan dos jornales a $ 3.00 jornal... 6.00

"Punto e). Para la recolección de 60.000 frutos de ciruelo se emplean ocho (8) jornales y un domingo que le corresponde hacen 9 jornales a $ 3.00 cada uno 27.00

"Punto f) Para cortar 3.000 madrinas de vivaseco, guayacán, trupil y dividivi se requieren cuarenta (40) jornales, a los que corresponden siete domingos, haciendo un total de 47 jornales al precio de $ 4.00, ya que son obreros especializados con el hacha 188.00

"Punto g) Para talar cien (100) árboles dividivi, guayacán, vivaseco y trupil se requieren 8 jornales a los que correspondería un domingo, haciendo 9 jornales a $ 4.00 jornal..... 36.00

"En el labrado de 300 horcones redondos, descontando la tala, dejándolos en el terreno, requieren 30 jornales a los que corresponden 5 domingos, haciendo 35 jornales a precio de $ 4.00. 140.00

"Punto h) La limpieza de doscientas matas de guineo en una vez requiere 8 jornales al que corresponde un domingo, haciendo 9 (nueve) a $ 3.00 jornal (en cuatro años 36 jornales)... 108.00

"Para cortar 332 cargas de guineo se requieren 16 jornales a los que corresponden 3 domingos haciendo un total de 19 jornales a precio de $ 3.00..... 57.00

"Suman los gastos....$ 884.00"

Para resolver se considera:

La prueba testimonial de que se ha hecho relación anteriormente, demuestra cuál era el número de árboles frutales y maderables que existían en la finca del señor Guerrero Fonseca antes de la ejecución de las obras del Canal del Dique; las dimensiones y características de la estructura del rancho pajizo igualmente destruído, y el número de matas de guineo, mejoras todas éstas a las cuales se hace referencia en las bases sentadas en el fallo de cuyo cumplimiento se trata. Es de notar que estos testimonios corroboran en términos generales las especificaciones hechas en el escrito de liquidación presentado por la parte actora.

Sobre tales testimonios está cimentado el avalúo pericial. Esta prueba aparece debidamente fundamentada. Los peritos tuvieron en cuenta al rendir su dictamen los distintos factores para calcular con la mayor aproximación el valor del daño emergente y del lucro cesante en una liquidación como la presente.

Las partes no hicieron ningún reparo a las apreciaciones y estimaciones en él contenidas.

Estas consideraciones se refieren no solamente al primer dictamen solicitado por la parte actora, sino también al segundo, pedido por el personero de la Nación, relativo a las deducciones que razonablemente cabe hacer por concepto del costo que implicaba para el actor la explotación de los árboles frutales y maderables, los pastos y la plantación de guineo de que trata el primer avalúo.

Hechas estas consideraciones, se pasa a efectuar la liquidación de los perjuicios de que trata este incidente, en la forma siguiente:

Ya está visto que en el primer avalúo se estima como valor total de los árboles frutales (mango filipino, mango ordinario, toturno, guayabos, cocoteros, cacao y ciruelos) y maderables (trupil, vivaseco, dividivi y guayacán), de las 200 matas de guineo, de las ocho hectáreas de pasto "admirable", el rancho de bahareque y techo de palma "amarga", y los 800 metros de cerca de alambre de púas, la cantidad de $ 6.453.00; y que el valor del producto de las mismas plantaciones de árboles frutales y maderables, según los testimonios anteriormente relacionados, se hallaban en plena producción, las 200 matas de guineo, en las mismas condiciones de producción, las 8 hectáreas de pasto "admirable", y los 300 árboles maderables (lucro cesante), se halla estimado por los mismos peritos en la cantidad de $ 8.524.00, en el término básico de cuatro años.

Para esta primera estimación, según lo dejan explicado los expertos, se tuvo en cuenta el mantenimiento que requiere cada una de las especies de árboles y demás plantaciones avaluadas: "abonos, riegos, limpieza y podas".

Mas, en verdad, al avalúo de lo que constituye el lucro cesante hay que restar el costo de la recolección de los frutos, tal como oportunamente lo solicitó el personero de la Nación.

La estimación de estos costos se halla en el segundo dictamen la cual arroja un total de $ 664.00.

Verificada la operación aritmética que corresponde, se tiene que el producido líquido de los árboles frutales y maderables, las matas de guineo y las 8 hectáreas de pasto, es de $ 8.524.00—$ 664.00=7.860.00.

En resumen se tiene: Valor del daño emergente, $ 6.453.00. Valor líquido del lucro cesante, $ 7.860.00. Total: $ 14.313.00.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve fijar, como en efecto fija, en la cantidad de CATORCE MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS ($ 14.313.00) moneda legal colombiana, el valor de los perjuicios materiales a que se refiere el numeral Segundo de la sentencia de 22 de octubre de 1954 dictada por el H. Consejo de Estado en el presente juicio.

Simultáneamente con el pago de la cantidad expresada, el actor transferirá a la Nación el dominio de las porciones de tierra ocupadas.

De dicha suma se deducirá el 20%, según lo ordenado por el artículo 268 de la Ley 167 de 1941.

Notifíquese y cópiese.

Manuel Bucnahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara.—Jorge García M., Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE CUANDO CON EL TRABAJO PUBLICO SE OCUPA LA MAYOR PARTE DEL INMUEBLE Y EL RESTO DEL MISMO NO PUEDE SER APROVECHADO O UTILIZADO EN FORMA ECONOMICA O COMERCIAL POR EL ACTOR, LA INDEMNIZACION DEBE REFERIRSE A TODO EL INMUEBLE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y por medio de apoderado, el señor Manuel M. Peraza hizo la siguiente relación de hechos para fundamentar la demanda que en la misma oportunidad presentó contra el Municipio de Bogotá:

"1º—El señor Manuel M. Peraza, en virtud de la compra que hizo a la sociedad 'Francisco Vargas & Hermanos' mediante la escritura número mil ochocientos cincuenta y tres (1853) de diez y siete (17) de julio de 1942, otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito, adquirió el dominio y la posesión del inmueble situado en esta ciudad de Bogotá, marcado en sus puertas exteriores con los números 13-00 y 13-08 de la carrera décima y 9-96 de la calle trece, alinderado así: 'Por el Occidente, en una extensión de 15 metros 95 centímetros, con la carrera décima; por el Sur, en una extensión de 10 metros 95 centímetros, con la calle trece; por el Oriente, en una extensión de 15 metros 75 centímetros, con propiedad de la señora Julia Espinosa de Noguera, y por el Norte, en una extensión de 13 metros 65 centímetros, con propiedad de la señora Carolina Vargas de Santamaría'. Este predio no ha sido vendido ni en manera alguna enajenado por el señor Peraza.

"2º—En el año de mil novecientos cuarenta y dos mi poderdante, con la correspondiente licencia o autorización de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio demandado, dio comienzo a unas obras de reparaciones locativas en los almacenes o locales que constituían la casa o edificio existente en el predio determinado en el hecho anterior; pero estos trabajos de reparación fueron suspendidos poco días después, por órdenes y providencias de las autoridades del mismo Municipio.

"3º—Tal suspensión dio origen a un juicio administrativo sobre nulidad de las referidas órdenes y providencias que la decretaron e indemnización de los perjuicios causados, iniciado por Peraza ante ese H. Tribunal y fallado en definitiva por el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha veinte de junio del corriente año de 1951, de acuerdo con las súplicas de la demanda, esto es, en sentido favorable al actor.

"4º—Con motivo de la suspensión en referencia, y desde el día en que se impuso, la casa en cuestión quedó improductiva y prácticamente en abandono, pues el Municipio impedía la continuación de la obra emprendida y el estado en que quedó no permitía habitarla o explotarla arrendando los locales que la formaban, como se venía haciendo antes.

"5º—Así las cosas, el ocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve mi poderdante tuvo ocasión de presenciar que estaban comenzando trabajos de demolición en su edificación: y como él no los había ordenado ni había facultado a nadie para que los hiciera, se trasladó al Juzgado Permanente Central de la ciudad y allí presentó la correspondiente denuncia para que se investigara lo que estaba ocurriendo, así como el causante o responsable de los daños que estaba recibiendo y para que se le amparase en sus derechos tomando las providencias del caso a fin de que se hicieran cesar las arbitrariedades de que se le estaba haciendo víctima.

"6º—El señor Juez permanente recibió la denuncia, y como primera medida en orden al esclarecimiento de los hechos, se trasladó al sitio de ubicación del predio, practicó en él una inspección ocular, y como resultado de estas oportunas gestiones, se llegó a la conclusión de que los trabajos de demolición habían sido ordenados verbalmente por el Secretario de Obras Públicas, doctor Alberto Morales Bárcenas. Y en vista del

atropello que se estaba infiriendo a la propiedad de Peraza, el citado Juez permanente ordenó e impuso la inmediata suspensión de esos trabajos de demolición.

"7º—Con todo, y no obstante que esta orden de suspensión estaba vigente, pues ninguno de los funcionarios competentes ni autoridad alguna la modificó ni la abrogó, en la noche del cinco al seis de agosto del mismo año de 1949, trabajadores del Municipio, siempre por órdenes verbales del mismo Secretario de Obras Públicas doctor Morales Bárcenas, continuaron la labor de demolición que habían empezado el ocho de julio hasta llevarla a su terminación en la noche del siete o en la madrugada del ocho del mismo mes de agosto.

"8º—Estos actos de los funcionarios y trabajadores del Municipio demandado se ejecutaron sin notificación ni aviso previo alguno al señor Peraza y de manera subrepticia, toda vez que los trabajos se llevaron a cabo en la noche anterior a dos días de fiesta consecutivos —municipal la una y religiosa y nacional la otra— y en estos mismos días inhábiles para gestionar en defensa de los derechos del perjudicado y en franca rebeldía contra las disposiciones del Juzgado Permanente.

"9º—La demolición del edificio del señor Peraza.....

"10º—Así permanecieron las cosas durante algunos meses, hasta cuando el propio Municipio, por medio de sus trabajadores de las obras públicas, trasteó también con estos escombros, limpió el mencionado lote donde se hallaban, lo pavimentó y lo destinó a vía pública para ampliar la carrera décima de modo que sirva de prolongación hacia el sur de la Avenida del Libertador. De esta manera el Municipio de Bogotá ocupó de hecho, a causa de un trabajo público, la propiedad particular de mi poderdante, y por consiguiente está en el deber de pagarle la correspondiente indemnización, que como es obvio, debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, y vale la suma expresada atrás".

En la parte petitoria del libelo se expresa: "... demando al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, doctor Rafael M. González, igualmente mayor y de la misma vecindad, para que con su citación y audiencia y mediante los trámites del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, se le condene a pagar a mi poderdante las indemnizaciones que correspondan por razón o con motivo de la ocupación por parte del Municipio demandado, de hecho y con destino a vía pública, del predio perteneciente a mi dicho poderdante, situado en esta ciudad de Bogotá, en el costado noroeste de la esquina formada por la calle trece (13) y la carrera décima (10ª), consistente en una casa o edificio destinado a almacenes de comercio y determinado como se expresa en el hecho 1º de esta demanda. El monto o cuantía de tales indemnizaciones es la suma de quinientos treinta mil pesos ($ 530.000.00) moneda corriente, más la cantidad de cinco mil pesos mensuales desde la fecha de la presente demanda hasta cuando el Municipio demandado haga al actor el pago de lo que reclama, por concepto de lucro cesante desde aquella fecha; en subsidio, la cantidad que se establezca en el curso del juicio, o en la ejecución del fallo, como lo estatuye el artículo 553 del C. J., si llegare el caso".

La demanda se apoya en el artículo 30 de la Constitución Nacional, el capítulo XXII del C. C. A. (Ley 167 de 1941), el título 34, libro 4º del C. C. y en las disposiciones concordantes con éstas.

Al contestar la demanda el Personero Municipal de Bogotá propuso las excepciones de cosa juzgada y pleito pendiente. La primera en razón del fallo por el cual el Consejo de Estado condenó al Municipio de Bogotá el pago de una indemnización de perjuicios, por daños contemplados en la actual demanda, según el excepcionante. La de pleito pendiente, por adelantarse en el Tribunal Administrativo otro juicio que se basa —dice— exactamente en los mismos hechos contemplados por los numerales 1º a 8º del capítulo correspondiente del libelo que ha dado origen al presente juicio.

Traídas al expediente las pruebas que las partes solicitaron y cumplido el trámite procesal de rigor, el Tribunal Administrativo profirió sentencia, con fecha 5 de agosto de 1953, que en su parte resolutiva dispone:

"1º — Declárase no probadas las excepciones propuestas en este juicio.

"2º — Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al señor Manuel M. Peraza o a quien legalmente represente sus derechos, la suma de **doscientos setenta y dos mil cuarenta pesos con cinco centavos moneda corriente** ($ 272.040.05) valor de la totalidad del lote de terreno situado en la esquina noreste formada por la calle trece (13) y la carrera décima (10ª) de esta ciudad (daño emergente), lote ocupado en su mayor extensión con la vía pública (carrera 10ª y calle 13).

"3º—Condénase igualmente al Municipio de Bo-

gotá, a pagar al señor Peraza o a sus representantes, los intereses legales de la suma antes expresada (lucro cesante), liquidados desde la fecha en que se hizo la ocupación del terreno con la vía pública hasta la en que se efectúe el pago.

"Las expresadas cantidades deben pagarse por el Municipio tan pronto como quede ejecutoriado este fallo. (Artículo 549 del C. J.).

"4º—Para obtener este pago deberá el señor Manuel M. Peraza, o sus representantes legales, otorgar previamente en favor del Municipio de Bogotá el correspondiente título traslaticio de dominio por la totalidad del inmueble objeto de la indemnización, esto es, de la zona ocupada por la vía pública y de la zona no ocupada por ella, de acuerdo con los linderos y medidas que figuran en los títulos y demás pruebas que obran en este juicio (artículo 269 del C. C. A.).

"5º—Niéganse los demás pedimentos de la demanda".

Del fallo anterior apelaron ante el Consejo de Estado el Fiscal del Tribunal Administrativo, el Personero Municipal de Bogotá y el apoderado del actor. El Personero concretó su apelación a los ordinales 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia.

Tramitado el recurso ante el H. Consejo de Estado hasta poner el negocio en estado de recibir sentencia de segunda instancia, pasó luego a esta Sala de la Corte para su decisión, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0293 de 1956, habiéndose recibido antes el alegato del señor Fiscal Primero del Consejo y un memorial de desistimiento de algunas pretensiones de la demanda que han quedado ya satisfechas en virtud de pago al demandante.

Llegada la oportunidad de resolver sobre el recurso interpuesto, a ello se procede, mediante las consideraciones pertinentes:

Sea lo primero tener en cuenta el desistimiento, a que se ha hecho referencia, que vino acompañado de una copia del contrato número 138 de fecha 27 de abril de 1955. De ese convenio se toman las siguientes cláusulas: "Primera. **Objeto del contrato.**—El presente contrato tiene por objeto el reconocimiento y pago por parte del Distrito a favor de la Contratista, en su calidad de causahabiente del señor Manuel M. Peraza, del valor de la edificación que existió en el lote que formaba la esquina noreste de la carrera 10ª con la calle 13 de Bogotá, la cual estaba identificada con los números 13-00 a 13-16 de la carrera 10ª y 9-96 a 9-98 de la calle 13 y alinderada, según el título de propiedad así: 'por el occidente, en 15,05 metros con la carrera 10ª de Bogotá; por el sur, en 10,95 metros con la calle 13 de Bogotá; por el oriente, en 15,75 metros con propiedad de la señora Judith Espinosa de Noguera; y por el norte, en 13,75 metros con propiedad de la señora Carolina Vargas de Santamaría'. También tiene por objeto este contrato el reconocimiento y pago por parte del Distrito a la Contratista, del lucro cesante de la dicha edificación, en el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 1942 y el 5 de agosto de 1949, durante el cual ella estuvo suspendida por orden de las autoridades del entonces municipio de Bogotá, o sea hasta cuando la edificación fue demolida por el Municipio y el terreno ocupado por el mismo. Estos reconocimientos y pagos los hace el Distrito en virtud de la sentencia que profirió el Consejo de Estado el 30 de junio de 1951 en el juicio que el señor Manuel M. Peraza adelantó contra el Municipio de Bogotá ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y para dar cumplimiento a dicha sentencia. - **Segunda. Precio del contrato.**—El Distrito reconoce a favor de la Contratista, por concepto de la edificación a que se refiere la cláusula anterior, la cual constaba de seis (6) locales de comercio con un área edificada de doscientos veinticuatro metros cuadrados con ocho mil doscientos cincuenta y cuatro diezmilésimos de metro cuadrado (224,8254 m.2), la cantidad de **treinta mil pesos** ($ 30.000.00) moneda legal colombiana, y como valor del lucro cesante de la misma, en el expresado lapso comprendido entre el 6 de agosto de 1942 y el 5 de agosto de 1949, la cantidad de **doscientos un mil seiscientos pesos** ($ 201.600.00) moneda legal colombiana, o sea el cómputo de la suma de CUATROCIENTOS PESOS ($ 400.00) m. cte. como canon mensual de cada uno de los seis (6) locales durante los siete (7) años que permaneció suspendida la construcción, hasta cuando se demolió. — **Quinta. Obligaciones de la Contratista.**—La Contratista se obliga para con el Distrito... b) A desistir, dentro del juicio número 4889 que se sigue actualmente en el Consejo de Estado, de cualquier reclamación relacionada con las prestaciones que por este contrato se reconocen y pagan según la cláusula Primera del mismo. Estos desistimientos serán consentidos por el Distrito, a fin de que no se condene en costas a la desistente. — **Sexta. Declaraciones de la Contratista.**—...Este arreglo y el pago que por él se efectúe, en forma alguna se refieren a la demanda por pago de indemnizacio-

nes motivada en la ocupación de hecho por el Municipio, con destino a vía pública, de la misma finca de la carrera 10ª con la calle 13, que se halla actualmente en el Consejo de Estado radicada bajo el número 4869. En este pleito se ventilan los siguientes puntos, a ninguno de los cuales se refiere este arreglo: a) Pago de la totalidad del lote; b) Pago de los perjuicios en sus dos elementos de daño emergente y lucro cesante, los que se deben estimar sobre el valor total del lote y el valor de la edificación en el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 1949 y aquella fecha en que se vaya a efectuar tal pago; c) Exención del impuesto de valorización con que se gravó a la finca por las obras de la Avenida 10ª; d) Devolución de los impuestos prediales pagados desde la época de la suspensión de la obra en adelante; y e) Anulación del cobro ejecutivo de más impuestos prediales por la misma finca según expediente número 1425 del Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales del Municipio".

El contrato a que pertenecen las precedentes transcripciones se suscribió por los otorgantes el 27 de abril de 1955. Estima la Corte que tal convenio sirve adecuadamente para interpretar el sentido del memorial de desistimiento de que se ha hecho mención, que figura al folio 63 del cuaderno principal, pues en éste tan sólo se expresa: "a usted atentamente pedimos que al fallar el negocio se tenga en cuenta que parte de las pretensiones del actor han quedado satisfechas en virtud del pago a que se refiere el contrato número 138 de 1955, cuya copia auténtica adjuntamos, pretensiones de las cuales desiste el apoderado de la parte actora, sin que por ello haya lugar a condena en costas, como atentamente lo solicitamos". La Sala acepta el desistimiento anterior fundada en que de conformidad con el poder que obra al folio 6, el doctor Rey Rojas, apoderado del demandante Peraza, tenía facultad para desistir.

El punto que aquí se examina tiene que ver con la excepción de cosa juzgada que propuso el propio señor Personero Municipal al contestar la demanda, el 23 de noviembre de 1951. La excepción se declara no probada en el fallo de primera instancia. La Sala considera que el contrato mencionado y el memorial llamado de desistimiento con que se presenta, sustraen prácticamente de la decisión del pleito los puntos que allí se señalan como ya resueltos por virtud del convenio de las partes sobre el cumplimiento y pago de las prestaciones declaradas en la sentencia del Consejo de Estado que puso término en 1951 a la primera demanda del señor Peraza contra el Municipio de Bogotá.

Claramente resulta de aquel fallo y muy particularmente del convenio a que se alude, que la presente sentencia debe limitarse a las declaraciones pedidas en razón de la ocupación de hecho realizada por el Municipio, del lote de terreno a que ella se refiere, del lucro cesante con el mismo origen y cualquiera otra que razonablemente se comprenda dentro de la parte petitoria del libelo, concebida en estos términos: "...se le condene (al Municipio) a pagar a mi poderdante las indemnizaciones que correspondan por razón o con motivo de la ocupación por parte del Municipio demandado, de hecho y con destino a vía pública, del predio perteneciente a mi dicho poderdante". Como el primer fallo abarcó el valor de la edificación y el del lucro cesante causado por la imposibilidad de su aprovechamiento por el dueño hasta el día en que fue demolida, estas dos prestaciones, ya satisfechas, quedan lógicamente excluídas del fallo que ahora se profiere.

Así, pues, se pasa al estudio de los elementos del juicio para ver si es procedente la acción y si el actor ha demostrado plenamente el derecho que reclama.

En primer lugar, aunque los autos no arrojan la fecha exacta de la ocupación del predio, se infiere lógicamente que ésta se llevó a cabo después de la demolición del edificio, toda vez que la incorporación de la zona de terreno a la carrera 10ª no podía efectuarse antes; y como la casa fue demolida del 5 al 8 de agosto de 1949 y el libelo fue presentado el 4 de agosto de 1951, fácilmente se comprende que la demanda se introdujo en oportunidad legal. Además, en el contrato de que atrás se ha hablado se reconoce por el Distrito a la señora viuda de Peraza el lucro cesante en el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 1942 y el 6 de agosto de 1949, "o sea —dice textualmente dicho contrato— hasta cuando la edificación fue demolida por el Municipio y el terreno ocupado por el mismo". Es decir, que la entidad demandada acepta, de esa manera, que la zona se ocupó tan pronto como la casa fue demolida.

Entrando ahora a fondo en el estudio del negocio se tiene que, de conformidad con los preceptos que regulan estos juicios, son tres los elementos axiológicos: 1º El dominio o propiedad de la parte demandante sobre el inmueble ocupado con motivo de un trabajo público. 2º La intervención

de una persona de derecho público en la realización de la ocupación y de los trabajos con fines de servicio público. 3ª La demostración de los perjuicios. En este orden se examinarán seguidamente las pruebas aportadas al proceso

La propiedad

Plenamente ha demostrado el actor, señor Manuel M. Peraza, su dominio sobre el predio determinado en la demanda, pues con ella presentó copia auténtica y debidamente registrada de la escritura número 1.853 de 17 de julio de 1942, suscrita en la Notaría Tercera de Bogotá, por la cual adquirió él dicho inmueble por compra a la sociedad "Francisco Vargas & Hermanos", y dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito, fechados el 14 de julio y el 28 de agosto de 1942, adicionado el último el 24 de julio de 1951, en los que se acredita la suficiencia de aquel título, de conformidad con el artículo 635 del C. J.

Los trabajos públicos y la ocupación

De las copias tomadas del sumario contra Alberto Morales Bárcenas, y que obran a folios 43 a 52 del cuaderno número 1º, aparece que en la diligencia de inspección ocular, practicada el 8 de julio de 1949, fue hallada en demolición la casa del demandante, ubicada en la calle 13 con carrera 10ª; que dentro de esa diligencia, y en exposiciones rendidas después, algunos de los obreros que trabajaron en la demolición afirmaron que ésta se había efectuado por orden verbal del doctor Morales Bárcenas, Secretario de Obras Públicas del Municipio de Bogotá; y que el citado doctor Morales, en indagatoria rendida el 19 de mayo de 1950, confesó que por disposiciones del Gobierno Municipal de Bogotá había sido destruida la casa del señor Peraza.

En la inspección ocular llevada a cabo en primera instancia a solicitud del demandante, el 7 de marzo de 1952, se identificó el predio o lote y se comprobó que estaba ocupado en parte por la vía pública y que una pequeña zona restante servía de estacionamiento a vehículos particulares. Esto lo aseveran también los peritos en su dictamen, y exponen, además: que el solar tenía una área total de 220.3869 m.2 o sean 344.3545 v.2; que la zona destinada a la ampliación de la carrera 10ª fue de 158.7758 m.2 o sean 248.0871 v.2, y la zona cedida a la calle 13 fue de 2.3196 m.2 o sean 3.6244 v.2; y que el área restante, o lo que podría quedar al demandante señor Peraza, tiene 59.2915 m.2 o sean 92.6430 v.2.

No puede, por tanto, remitirse a duda, que el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, demolió la casa de propiedad del demandante señor Manuel M. Peraza y después incorporó a la carrera 10ª una gran parte del lote correspondiente a ese inmueble. Así lo acepta, por otra parte, la entidad demandada en el contrato de que atrás se ha hablado.

Los perjuicios

Este tercer elemento de la acción es el que demanda estudio más amplio y cuidadoso, por lo cual es indispensable resumir lo que al respecto resulta de algunas pruebas, así como lo alegado por el señor Fiscal del Consejo de Estado y los razonamientos del fallador de primera instancia.

Dictamen pericial.—Estiman los peritos que el precio de la vara cuadrada del predio del demandante es de $ 790.00, lo que fundamentan en diversas operaciones celebradas sobre inmuebles ubicados en el mismo sector de aquel predio, en la opinión de reputados expertos en ese negocio, y en factores tales, como la productividad de inmuebles en aquella zona, la actividad comercial de la misma, las vías de acceso, la situación, tamaño y forma del lote, etc. De otro lado consideran que la productividad de las propiedades, que induce a los dueños a no desprenderse de ellas sino por excepcionales circunstancias; la situación económica general; el temor de los inversionistas a los gravámenes fiscales, y otras circunstancias, han estancado las operaciones comerciales sobre bienes raíces en la zona urbana en referencia y consecuencialmente han detenido la valorización por varios años y por lo mismo juzgan que los precios de los inmuebles eran, al rendir el dictamen (26 de marzo de 1952) los mismos que tenían en 1949. Sostienen también que el área que no fue destinada a la ampliación de las vías, y que está formada por una faja de 3.12 metros de frente por la calle 13, 3.90 metros por su lindero norte, 16,58 metros por la carrera 10ª y 17.68 metros por el lindero oriental, "no es susceptible de ser aprovechada ni utilizada en forma económica o comercial por su propietario". Al efecto exponen:

"Como puede verse en el plano que adjuntamos, el lote en cuestión tiene un exiguo fondo

que gravaría en forma extraordinariamente antieconómica cualquier edificación que sobre él quisiera levantarse de acuerdo con las normas municipales, pues, además de la anchura de las paredes habría que resolver el problema de cimentación sobre el lindero oriental para no perjudicar el edificio contiguo, lo que acabaría por reducir el área aprovechable. Además de esto, la instalación de ascensores, escaleras, sanitarios y corredores de entrada obligaría a construir locales tan pequeños e incómodos que su arrendamiento sería difícil si no imposible o reduciría su productividad en forma ruinosa para el inversionista.

"En efecto, sobre el área citada de 59.2915 metros cuadrados, habría que deducir, en caso de que se intente construir una edificación de seis o más pisos, al rededor del 45 % del área total para escaleras, sanitarios, ascensores, paredes y columnas de cimentación. Quedaría, pues, una área aprovechable por cada uno de los pisos de 30 metros cuadrados aproximadamente, los cuales se podrían arrendar a razón de 4.00 el metro cuadrado mensualmente, lo que produciría una renta bruta de $ 120.00 mensuales o sean $ 1.440 anuales, de los que habría que descontar las sumas correspondientes al montaje de un ascensor que vale aproximadamente $ 10.000.00 por piso y cuya amortización debe hacerse de acuerdo con las normas corrientes; al impuesto predial, aseo y vigilancia; reparaciones locativas; sostenimiento del ascensor y pago de los empleados de éste. Estos gastos equivalen más o menos a $ 1.600.00 anuales por piso, lo que demuestra de manera evidente **que el lote que queda como de propiedad privada de Peraza no es susceptible de ser aprovechado ni utilizado en forma económica o comercial por su propietario.** Tan cierto es esto que la propia Oficina del Plan Regulador de la ciudad, en concepto comunicado al Director de la Sección de Adquisición de Inmuebles, que tuvimos a la vista, aseveró que el lote en cuestión no era aprovechable y debía, por lo tanto, ser adquirido por el Municipio.

"Lo anterior nos sirve de base incontrovible para afirmar también **que el lote que resta del destinado para la ampliación de la carrera 10ª no ha tenido valorización de ninguna especie por razón de la construcción de la Avenida del Libertador** ya que siendo inaprovechable para el dueño en nada se beneficia sino que más bien se perjudicaría gravemente con dicha obra si no existiera la disposición municipal consignada en el Acuerdo número 70 de 1944, que obliga al Municipio a adquirir las porciones que no fueren técnica y legalmente aprovechables. Es obvio que esta adquisición debe hacerla el Municipio por su valor comercial teniendo en cuenta el avalúo dado al total del lote".

Con estas bases los peritos avalúan la totalidad del lote en $ 272.040.05, a los cuales, dicen, debe sumarse "el valor de los impuestos prediales que Peraza ha pagado por la finca de que fue desposeído, causados a partir de la fecha de la ocupación, y de los que pague o deba pagar hasta cuando se cubra el valor de la indemnización..."; y aprecian el lucro cesante en el interés del 9% anual sobre el valor de la indemnización por el daño emergente, desde que se efectuó la ocupación, o sean $ 2.040.30 mensuales.

A solicitud del representante legal de la entidad demandada los peritos ampliaron su dictamen para explicar por qué, en su concepto, debe incluírse en el daño emergente el valor del impuesto predial que ha pagado o debe pagar el propietario. Y así dicen que si el Municipio ha incorporado el inmueble a un servicio público, "es obvio que no puede exigirse el impuesto a la persona que fue privada del derecho por el acto del Estado sino que es éste el que debe responder de tal impuesto desde el momento de la expropiación". De la misma manera, y mediante prolijas consideraciones legales, afirman que para la estimación del lucro cesante debe tenerse en cuenta, como ellos lo han hecho, el interés corriente y no el legal. Al efecto, entre otros razonamientos exponen:

"El interés legal fijado a espaldas de la realidad económica es hasta cierto punto arbitrario e implica una sanción para aquellas personas que por descuido o negligencia se han abstenido de fijar intereses en sus convenciones. No sucede lo mismo en el caso de indemnizaciones por culpa o por hechos de terceros, pues, en este evento se hace imposible para el damnificado estipular intereses y debe recurrirse al avalúo o fijación pericial....

"Si bien es cierto que en la regulación del interés corriente que se hace judicialmente los jueces se conforman con una prueba sumaria que consiste habitualmente en certificaciones bancarias o de Cámaras de Comercio, los peritos tienen un campo de acción más vasto que se presta sin lugar a duda a una mejor y más equitativa apreciación...

"De lo anteriormente expuesto se deduce que

no es exagerado ni mucho menos fijar, como fijamos, en un 9 % el interés corriente, o sea, los frutos del capital que determinamos como valor del daño emergente en el dictamen pericial".

El fallo de primer grado—En él estima el a quo que por ser muy claros y técnicos los fundamentos del dictamen pericial éste debe ser acogido, mas no en lo relativo al porcentaje que fijan para deducir el lucro cesante, ni en lo concerniente a la inclusión, en el daño emergente, de las sumas que por impuesto predial haya pagado el demandante. De ahí que el Tribunal haga las condenaciones que atrás se han dejado transcritas.

El alegato del señor Fiscal del Consejo. Puntualiza el señor Fiscal su desacuerdo con el fallo de primera instancia únicamente en cuanto en él se considera que no hay lugar a deducir suma alguna por concepto de valorización. Anota que el avalúo de la zona se hizo teniendo en cuenta los factores comerciales del inmueble en la fecha del dictamen, de manera que influyó en la apreciación la ampliación de la carrera 10ª que, desde luego, valorizó el predio del demandante; y observa que el artículo 268 del C. C. A. es imperativo al disponer que si los peritos no estiman la valorización, "siempre se deducirá el 20 por ciento...". Termina el señor Fiscal conceptuando que la sentencia recurrida debe adicionarse disponiendo deducir del valor total de la indemnización el 20%.

Como atrás se ha dicho, el actor demanda "las indemnizaciones que corresponden por razón o con motivo de la ocupación por parte del Municipio demandado, de hecho y con destino a vía pública", del predio determinado en la demanda. Está demostrado que el Municipio de Bogotá (hoy Distrito Especial) ocupó en su mayor parte el lote en mención, puesto que de 344 3545 v.2, área total de dicho lote, sólo dejó sin incorporar a las vías públicas 92.6430 v.2. Luego si —como lo aseveran los peritos— esta pequeña superficie no puede ser aprovechada ni utilizada en forma económica o comercial por el demandante, es claro entonces que queda afectada por la ocupación y por lo mismo la indemnización toca también con ella. Y no cabe argumentar que esa pequeña zona no ha sido ocupada realmente por la entidad demandada, pues aunque ello es así, las conclusiones de los peritos demostrarían que la ocupación de la mayor parte del predio dañó la exigua zona restante, y por ese daño debe recibir el propietario la indemnización correspondiente o sea el valor comercial de esa área, sin que por la circunstancia de tratarse de un daño se menoscabe la jurisdicción de la Sala para pronunciarse sobre el particular, pues al respecto se ha dicho:

"Consagra, pues, el artículo 263 del C. C. A. dos acciones: una por ocupación permanente de la propiedad particular, y otra por los daños causados a dicha propiedad. De la primera conoce hoy la justicia ordinaria de conformidad con el fallo sobre inexequibilidad de varios artículos de la Ley 167 de 1941, proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y en atención al Decreto legislativo número 0293 de 15 de febrero del presente año, en vigencia desde el 29 de ese mismo mes; de la segunda conoce la justicia contencioso administrativa. Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquélla se causen éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria". (Fallo, 11 de junio de 1956, en el especial de Leticia Castro de Pupo contra el Municipio de Valledupar).

Planteada así la cuestión, se pasa al estudio de los puntos tratados en el dictamen pericial.

Las razones expuestas por los peritos para demostrar que la pequeña zona restante no puede ser utilizada por el demandante, son aceptables, pues las motivan y fundamentan debidamente. De ahí que, conforme a la tesis que se deja enunciada, sea jurídico el reconocimiento, a favor del propietario, de la indemnización por la ocupación de una parte del predio y por el daño o inutilidad del área restante.

El avalúo dado a la vara cuadrada lo halla la Sala igualmente explicado y debidamente fundamentado, satisfaciéndose así las exigencias del artículo 721 del C. J. La objeción del señor Fiscal del Consejo se desvirtúa al observar que los peritos apreciaron el inmueble desestimando la concurrencia de algunos factores, y por ello aseveran que el valor dado por ellos al predio es el que tenía en 1949. Por esta misma razón no es el caso de deducir suma alguna por valorización. El artículo 268 del C. C. A. contiene, en efecto, una disposición imperativa, pero es obvio que el 20% sólo es deducible cuando en el avalúo va incluida la valorización de la propiedad. Si el precio se ha fijado en el mismo que el inmueble tenía cuando fue dañado u ocupado, no es justo reducirlo de esa manera.

En lo que se refiere a la inclusión, en el daño

emergente, de las sumas que por impuesto predial haya pagado el demandante, no es aceptable el dictamen de los peritos. Como en la actualidad el señor Peraza tiene el dominio o propiedad del bien raíz, legalmente conserva su calidad de contribuyente por aquel impuesto: y siendo esto así, no habría equidad si se dispusiera el reconocimiento a su favor, y a cargo del Distrito, de las sumas pagadas por ese concepto, al propio tiempo que se condena a la entidad demandada a pagar el valor del predio y el lucro cesante correspondiente.

Tampoco puede acogerse el dictamen en lo concerniente a la fijación del 9% como interés corriente para la estimación del lucro cesante. Son, en este punto, muy razonables las siguientes consideraciones del fallador de primera instancia.

"En cuanto a la rata que debe tenerse en cuenta para fijar los intereses por lucro cesante, estima el Tribunal que ella no puede ser sino legal, porque señalar otra cuando no existe convención al respecto o no es posible establecerla por otros medios, sería arbitrario. Las consideraciones hechas por los peritos a este respecto, si bien muy razonables y técnicas no puede acogerlas el Tribunal porque no se apoyan en hechos precisos que lleven a la convicción de que es la rata del 9% anual la que debe tenerse en cuenta; con las mismas razones dadas por ellos se podría afirmar que el bien de que fue despojado el señor Peraza o su equivalente en dinero, podría producir un interés inferior o superior al 9 % anual. Todo dependería de la actividad y habilidad comercial que se desarrollara y de la clase de inversión o negocio a que se lo (sic) dedicara. Pero todo ello no pasa de ser meras hipótesis que no pueden aceptarse como hechos ciertos.

"Además, el dictamen de los peritos en esta parte se reduce a una serie de consideraciones jurídicas que no son de su resorte, pues como dice el profesor Antonio Rocha en su "Tratado de la Prueba en Derecho", "Ante todo, el objeto de la pericia, como el de las pruebas simples, es el hecho, no el derecho. Las partes pueden producir y alegar en los autos opiniones de jurisconsultos, abonando las tesis que defienden; mas no podría nunca el Juez recurrir a los peritos para oír su opinión en cuestión de derecho". (Obra citada, p. 244).

"En cambio, la ley fija un criterio cierto para dilucidar la cuestión al señalar una rata de interés legal obligatoria para todos los casos en que no media estipulación contractual al respecto, o en que sea imposible determinar el lucro cesante por los medios que la ley establece. Por eso la Corte Suprema ha dicho lo siguiente:

"Ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del C. J., la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente. (Casación, 19 de julio de 1943, LV, 598)".

En mérito de todo lo expuesto el fallo recurrido es jurídico, y en consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, lo confirma.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la G. J. y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Laza. El Secretario, **Jorge García Merlano.**

QUIEN EJERCITA LA ACCION EXHIBITORIA DEBE COMPROBAR QUE LOS LIBROS O DOCUMENTOS CUYA EXHIBICION SE PIDE, ESTAN EN PODER DEL DEMANDADO

Ni el artículo 303 del C. J., ni ninguna otra norma puede aplicarse mecánicamente, en forma que no obligue al juzgador a relacionarla con otras aplicables al caso sometido a su consideración. Pero aparte de que no es lícito desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C. C.), la carga probatoria que la disposición mencionada impone al demandante no es caprichosa y halla su fundamento en la sanción que el artículo 303 del mismo Código establece. De acuerdo con este artículo "si decretada una exhibición, ésta no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se propone demostrar, si es admisible la prueba de confesión...". Bien se comprende que una sanción de tal naturaleza grave no podría imponerse a quien no se le haya demostrado plenamente que la cosa o documento cuya exhibición se pide está en su poder; solamente en esa forma podría imputársele la renuencia de que habla la disposición mencionada y afirmarse que su conducta es desviada frente a la contraparte que ejercita un derecho legítimo, renuencia que originaría un fraude a la ley, único motivo que moralmente justifica la imposición de la sanción de declarar ciertos los hechos que la otra parte se proponía demostrar.

Ahora bien: indudablemente el Código de Comercio impone a los comerciantes la obligación de llevar determinados libros de contabilidad; pero del hecho de que la ley imponga esta obligación, no podría deducirse que todos los comerciantes la cumplen.

Puede ocurrir, y en realidad ocurre con mucha frecuencia, que algunos comerciantes traten de ocultar sus libros y documentos; pero en estos casos, fácil es demostrar no sólo su existencia sino su posesión en poder del demandado, mediante el certificado de la Cámara de Comercio que los registró y entregó a su dueño, o con el de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para cuando se trate de empresas cuyo funcionamiento exige permiso especial de esa entidad y el cual no podría concederse sin haber acreditado previamente el cumplimiento de la obligación de registrar tales libros. Producida esta prueba, si el demandado alega su desaparición por cualquier motivo, será materia que deba resolverse frente a las allegadas para acreditar tal desaparición. (Ver G. J. T. LXXVII, 248).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cincuenta y seis.

Por intermedio de apoderado legal el Departamento del Atlántico solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que con audiencia de la empresa "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." y con la intervención de peritos, se decretara "la exhibición parcial de libros, cuadros de contabilidad y demás elementos necesarios a fin de constatar, para los efectos de su respectiva liquidación, las cantidades de cervezas que no pagaron el correspondiente impuesto de consumo a partir de 1931 hasta la fecha en que se proceda a verificar dicha diligencia...".

El Tribunal ordenó tramitar la solicitud como articulación y, en consecuencia, se dio traslado de ella a la empresa demandada por dos días (artículo 305 del C. J.). Al contestar, no negó ésta que los libros y cuadros cuya exhibición se pide estén en su poder y se limitó a solicitar reposición del auto que ordenó el traslado, alegando que fuera del juicio no era legal la solicitud dicha porque conforme al artículo 43 del Código de Comercio tales libros sólo hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre

si, y que el Departamento del Atlántico no tiene esa calidad. Alegó, igualmente, que la solicitud era inocua por cuanto al tenor del artículo 50 ibidem, pasados quince meses desde la fecha de cada asiento, los libros no constituyen ni aun principio de prueba a favor del comerciante que lo solicita.

Abierto a pruebas el incidente, el demandante no hizo uso del derecho de pedir las necesarias para acreditar plenamente que la cosa o documento cuya exhibición solicita está en poder de la empresa demandada, conforme lo dispone el artículo 303 del C. J.

Después de algunos incidentes que no es del caso recordar, por auto de fecha 7 de diciembre de 1955, el Tribunal se negó a decretar la exhibición pedida. Apelada esta providencia, ha venido a este Despacho para su decisión definitiva.

Se considera:

El demandante alega que de conformidad con varias disposiciones del Código de Comercio, los comerciantes se hallan obligados a llevar determinados libros de contabilidad; que en tales condiciones, debe presumirse que éstos se encuentran en su poder y que, por tal razón, se halla eximido de la carga de la prueba impuesta por el artículo 300 ya citado.

Este artículo dice lo siguiente:

"El que pide la exhibición debe expresar con claridad los hechos que se propone demostrar, y acreditar plenamente en oportunidad que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige".

Evidentemente ni ésta, ni ninguna otra norma puede aplicarse mecánicamente, en forma que no obligue al juzgador a relacionarla con otras aplicables al caso sometido a su consideración. Pero aparte de que no es lícito desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.), la carga probatoria que la disposición mencionada impone al demandante no es caprichosa y halla su fundamento en la sanción que el artículo 303 del mismo Código establece. De acuerdo con este artículo "Si decretada una exhibición, ésta no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se propone demostrar, si es admisible la prueba de confesión...". Bien se comprende que una sanción de tal naturaleza grave no podría imponerse a quien no se le haya demostrado plenamente que la cosa o documento cuya exhibición se pide está en su poder: solamente en esa forma podría imputársele la renuencia de que habla la disposición mencionada y afirmarse que su conducta es desviada frente a la contraparte que ejercita un derecho legítimo, renuencia que originaría un fraude a la ley, único motivo que moralmente justifica la imposición de la sanción de declarar ciertos los hechos que la otra parte se proponía demostrar.

No comparte la Sala la tesis del recurrente según la cual debe presumirse la existencia de los libros de contabilidad de los comerciantes, ya que están legalmente obligados a llevarlos. Como lo dice el Tribunal de instancia, "las presunciones legales son de derecho estricto; por definición misma, no pueden resultar más que de un texto de la ley, y las disposiciones que las establecen son de interpretación restrictiva; la interpretación por analogía no procede en esta materia".

Indudablemente el Código de Comercio impone a los comerciantes la obligación de llevar determinados libros de contabilidad; pero del hecho de que la ley imponga esta obligación, no podría deducirse que todos los comerciantes la cumplen.

Puede ocurrir, y en realidad ocurre con mucha frecuencia, que algunos comerciantes traten de ocultar sus libros y documentos; pero en casos tales, fácil es demostrar no sólo su existencia sino su posesión en poder del demandado, mediante el certificado de la Cámara de Comercio que los registró y entregó a su dueño, o con el de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para cuando se trate de empresas cuyo funcionamiento exige permiso especial de esa entidad y el cual no podría concederse sin haber acreditado previamente el cumplimiento de la obligación de registrar tales libros. Producida esta prueba, si el demandado alega su desaparición por cualquier motivo, será materia que deba resolverse frente a las allegadas para acreditar tal desaparición.

Estas son las tesis que ha venido sosteniendo la Corporación, como puede verse en la G. J. número 2136-2139, pág. 248.

En el caso sub-judice el término de pruebas precluyó sin que el Departamento del Atlántico ni su apoderado hicieran gestión alguna para acreditar que la Empresa demandada estaba dando cumplimiento a la obligación de llevar los libros de contabilidad requeridos por la ley: en este punto, su actividad se limitó a presentar con la demanda un certificado de la Cámara de Comer-

cio de Barranquilla que, contra lo afirmado por el apoderado del actor en esta segunda instancia, sólo sirve para acreditar el registro de las escrituras de constitución de la sociedad "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.", su capital social y el nombramiento de los directores de la empresa; y a presentar algunos ejemplares de la Gaceta Departamental, y copias de algunos documentos y sentencias que no sirven para acreditar plenamente que la cosa o documentos cuya exhibición solicitó estén en poder de la sociedad demandada, pues para nada se refieren a ellos.

En tales circunstancias, no podía el Tribunal acceder a las peticiones del demandante.

Por lo expuesto, se confirma el auto apelado de fecha siete (7) de diciembre de 1955, proferido por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla en este incidente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel Buenahora—Jorge Garzón Merlano, Secretario.

SE DECLARA LA NULIDAD DE UNAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

El señor Campo Elías Clavijo, mayor y vecino de esta ciudad, por medio de apoderado judicial demanda a la Nación, para que por los trámites del juicio ordinario y en una sola instancia, se hagan por la Corte estas declaraciones:

Que son nulas las Resoluciones número 0752, de 11 de marzo de 1955, y 2.062, de 7 de julio del mismo año, ambas emanadas del Ministerio de Comunicaciones. Que el demandante Campo Elías Clavijo no incurrió en la responsabilidad que en tales Resoluciones se le deduce por la pérdida o expoliación de la encomienda postal de que allí se trata. Que el mismo señor Clavijo no tiene obligación de pagar al Tesoro Público las cantidades de $ 482.88 y $ 20.00, que como indemnización por la pérdida o expoliación de la encomienda y multa, respectivamente, le fue impuesta en las nombradas Resoluciones, y que, en consecuencia, deben devolvérsele las referidas sumas.

Los antecedentes del juicio están expuestos en 23 hechos que fundamentan la acción, los cuales pueden sintetizarse así:

El 5 de junio de 1954, la recaudadora de Hacienda de San Juan Nepomuceno envió a la Administración de Correos de ese municipio, en sobre abierto, la suma de $ 1.970.52, para que fuera remitida a la Administración Nacional de Hacienda de Cartagena. El administrador de correos, Homero Humberto Pérez, recibió el sobre y contó el dinero, que se componía de las siguientes especies: tres billetes de $ 500.00, tres de $ 100.00, tres de $ 50.00, uno de $ 20.00 y $ 0.52 en monedas. Tal encomienda no fue despachada por el administrador Pérez, según su obligación, en el correo siguiente, ni en los cuatro posteriores que hizo en los días 10, 12, 18 y 19. Sólo hasta el 24 la entregó al conductor Primitivo Jiménez Contreras, quien no observó irregularidad alguna en el sobre cerrado y sellado, y habiéndolo llevado a Cartagena lo entregó a la Administración de Correos el 26. La encargada de la Sección de Encomiendas y Valores de esta ciudad, señora Rogelia Corrales de Peniche, lo recibió de manos del conductor, a quien le dio el cumplido a satisfacción por no haber notado tampoco nada anormal, y a su vez, por no haber sido retirado por el destinatario, se lo entregó a la titular del cargo, señorita Leonor Peña, cuando ésta regresó de sus vacaciones el 9 de julio siguiente. El 21 del mismo mes, la señorita Susana Escobar, empleada de la Administración Nacional de Hacienda de Cartagena, fue a retirar la encomienda, abrió el sobre y comprobó un faltante de $ 1.931.52; entonces se dio cuenta de que dicho sobre había sido violado por el extremo inferior por donde presentaba una abertura con cuchilla pegada cuidadosamente. De esta novedad el Agente Postal de Cartagena, el mismo día 21 de julio, levantó el Acta de Novedades número 3, y en dicha acta dejó constancia de que el sobre no presentaba señales externas de violación y que sólo al abrirse se observó que había sido cortado y repegado con sumo cuidado en su extremo derecho, estando los sellos en perfectas condiciones y con el peso anotado en la planilla remisora.

Por tales hechos se abrió la investigación administrativa correspondiente, la cual culminó con la Resolución número 752, en la que se declaran responsables de la expoliación de la encomienda al administrador de correos Homero Humberto Pérez, al contratista Campo Elías Clavijo, y a las empleadas de Cartagena señora Rogelia Corrales de Peniche y Leonor Peña. Contra la Resolución se interpuso el recurso de reposición, pero fue negado por la Resolución número 2062 de 7 de julio de 1955.

El demandante apoya su demanda en los artículos 1494 a 1502; 1593 a 1617; 1618 a 1624 y 1603 del Código Civil. En los artículos 224, 227, 236, 238, 239, 250, 307, 369, 370, 511, 514 a 517, 532 a 539, 572 a 577 y 612 del Decreto número 1418 de 1945. En el artículo 3º de la Ley 53 de 1909. En el artículo 40 del Código Judicial, en concordancia con la Ley 67 de 1943, y en los artículos 74 a 80 del Código Contencioso Administrativo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al contestar el traslado de la demanda, se opone a que se hagan las declaraciones impetradas y niega el derecho que invoca el actor. En cuanto a los hechos manifiesta que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas que se aduzcan al juicio.

El actor acompañó al libelo la copia autenticada de las Resoluciones acusadas; la del Pasaporte o Planilla número 71, de 24 de junio de 1954, en que se incluye la remesa de la encomienda por valor de $ 1.970.52, y los Diarios Oficiales en que se insertan el Pliego de Cargos y el contrato celebrado con el señor Clavijo. Dentro del término de prueba adujo la copia del Acta de Novedades levantada por el Agente Postal de Cartagena el 21 de julio de 1954, y la de las declaraciones rendidas en la investigación administrativa por los señores Primitivo Jiménez Contreras, Rogelia Corrales de Peniche, Concepción Pacheco Osorio y Helena Pacheco Osorio.

Vencido el término probatorio se dio el expediente en traslado a las partes para alegar de conclusión, y luego se dictó el auto de citación para sentencia, con el cual quedó cerrado el debate. Ha llegado pues el momento de fallar y a ello se procede, haciendo constar que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

La acción

Se demanda la nulidad de las resoluciones administrativas proferidas por el Ministerio de Comunicaciones, en cuanto ellas afectan al señor Campo Elías Clavijo en su carácter de contratista en la conducción de correos en el Departamento de Bolívar. Es decir, que se acusa un acto administrativo que tiene su origen en la celebración de un contrato de derecho privado y versa, especialmente, sobre la responsabilidad del contratista particular, deducida del alcance de las estipulaciones que se refieren al cumplimiento de sus obligaciones. Por esta razón, la Sala de Negocios Generales de la Corte es competente para conocer del litigio, conforme a la doctrina del artículo 40 del Código Judicial.

Fundamentos de la Resolución Nº 752

Aunque la responsabilidad en que incurrieron los empleados públicos de correos —según las Resoluciones acusadas— no es materia de la decisión que haya de proferirse en este fallo, importa destacarla por la relación que guarda con la deducida al contratista, demandante señor Campo Elías Clavijo.

A Homero Humberto Pérez, administrador de correos de San Juan Nepomuceno, se le declara responsable administrativamente por haber quebrantado el art. 372 del Decreto Nº 1418 de 1945, al recibir el sobre de la encomienda sin cerrar, lacrar y sellar debidamente, habiéndolo hecho él con posterioridad y sin anuencia de persona alguna que presenciara el acto. Por haber omitido el cumplimiento del art. 560 del mismo Decreto, que ordena despachar las encomiendas por el correo que se despache inmediatamente después del recibo, pues retuvo sin explicación satisfactoria esa encomienda desde el 5 de junio —fecha del recibo— hasta el 24 del mismo mes, habiendo despachado correos intermedios en los días 10, 12, 18 y 19. Por haberse abstenido de avisar al Departamento de Correos, telegráficamente, que Carlos Pájaro Espinosa, conductor acreditado del contratista Campo Elías Clavijo, no se había presentado a conducir el correo el día 7, y por haber dejado de contratar el viaje con otra persona, y por cuenta y riesgo del contratista, como lo previene la Circular número 100 sobre servicio de pasportes.

A la señora Rogelia Corrales de Peniche, Auxiliar 2ª de manejo en la Agencia Postal de Cartagena, encargada de la Sección de Encomiendas y Valores en ausencia de la titular señorita Leonor Peña, se le declara responsable por haber recibido la encomienda de manos del mensajero y haberle puesto el cumplido en el pasaporte, sin verificar el estado del sobre y su peso. Porque de conformidad con el artículo 731 del Decreto 1418 de 1945, "Hasta prueba en contrario, la responsabilidad de los empleados de las oficinas destinatarias o de tránsito, empezará desde el momento en que den el recibo a los conductores o mensajeros, y cesará cuando hayan entregado al destinatario, o conductor siguiente, los envíos con las formalidades prescritas, y perciban el recibo de éstos", y la mencionada señora de Peniche no suministró durante la investigación administrativa, la prueba que desvirtuara tal presunción de responsabilidad. Además, por violación de los artículos 572 y 325 del mismo Decreto, que ordenan verificar el peso de la encomienda, y dar aviso inmediato y por escrito al destinatario sobre la llegada de ella.

A la señorita Leonor Peña se le declara responsable por haber incurrido en las mismas omisio-

nes de la anterior, es decir, haber recibido la encomienda de la empleada que la reemplazaba en el cargo, sin hacer un examen de los sellos y lacres, y sin verificar el peso de la misma.

Al contratista señor Campo Elías Clavijo se le deduce la responsabilidad, solidaria con los empleados, porque su dependiente el conductor Primitivo Jiménez Contreras, actuó con negligencia y sin "ninguna malicia o falta de cuidado" en el examen del sobre que recibió de manos del administrador de correos Homero Humberto Pérez.

Conviene, antes de seguir adelante, anotar cómo la responsabilidad de los empleados del correo se hace derivar del quebrantamiento de las normas legales expresas que reglamentan sus funciones, al paso que la del contratista se funda en la poca malicia o falta de cuidado del conductor Jiménez Contreras en el examen del sobre que resultó violado. Y no podía ser de otra manera porque, como se verá en seguida, no aparecen en contra del demandante Clavijo transgresiones directas del contrato que lo liga con la Nación.

De acuerdo con el contrato celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones y el señor Campo Elías Clavijo, publicado en el Diario Oficial correspondiente al 3 de febrero de 1954, se incorporan a él, tanto para los efectos legales como para los que hagan relación con las disposiciones postales en vigencia, las condiciones expresadas en el Pliego de Cargos elaborado como base del llamamiento a licitación pública del contrato, inserto en el Diario Oficial del 28 de octubre de 1953. En dicho pliego de cargos aparecen las siguientes obligaciones del contratista, referentes al caso en estudio:

"h) A entregar en las oficinas destinatarias la correspondencia y las encomiendas en el mismo estado en que las recibe y los valores declarados y las encomiendas de valor en las mismas condiciones de empaque, sellos y peso como los haya recibido. — i) A subsanar con sólo la orden del Gobierno y sin que haya de mediar intervención judicial alguna, toda falta en los valores de los correos de correspondencia y encomiendas, sea total o parcial, o consistente en el cambio de especies, o que éstas resulten falsas, entendiéndose que para los efectos de esta cláusula no serán considerados como agentes del Gobierno el contratista, sus agentes, sus conductores o sus peones. — k) A pagar al Gobierno una multa de diez a cien pesos ($ 10.00 a $ 100.00) cuandoquiera que ocurra alguna de las siguientes irregularidades: pérdida, extravío, demora, inutilización, avería, expoliación o daño en cualquier clase de correspondencia o encomiendas... Sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan a los interesados, salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente comprobados...".

Y el Decreto número 1418 de 1945, incorporado también al contrato, tiene estas disposiciones pertinentes:

"Artículo 612. — La responsabilidad del personal postal y de los contratistas en relación con las encomiendas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 369, 370, 371, 373 y 374 del presente Decreto".

"Artículo 370.—Hasta prueba en contrario, la responsabilidad del mensajero o conductor empezará desde el momento en que él reciba, sin formular observaciones, los sacos o paquetes con recomendados, y cesará cuando haya hecho la entrega a satisfacción de la oficina respectiva, y perciba el recibo en el pasaporte. Por regla general, el mensajero o conductor no será responsable por el contenido de los sacos o paquetes, sino en el caso de que los entregue con anormalidades que no estén previstas en los respectivos pasaportes".

En presencia de estas normas, es preciso examinar la manera como en la Resolución se enjuicia la responsabilidad del conductor Primitivo Jiménez Contreras, y si la culpa que por negligencia y descuido se le deduce allí, puede tener incidencia en tales normas.

Considera la Resolución:

"Tampoco queda descartado de responsabilidad el conductor Primitivo Jiménez Contreras. No queda, porque confiesa él mismo que la encomienda la recibió en perfectas condiciones y aunque aparece que la entregó en el lugar de su destino sin ninguna observación, es suficientemente claro lo ocurrido: ni Jiménez Contreras, ni Rogelia Corrales de Peniche, se dieron cuenta de la violación del sobre que decía contenerla, lo cual no pudo suceder en otra parte sino en la oficina donde se introdujo por la remitente.

"... ... ...

"Se dice que el conductor Jiménez Contreras también es partícipe de la expoliación de la encomienda, porque a pesar de haberse desprendido de ella sin que se le formulara reclamo, lo cierto es que pudo haberla recibido en las mismas condiciones: desde luego que conforme a las apreciaciones hechas anteriormente, ante la serie de

hechos, circunstancias e indicios, no pudo ser otro el autor de la expoliación que el ex-Administrador de Correos de San Juan Nepomuceno.

"... ... ...

"En cuanto al conductor Jiménez Contreras, su negligencia o descuido en el recibo de la encomienda se refleja en el contratista señor Campo Elías Clavijo al tenor del artículo 244 del Decreto 1418 de 1945 y especialmente en el contrato celebrado con el Ministerio... **La ninguna malicia, o el poco cuidado que el conductor Jiménez C. empleó en el recibo de la encomienda es lo que constituye la culpa del contratista**". (Subraya la Sala).

Es, por consiguiente, en esta última parte de los considerandos transcritos, en donde se concreta el cargo al contratista. Falta de cuidado, ninguna malicia por parte del conductor en el recibo de la encomienda. Pero a este respecto observa la Sala lo siguiente: En la Resolución número 2062, o sea, en la que se niega la reposición de la primera, después de consignar que el propio Jiménez Contreras declara no haber visto nada anormal en el sobre, cuando lo recibió, y que sólo pudo enterarse de la abertura con navaja que presentaba cuando se lo mostraron en la investigación, se expresa este hecho importantísimo:

"Añadiendo a esta declaración del propio conductor de correos, el testimonio de los empleados de la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena, señorita Susana Escobar C., Carlos Caballero y Víctor Vergara, quienes deponen que sólo después de abierto el sobre contentivo de la encomienda fue cuando se notó que había sido violado por el extremo inferior por donde presentaba una abertura con cuchilla pegada cuidadosamente, **y visible únicamente por dentro**, la conclusión inequívoca, etc...".

No es fácilmente explicable, en vista de estas constancias de las Resoluciones, cómo puede sostenerse la ninguna malicia y el poco cuidado del conductor al recibir la encomienda, y sobre todo, cómo se fundamenta en ello la declaración de responsabilidad y la condena a la indemnización y multa. Porque estudiada la actividad del conductor a través de las disposiciones legales transcritas, incorporadas al contrato, surge por ese aspecto la exculpación absoluta de responsabilidad, como se verá en seguida.

Dice el artículo 370 del Decreto 1418 de 1945:

"Hasta prueba en contrario, la responsabilidad del mensajero o conductor empezará desde el momento en que él reciba, sin formular observaciones, los sacos o paquetes con recomendados, y cesará cuando haya hecho la entrega a satisfacción de la oficina respectiva, y perciba el recibo en el pasaporte. Por regla general, el mensajero o conductor no será responsable por el contenido de los sacos o paquetes, sino en el caso de que los entregue con anormalidades que no estén previstas en los respectivos pasaportes".

Jiménez recibió el sobre sin observar anormalidad alguna, como no la observaron los empleados de correos y de la Administración de Hacienda de Cartagena sino después de abierto el sobre, y porque solamente era visible la abertura "por dentro". Entregó dicha encomienda en el lugar de destino y allí se le dio el cumplido. Es decir, que desde ese momento, de conformidad con el Decreto, cesó su responsabilidad. Confirma lo anterior el Acta de Novedades número 3, de fecha 21 de julio de 1954, o sea del mismo día en que se observó la violación del sobre —cuya copia aparece al folio 4 del cuaderno de pruebas —en donde se dejó la siguiente constancia: "Este sobre no presentaba aparentemente, señales **externas** de violación y fue al abrirse cuando **se observó que había sido cortado** y repegado con sumo cuidado en su extremo derecho. Los sellos en perfectas condiciones y el peso exacto".

Sería bastante lo anterior para concluir que las Resoluciones acusadas —en cuanto hacen a la responsabilidad del contratista Campo Elías Clavijo— no se ajustan a la realidad de los hechos, no tienen asidero en las estipulaciones contractuales ni en las normas legales que se le incorporan. Pero hay más: se establece, por último, en las Resoluciones, una concurrencia de culpas entre todas las personas que manejaron la encomienda: los empleados públicos y el contratista, como si la responsabilidad no se derivara para cada uno de ellos por distintos conceptos. Para los primeros, por el incumplimiento evidente de sus obligaciones como funcionarios; y para el contratista, por descuido o negligencia de su dependiente, que no se comprobó en manera alguna. Y como es de esa imposible concurrencia de culpas como se hace la declaración de responsabilidad solidaria y se condena al pago de la indemnización por partes iguales, incluyendo al señor Clavijo, quien no incurrió en culpa como queda demostrado, las Resoluciones en cuanto atañen a éste no tienen validez legal. Por consiguiente, la demanda incoada ha de prosperar.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia,

Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero.—Declárase que son nulas las Resoluciones números 0752, de 11 de marzo de 1955, y 2.062, de 7 de julio del mismo año, proferidas por el Ministerio de Comunicaciones, en la parte en que por ellas se declara la responsabilidad del señor **Campo Elías Clavijo**, como contratista de conducción de correos, por motivo de la expoliación o pérdida de la encomienda por valor de $ 1.970.52 enviada por la Recaudación de Hacienda de San Juan Nepomuceno a la Administración Nacional de Hacienda de Cartagena en el mes de junio de 1954, y por las cuales se le condenó al pago de la suma de $ 482.88, como parte del valor de la encomienda, y a la multa de $ 20.00 moneda corriente.

Segundo—Como consecuencia de la declaración anterior, el Ministerio de Comunicaciones —Tesoro Público— devolverá al señor Campo Elías Clavijo, una vez ejecutoriado este fallo, las cantidades de $ 482.88 y $ 20.00 indicadas en el numeral precedente.

Hágase saber esta providencia, con copia de ella, al Ministerio de Comunicaciones.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo—Camilo Rincón Lara—El Secretario, **Jorge García Merlano.**

NECESIDAD DE QUE EN JUICIO DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS SE COMPRUEBEN POR EL ACTOR LOS ELEMENTOS DE LA ACCION, ENTRE ELLOS, EL DE LA PROPIEDAD DE LA ZONA OCUPADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

La sociedad "Urbanizadora Asturias, Ltda.", mediante apoderado, demandó a la Nación en libelo fechado y presentado ante el H. Consejo de Estado el 13 de agosto de 1953, a fin de que en sentencia definitiva se le condene a pagar a dicha sociedad o a quien sus derechos represente "la cantidad de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000) (o en todo caso, el valor que legalmente se determine en el curso del juicio), en virtud de la ocupación arbitraria que el Ministerio de Obras Públicas hizo del terreno de dicha compañía situado en esta ciudad de Bogotá, en la Avenida 13 o Avenida Caracas con la calle 68, para la construcción de la iniciación de la autopista de Bogotá a Chía, cantidad que equivale a la indemnización debida por tal ocupación tanto en lo que se refiere al valor comercial del terreno ocupado como el lucro cesante sufrido desde la ocupación".

Los hechos que fundamentan la demanda son, en resumen, los siguientes:

La sociedad demandante es dueña exclusiva del inmueble determinado en la demanda porque fue aportado por cada uno de los socios según consta en la escritura número 6414 de 1948 de la Notaría Cuarta de Bogotá; tal propiedad fue ocupada sorpresivamente el Jueves de Corpus de 1952 por varios buildozers de un contratista del Ministerio de Obras Públicas, para dar principio a la construcción de la autopista Bogotá-Chía; el abogado de la sociedad demandante se presentó ese mismo día en el predio ocupado y expresó su protesta, sin resultado favorable; y después de muchos esfuerzos logró formularla también ante el señor Ministro de Obras Públicas, quien le manifestó que podían llegar a un arreglo sobre el valor de la zona ocupada no obstante lo cual, y después de un sinnúmero de entrevistas y conferencias, la Sociedad no pudo obtener el pago del valor correspondiente al lote ocupado.

Con la demanda presentó la parte actora la citada escritura número 6414 sobre constitución de la Sociedad; la número 1.493 por la cual se protocolizó el acta de la Asamblea de Socios celebrada el 20 de marzo de 1953 y el plano de los terrenos de propiedad de la Compañía; el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, y el certificado del Presidente de la Cámara de Comercio.

Después de admitida la demanda y de evacuado el traslado de ella por el señor Fiscal se dispuso, el 21 de octubre de 1953, abrir a prueba el juicio por el término de veinte días, pero ninguna de las partes hizo uso de ese término, es decir, no pidió la práctica de prueba alguna.

El trámite del negocio se hallaba en tal estado cuando, en virtud del fallo sobre inexequibilidad de algunos artículos del C. C. A. proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto legislativo número 0293 de 1956, se remitió el proceso a esta Sala de Negocios Generales. Aquí se ordenaron los traslados de rigor, de acuerdo con el artículo 130 del código citado, y solamente el señor Procurador formuló su alegato. Se citó luego a las partes para sentencia, de tal suerte que agotado el trámite legal es procedente resolver, para lo cual se considera:

El señor Procurador, después de transcribir el artículo 593 del C. J., se pronuncia en los siguientes términos:

"De la disposición transcrita se deduce que para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable a las solicitudes de la demanda debe demostrar plenamente dentro del juicio los hechos o actos jurídicos de donde procede su derecho; si no lo hace, necesariamente el fallo ha de ser adverso a sus pretensiones.

"En el negocio de la referencia hay carencia absoluta de pruebas: ni el derecho de dominio del inmueble a que se refiere la demanda, ni la ocupación del mencionado terreno o parte de él

por la Nación, ni la realización de obras o construcciones públicas en el inmueble que impidiera decretar la devolución, ni el valor o los perjuicios sufridos, nada demostró el demandante en los autos. En tales condiciones, es apenas natural que el fallo que recaiga en este negocio sea completamente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante.

"La Procuraduría, con base en las breves consideraciones precedentes solicita comedidamente a esa H. Corte se sirva negar las peticiones de la demanda y absolver, en consecuencia, a la Nación"

Efectivamente, ninguno de los elementos axiológicos ha demostrado en el juicio la Sociedad demandante. No ha comprobado plenamente su derecho de dominio o propiedad sobre el inmueble que se dice ocupado, pues si bien es cierto que presentó con la demanda el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos omitió, en cambio, la presentación de las escrituras públicas o títulos correspondientes, es decir aquellas por las cuales adquirieron los socios la propiedad del predio, siendo así que, tratándose de bienes raíces, el dominio debe comprobarse con la escritura pública, debidamente registrada, y el certificado que acredite la suficiencia de ella. Tampoco adujo comprobación alguna acerca de la ocupación del predio con motivo de trabajos llevados a cabo por una persona de derecho público para servicio de igual naturaleza, y menos aún tiene demostrados los perjuicios consiguientes. En estas condiciones, indudablemente, el fallo debe ser contrario a las pretensiones del actor, tanto más si en cuenta se tiene que "sin la plena comprobación de su propiedad el demandante carece de personería suficiente para reclamar la indemnización; o, dicho en otros términos, mientras él no establezca debidamente que es el dueño de la zona ocupada, para acreditar así que su personería es legítima —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva—, no es posible, jurídicamente, ninguna decisión acerca de las declaraciones pedidas en la demanda".

Son suficientes estas consideraciones para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGUE las peticiones impetradas en el libelo de demanda que dio origen al presente juicio, y en consecuencia ABSUELVA a la Nación de los cargos contra ella formulados.

Con costas a cargo de la parte demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

COMO SE REALIZA LA OCUPACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA CUANDO MEDIA UNA LICENCIA DE CONSTRUCCION. — TAL LICENCIA NO ES UN HECHO O UNA OPERACION ADMINISTRATIVA—NATURALEZA DE ESTOS ACTOS

1.—Es evidente que el acto administrativo por el cual una entidad municipal, facultada para dictar disposiciones sobre trazado, ensanche y apertura de calles, fija los hilos, perfiles o paramentos de una futura edificación, no tiene la virtualidad de producir por sí solo el hecho físico de la ocupación de la propiedad privada, ni la ampliación o apertura de la vía. Tal acto produce sí el efecto de una condición en el uso y goce del terreno particular, cual es la de no poder edificarlo sino con sujeción a los planos urbanísticos reguladores de la ciudad, a que deben someterse los propietarios del inmueble por la razón constitucional de que el interés privado debe ceder al interés público o social. Pero la fijación del paramento para una nueva edificación, cuya sola finalidad es la de ensanchar o abrir la calle, no tiene operancia si el propietario no construye, o por lo menos, si no deja libre el tránsito, y delimitada convenientemente, la zona señalada en la demarcación. Y es que, si no se acata la disposición oficial sobre el paramento, o mejor, si el propietario particular resuelve no construir en las condiciones prefijadas, la entidad de derecho público no tiene cómo utilizar o servirse del dominio ajeno, y por lo tanto, el titular de ese derecho carece de causa o razón para demandar una indemnización que no se le debe por ese concepto. La obligación a cargo de la Administración nace desde el momento en que utiliza o se sirve del dominio privado para el beneficio colectivo.

2.—Sostiene el Fiscal del Tribunal que la acción que correspondería a los hechos aducidos en la demanda sería la consagrada en el artículo 68 del C. C. A., o sea, la encaminada a obtener el restablecimiento del derecho lesionado por un hecho o una operación administrativa. Pero esta afirmación no se sostiene si se tiene en cuenta el origen, la finalidad y las consecuencias del acto administrativo que motiva el presente juicio, cual es el de una licencia de construcción. En efecto: tal acto es la DEMARCACION DEL PARAMENTO para una construcción, con el fin de realizar una obra pública, y no un hecho o una operación administrativa de índole general, que es a lo que se refiere la citada norma del artículo 68.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veinticinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

En el presente juicio, que adelanta la sociedad comercial "Lemos & Cía." contra el Municipio de Cali, relativo a indemnizaciones por ocupación de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dictó la sentencia de primer grado, de fecha 2 de junio de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"1º—CONDENASE al Municipio de Cali a pagar a la sociedad demandante, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia la cantidad de **treinta y cinco mil trescientos veinticinco pesos con doce centavos** ($ 35.325.-12) mcte.

"2º—Al tenor del artículo 269 del C. C. A. la sociedad demandante 'Lemos & Cía.' otorgará al municipio de Cali el correspondiente título de dominio.

"3º—DECLARASE no probada la excepción perentoria de la improcedencia de la acción propuesta por el señor Personero Municipal de esta ciudad en su alegato de conclusión".

Inconformes con esta sentencia, las partes apelaron y el negocio —por fuerza de las disposiciones del Decreto 0293 de 1955, dictado como consecuencia del fallo de inexequibilidad de las normas del Capítulo XXII del C. C. A.—, vino a esta Sala de la Corte, en donde se ha surtido el trámite legal correspondiente a la segunda instan-

cia. A efecto, pues, de decidir el pleito en definitiva, se pasa a hacer un breve recuento de los autos.

"Lemos & Cía.", por medio de su representante legal, quien a su vez constituyó apoderado para este juicio, consigna en la demanda estos hechos:

1º—Por escrituras públicas números 264, de 16 de febrero, y 1.093, de 26 de julio de 1948, ambas de la Notaría Segunda de Cali, la sociedad Lemos & Cía. adquirió el dominio y la posesión del inmueble situado en la calle 14 números 5-64 y 5-74 de esa ciudad, con un área total aproximada de 223,40 metros cuadrados, inmueble compuesto de una casa antigua y su solar, y determinado por los siguientes linderos: "Oriente, calle 14 al medio, con propiedad de herederos de Sara Colmenares de Iglesias: Occidente, con edificio 'Tedesco S. A.', en parte, y en parte con propiedad de Carmen Zafra; Norte, con edificio de 'Tedesco S. A.': y Sur, con propiedad de herederos de Angel María Borrero, en parte, y en pequeña zona, con casa o predio de Carmen Zafra". (Hechos 1º y 2º de la demanda).

2º—La sociedad "Lemos & Cía." solicitó a la Secretaría de Obras Públicas del municipio la licencia para construir en el terreno del inmueble antes mencionado, un edificio de tres plantas para almacenes y departamentos; y tal dependencia municipal, por medio del documento denominado "Demarcación número 1346" de octubre 30 de 1950, fijó el paramento de la edificación proyectada así: "En relación al paramento de la casa número 5-60, entra 1,79 mts.; y en relación al paramento de la casa número 5-78 entra 2,13 mts." Esta demarcación fue ratificada el 10 de mayo de 1952. (Hechos 3º, 4º y 5º).

3º—Acatando la orden anterior y con el propósito de levantar su edificación, "Lemos & Cía." demolió la casa antigua y construyó una ramada, al propio tiempo que contrató con el ingeniero doctor Arturo Yusti la calculación completa de la estructura del nuevo edificio. (Hechos 6º a 10).

4º—La sociedad "Lemos & Cía." celebró luego con los arquitectos doctores Alfonso Arboleda y Jorge Bernal la elaboración de los planos, de acuerdo con la demarcación número 1346, y posteriormente la construcción del edificio. (Hechos 11 y 12).

5º—Al ser presentados a la Secretaría de Obras Públicas los planos del edificio para su aprobación definitiva, se les manifestó a los arquitectos que el Municipio había determinado construir un parqueadero de vehículos en el costado occidental de la calle 14, precisamente entre las carreras 5ª y 6ª y que, en consecuencia, se había señalado una nueva línea de paramento para el edificio de "Lemos & Cía.", la cual "debe medirse 4,70 metros adentro de los paramentos de las casas vecinas". (Hechos 13 y 14).

6º—Los hechos anteriores ocasionaron perjuicios a la sociedad actora, por daño emergente y lucro cesante. El daño emergente consiste: en el valor de la casa antigua derruída, en el costo de la demolición, en el valor del área tomada para la vía, desvalorización del lote restante, costo de la ramada construida, valor de los cálculos de la estructura y de los planos del nuevo edificio, y posible indemnización a los arquitectos por la no ejecución del contrato de edificación, todo por un valor de $ 66.643.00. El lucro cesante consiste en la posible rentabilidad del futuro edificio, desde el día en que los arquitectos se comprometieron a entregarlo, y que se avalúa en cantidad mensual de $ 800.00 por la planta baja, y de $ 1.100 por la parte alta.

Con fundamento en los hechos que se dejan relacionados, el apoderado de la sociedad demandante formula la siguiente petición: "...se condene al Municipio demandado a pagar a la sociedad 'Lemos & Cía.', de Cali, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de.... (aquí ella) (sic), o en subsidio, la que se determine pericialmente conforme al procedimiento legal (condenación en abstracto) (sic), como compensación de todos los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) causados por el Municipio demandado a la sociedad demandante".

No han sido objeto de controversia en el juicio los hechos relativos al interés jurídico de la sociedad actora para impetrar la indemnización que se demanda. Porque, en efecto, se halla probada la existencia legal de la sociedad de comercio "Lemos & Cía.", con los certificados de la Cámara de Comercio de Cali, visibles a folios 3 a 4 v. y 39 del cuaderno principal, de una parte; y de otra, la representación legal de quien en su nombre confirió poder para adelantar este juicio. Además se halla acreditado la propiedad que tiene en el inmueble números 5-64 y 5-74 de la calle 14 de esa ciudad, con los instrumentos públicos números 264 y 1.093, de 6 de febrero y 28 de julio de 1948, de la Notaría Segunda de Cali, debidamente registrados, a los cuales se agrega el

certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados acerca de la vigencia del registro de ellos, y la cancelación de las inscripciones anteriores en un período mayor de treinta años (folios 5 a 8 del cuaderno principal, y 33 y 34 del cuaderno de pruebas).

Se ha controvertido si, la ejecución del trabajo público y la ocupación de parte del inmueble con ese motivo. Las pruebas que sobre el particular se encuentran en los autos, dan a conocer que la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Cali, al serle solicitada la licencia de construcción, determinó por medio de la Demarcación número 1345, que el edificio proyectado debía levantarse un metro setenta y nueve centímetros (1,79 mts.) más adentro del paramento de la casa número 5-60, y dos metros trece centímetros (2,13 mts.) más adentro del de la casa número 5-76 (folio 1 del cuaderno principal). Que acatando tal disposición la sociedad demandante procedió a demoler la casa antigua existente en el lote de terreno; a construir una ramada; a contratar la calculación de la estructura del edificio proyectado y la elaboración de los planos, y por último, a contratar la propia construcción. Pero que al pedir la aprobación definitiva de los planos, la Secretaría de Obras Públicas varió la fijación del paramento señalado primitivamente, pues entonces dispuso que debían medirse 4,75 metros hacia adentro de los paramentos de las casas vecinas, con el fin de realizar el proyecto de un parqueadero en ese lugar (folio 17 del cuaderno 1º). Este hecho obligó a la sociedad demandante a prescindir de la construcción mencionada.

En la inspección ocular que llevó a cabo el Tribunal del conocimiento a solicitud de la parte demandante, el personal inspector pudo acreditar que en el lote de terreno —identificado como el mismo de que trata la demanda— no hay edificación alguna y sólo aparecen vestigios de que antes se levantaba una casa de habitación; además se dejó esta constancia: "El Tribunal deja constancia de que no observó en manera alguna que el Municipio de Cali ocupe el lote de terreno materia de la diligencia" (fs. 40 a 41 vuelto del cuaderno de pruebas). También los peritos que intervinieron en la diligencia expresan en su dictamen: "No hay ningún hecho o dato que implique ocupación por parte del Municipio de Cali de parte alguna del lote de terreno materia del litigio, como lo pudo constatar también el Honorable Tribunal durante la diligencia de inspección ocular". "Existen huellas notorias de una construcción o edificación que existió en el lote de que nos venimos ocupando, como son los cimientos de la antigua casa y los vestigios de la construcción en las paredes de las casas vecinas que encierran el dicho lote". "El mismo lote se encuentra abierto en todo el frente de la calle 14, puesto que está vacío y no existe tapia que cierre en la calle" (fs. 47 y 47 vuelto del cuaderno de pruebas).

Estas probanzas dieron ocasión para que el Magistrado doctor Uladislao Domínguez C., al salvar su voto al fallo del Tribunal, hiciera las siguientes consideraciones:

"Ahora bien, la realidad es que el trabajo de ensanche de la calle 14, en lo que se refiere al predio de la sociedad demandante, no ha sido ejecutado por el Municipio. La realización y desarrollo de la edificación proyectada está condicionada a la circunstancia de la cesión del lote de terreno que el Municipio requiere para el ensanchamiento de la calle. La obra en estas condiciones puede ser realizada por intermedio de particulares, que son los propietarios del inmueble, y supervigilada por los funcionarios del plan regulador de la ciudad, ya que son éstas las condiciones esenciales para obtener el permiso relacionado con la construcción del edificio proyectado. ¿Pero cuándo se hace efectiva la demarcación del paramento o ensanche de la calle? Desde luego, cuando se construye el tapial respectivo que encierre el área edificable o cuando se realiza la respectiva construcción del edificio proyectado. Sólo en ese momento queda incorporada a las vías públicas la zona requerida para la ampliación de la calle o cuando la misma se haya dado al servicio público, aunque la edificación no se haya realizado. Sólo desde ese momento nace para los propietarios el derecho a reclamar la respectiva indemnización de trabajos públicos". "Antes de ese momento no existe trabajo público. Podrá haber un derecho subjetivo lesionado con la orden de la Administración para demarcar y ceder al Municipio una zona determinada. Orden o acto administrativo demandable...". Y termina así: "La acción por este aspecto es precipitada o prematura" (folio 70 vuelto, cuaderno número 1).

A su vez, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la vista de fondo formulada para esta instancia del juicio, considera que no se ha producido la segregación de parte alguna del terreno de propiedad de la parte actora ni se ha incorporado al servicio público. Es decir, que no se ha llevado a cabo la ocupación y el trabajo,

Para fundamentar esta conclusión se expresa en los siguientes términos:

"La Procuraduría considera:

"...en estos casos de la ampliación de una vía pública ocurre con frecuencia que la Administración se limita exclusivamente a fijar el nuevo paramento, o sea a señalar la demarcación del nuevo edificio, pero sin intervenir propiamente en la ocupación del inmueble ejecutando obras o trabajos públicos. En tales circunstancias, es preciso establecer una pauta segura para determinar con exactitud el momento en que se operan la segregación de la zona de terreno y su incorporación a la vía pública, es decir, la ocupación y el trabajo público, uno de los requisitos esenciales de la acción indemnizatoria.

"Con un criterio eminentemente práctico la H. Corte ha dejado establecida esa pauta en el fallo cuyo párrafo hemos transcrito anteriormente (párrafo tomado de la sentencia de esta Sala, de 9 de julio del presente año, en el juicio de Juan A. Villamizar contra el Municipio de Bogotá), en el que se afirma: 'Al levantarse la construcción se produce instantáneamente la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público. Es decir, la ocupación y el trabajo. El ensanche de la vía queda realizado".

"Es obvio que la resolución u orden administrativa en que se determina el nuevo paramento o demarcación del edificio que el particular pretende construir no puede considerarse como el momento en que se realiza el ensanche de la vía pública y por lo tanto la ocupación del inmueble, porque esa orden o resolución administrativa no es en la práctica inmodificable ni puede crear una situación fija e invariable. En el caso de autos no más, podemos observar cómo la Administración municipal modificó dos veces la fijación del paramento. En cambio, cuando el particular levanta la construcción sometiéndola, claro está, al paramento fijado, en ese momento sí se crea una situación concreta, definitiva, inmodificable y permanente; en ese momento se produce realmente 'la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público', se produce la ocupación y el trabajo, y queda realizado el ensanche de la vía, es decir, es el momento en que se cumple uno de los requisitos que da base a la acción indemnizatoria" (folios 8 a 13 del cuaderno número 5).

Estas razones del Ministerio Público, que acogen las consignadas en fallo anterior de esta Sala de la Corte, y que consultan la realidad jurídica del problema, reflejan, con propiedad, la situación en que se ha colocado la sociedad comercial "Lemos & Cía." al prescindir de la construcción del edificio que había proyectado. Situación que no es otra, que la de haber incoado la acción prevista en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo sin haberse producido realmente la ocupación, ni el trabajo público. Porque es innegable que el propósito de la administración municipal de ensanchar la vía pública y ponerla al servicio público no se ha realizado, ni por acción suya con la ejecución de trabajo alguno, ni por acto del propietario, de dejar libre la zona, deslindándola del predio restante. Tal aparece de las pruebas del proceso.

Es evidente que el acto administrativo por el cual una entidad municipal, facultada para dictar disposiciones sobre trazado, ensanche y apertura de calles, fija los hilos, perfiles o paramentos de una futura edificación, no tiene la virtualidad de producir por sí solo el hecho físico de la ocupación de la propiedad privada, ni la ampliación o apertura de la vía. Tal acto produce sí el efecto de una condición en el uso y goce del terreno particular, cual es la de no poder edificarlo sino con sujeción a los planos urbanísticos reguladores de la ciudad, a que deben someterse los propietarios de inmuebles por la razón constitucional de que el interés privado debe ceder al interés público o social. Pero la fijación del paramento para una nueva edificación, cuya sola finalidad es la de ensanchar o abrir la calle, no tiene operancia si el propietario no construye, o por lo menos, si no deja libre al tránsito, y delimitada convenientemente, la zona señalada en la demarcación. Y es que, si no se acata la disposición oficial sobre el paramento, o mejor, si el propietario particular resuelve no construir en las condiciones prefijadas, la entidad de derecho público no tiene cómo utilizar o servirse del dominio ajeno, y por lo tanto, el titular de ese derecho carece de causa o razón para demandar una indemnización que no se le debe por ese concepto. La obligación a cargo de la Administración nace desde el momento en que utiliza o se sirve del dominio privado para el beneficio colectivo.

No quiere decir la Sala que los señores "Lemos & Cía." no hayan podido sufrir los perjuicios de que hablan en su demanda por la variación del primer señalamiento de la línea de construcción. Lo que quiere dejar establecido es que en la acción que se ventila en este juicio —que es la indemnizatoria de perjuicios ocasionados por la

ocupación permanente de la propiedad con motivo de un trabajo público, de que trata específicamente el artículo 263 del C. C. A.— ha faltado la comprobación de uno de los elementos axiológicos de ella: el de la ocupación con motivo del trabajo público.

Esta conclusión infirma de paso la tesis de la Fiscalía del Tribunal, según la cual, la acción que correspondería a los hechos aducidos en la demanda sería la consagrada en el artículo 68 del mismo Código, o sea, la encaminada a obtener el restablecimiento del derecho lesionado por un hecho o una operación administrativa, tesis de la que el Fiscal derivó su alegación de que la acción estaba prescrita al tenor del artículo 83 ibidem. No. La afirmación aludida no se sostiene si se tiene en cuenta el origen, la finalidad, y las consecuencias del acto administrativo que motiva el presente juicio. Tal acto es la demarcación del paramento para una construcción, con el fin de realizar una obra pública, y no un hecho o una operación administrativa de índole general, que es a los que se refiere la citada norma del artículo 68.

Sentado, pues, que en este juicio no se cumple el presupuesto esencial de la ocupación de la propiedad privada con motivo del trabajo público, se impone la negativa a las súplicas del libelo de demanda.

FALLO:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado, y en su lugar absuelve al Municipio de Cali de los cargos formulados en la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

EL CRITERIO SEGUIDO POR UN JUEZ AL APLICAR LA LEY EN SU FUNCION DE ADMINISTRAR JUSTICIA, NO ES EL "CONCEPTO" QUE LO INHABILITA POSTERIORMENTE PARA CONOCER DE DETERMINADO NEGOCIO

Si bien es cierto que en algunas ocasiones se ha admitido por la Corte que el concepto expresado por un profesional jurisconsulto sobre determinada materia puede llegar a configurar la tercera de las causales de impedimento y recusación (artículo 435 C. J.), dicho concepto no puede confundirse con el criterio seguido por un juez o funcionario al aplicar la ley en su función de administrar justicia o resolver sobre situaciones concretas.

Es este un punto claramente definido por la jurisprudencia, como puede verse en auto de abril 21 de 1955 (G. J. 2153, pág. 8).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Dentro de un juicio de prescripción adquisitiva de dominio propuesto por Francisco Antonio Renza contra el Municipio de Palmira, se presentó Moisés Mosquera Suárez y formuló oposición.

El Juez del conocimiento que lo es el 2º civil del Circuito de la ciudad nombrada se abstuvo de aceptarla, por considerar que había sido presentada fuera del término legal.

Apelada esa providencia ante el H. Tribunal del Distrito Judicial de Cali, correspondió conocer de ella al Magistrado doctor Carlos Alberto Olano, quien confirmó lo dispuesto por el Juez.

Dentro del mismo juicio, con fecha 9 de julio de 1955, Manuel José Piedrahita López y Daniel Becerra Bedoya formularon también oposición, y tal como había ocurrido con la presentada por Mosquera, el Juzgado se abstuvo de admitirla por considerarla igualmente extemporánea.

De esta negativa apelaron los interesados Piedrahita y Becerra, y de ella ha de conocer el Tribunal por intermedio de su Magistrado Carlos Alberto Olano.

Es esta última circunstancia la que ha dado base al apoderado de los mencionados Piedrahita y Becerra para recusar al Magistrado doctor Olano, estimando que en él concurre la causal de impedimento puntualizada en el ordinal 3º del artículo 435 del C. J.

Considera el recusante que siendo iguales las situaciones jurídicas de Mosquera Suárez y la de sus poderdantes, y habiendo ya el doctor Olano manifestado "un criterio perfectamente definido" sobre el particular, "puede afirmarse sin ligereza que le asiste un interés intelectual, moral, originado sin duda en el amor propio, el cual, con mucha probabilidad le llevará a mantener las opiniones sobre extemporaneidad de la oposición, expresadas en el fallo parcialmente transcrito, relativo al caso de Moisés Mosquera Suárez, con grave perjuicio para los intereses de mis representados...".

En el informe legal que hubo de rendir conforme al artículo 444 del C. J., el doctor Olano manifestó que no consideraba que la recusación promovida tuviera base legal, porque las causales establecidas por el art. 435 ibídem son taxativas y entre ellas no puede catalogarse la invocada.

En providencia de nueve (9) de marzo del presente año, el Tribunal declaró "inadmisible la recusación empeñada" y más tarde concedió la apelación que contra dicha providencia se interpuso.

Para resolver, se considera:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a pesar de reconocer que el motivo de recusación de que trata el numeral 3º del artículo 435 citado no se refiere solamente al interés patrimonial sino también al moral o intelectual, originado en el amor propio del funcionario, considera que el auto del Tribunal debe confirmarse porque el criterio expresado por un funcionario en una determinada providencia no lo obliga a defenderlo, ni crea para él un vínculo intelectual que le impida apartarse de sus ideas cuando tiene que estudiar esa misma cuestión en otro o en el mismo juicio. Y agrega: "Además, si se aceptara el criterio de la parte recusante, esto es, que hay im-

pedimento en el magistrado para revisar la providencia que se negó a aceptar la segunda oposición por haber revisado él mismo el auto que no aceptó la primera, lógicamente estaría también impedido el juez de primera instancia para conocer y decidir sobre la segunda oposición por haber conocido y decidido sobre la primera; y, en términos generales, estaría impedido todo juez o magistrado a quien se le pidiera reposición del auto que dictó. Todo esto, además de exigir un sinnúmero de jueces y cambios constantes de ellos para el conocimiento de los negocios, traería como consecuencia un lento desarrollo en los procesos y una traba constante en la administración de justicia.

"Por otra parte, en cuanto concierne a providencias dictadas en un juicio, la ley sólo considera como causal de impedimento y recusación el caso de que a un funcionario judicial le toque revisar en segunda instancia una providencia dictada por él mismo en primera instancia (numeral 6º del artículo 435 del C. J.). Pero este caso, que es completamente distinto al planteado en autos, se funda en la razón misma de la institución jurídica de los grados o de las instancias, que es una de las mejores garantías para los intereses de las partes y de la sociedad. La razón de la segunda instancia, consiste, de modo particular, en el cambio de personal: la revisión de una providencia en segundo grado debe hacerla un funcionario de superior categoría que sea persona distinta de aquella que suscribió la providencia en primera instancia".

Tiene razón el señor Procurador Delegado en lo Civil porque si bien es cierto que en algunas ocasiones se ha admitido por la Corte que el concepto expresado por un profesional jurisconsulto sobre determinada materia puede llegar a configurar la tercera de las causales de impedimento y recusación, dicho concepto no puede confundirse con el criterio seguido por un juez o funcionario al aplicar la ley en su función de administrar justicia o resolver sobre situaciones concretas.

Es este un punto claramente definido por la jurisprudencia por lo cual, para confirmar el auto apelado, basta reproducir lo dicho por ella con fecha 21 de abril de 1955 (G. J. 2153, pág. 8):

"...tanto la doctrina general del derecho como la ley positiva (artículos 26 del C. C., y 4º de la Ley 153 de 1896), tienen admitido y consagrado que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino mero precedente de que puede apartarse el sentenciador cuandoquiera que juzgue erróneos sus fundamentos, la opinión, el juicio contenido en la motivación de la sentencia no obliga al juez para el futuro, no lo vincula jurídicamente pero ni aun desde el punto de vista de la ética. Al contrario, la ética manda que el juez, encarnación de la justicia, no se aferre al error cuando ha sido convencido de que en él ha incurrido; ella presupone en el juez la entereza moral necesaria para recoger el error y modificar el criterio interpretativo de la ley.

"De diferente manera se enfoca la conducta del jurisconsulto que ha prejuzgado sobre la cuestión que posteriormente debe decidir como juez. El ha emitido un concepto, que si bien deja en libertad a quien le fue rendido, vincula definitivamente el juicio del autor, así se le considere bajo la perspectiva de la ética o a la luz del derecho. Etica y derecho que obran siempre, mezclados o influídos recíprocamente —como en todas las relaciones sociales— en la práctica de la profesión de abogado, en su ejercicio. La ley positiva dio el carácter de norma jurídica a los preceptos de la ética profesional y sumó a las reglas de la delicadeza y el decoro profesionales. (Artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 y 10 de la ley 21 de 1931).

"El jurisconsulto es libre para emitir o no su concepto, el cual tiene origen en un acuerdo de voluntad con el tercero que se lo solicitó. No importa que lo haya emitido remunerado o gratuitamente; pero en la medida en que fue libre para rendirlo, queda obligado a respetarlo posteriormente, en el caso concreto sobre que versa.

"El juicio que el juez emite en la sentencia no tiene como fuente su libre voluntad: está obligado a emitirlo en virtud del mandato legal (artículos 163 de la Constitución y 48 de la Ley 153 de 1887); y en la misma medida en que para él es forzoso expresar su opinión, es libre para separarse de ella cuando, con más meditado estudio, juzgue erróneamente sus apreciaciones anteriores.

"Se desprende de lo anteriormente expuesto que, aunque semejantes en su estructura, el juicio del intérprete en la motivación de sus sentencias y el concepto del jurisconsulto en el ejercicio profesional, tienen esencia distinta y producen efectos diferentes, considerados desde el punto de vista ético-jurídico. Por consiguiente, no pueden tener en la ley el mismo significado para

los efectos de la necesaria imparcialidad e independencia de criterio que caracterizan idealmente al buen juez.

"El 'concepto' que inhabilita al Magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, no es la opinión, el juicio emitido por él en la motivación de las sentencias firmadas por él, sino el rendido como jurisconsulto en el libre ejercicio de la profesión de abogado".

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Confírmase el auto apelado de fecha nueve (9) de marzo del presente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora — Jorge García Merlano, Secretario.

SE REAFIRMA LA DOCTRINA DE QUE CORRESPONDE A QUIEN EJERCE LA ACCION EXHIBITORIA LA CARGA PROCESAL DE DEMOSTRAR QUE LA COSA O DOCUMENTO CUYA EXHIBICION SE SOLICITA, ESTA EN PODER DEL DEMANDADO

Las normas que regulan la acción exhibitoria, contenida en el Capítulo II, Título V, del Libro 2º del Código Judicial, son claras en su texto, y su alcance en el derecho probatorio es preciso, por lo cual se evita —y ha evitado— crear situaciones conflictivas en su aplicación. Cuando una de las partes en el juicio pide a la otra que exhiba un documento que considera eficaz para demostrar un hecho fundamental de la litis, debe expresar concretamente cuál es ese hecho (artículo 300). No es éste un ordenamiento caprichoso de la ley sino una consecuencia lógica del efecto probatorio que consagra el artículo 303 ib., según el cual, si decretada la exhibición ésta no se lleva a cabo por renuencia del que deba hacerla, se tiene como probado en su contra el hecho de que la otra parte quería demostrar. La gravedad que implica tal presunción de veracidad, impone consecuencialmente a quien ejerce la acción exhibitoria la carga procesal de "acreditar plenamente que la cosa o documentos están en poder de la persona de quien se exige", según el texto del artículo 300 antes citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

El señor Procurador de la Nación —Delegado en lo Civil— ha pedido dentro de la oportunidad procesal correspondiente, que la Compañía demandante en este juicio exhiba los siguientes documentos:

"...libro o libros de actas de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. en los que figuran las actas correspondientes a las sesiones llevadas a cabo el 15 y 16 de febrero de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945, y 23 y 25 de febrero de 1946;

"...los poderes conferidos por los accionistas para llevar su representación en las sesiones de la Asamblea General de Accionistas mencionadas en el hecho anterior. Los nombres de las personas representadas en esas sesiones, el número de sus acciones...

"...libro o libros de registro de acciones de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. con el objeto de establecer si las acciones que figuran en las actas ya mencionadas se encuentran debidamente registradas en dichos libros y en cabeza de las personas que aparecen como accionistas en tales actas;

"...los talonarios correspondientes a las acciones originales expedidas y a los traspasos posteriores para determinar si se encuentran los comprobantes de expedición de títulos a favor de quienes asistieron personalmente o por medio de representantes a las Asambleas tantas veces citadas;

"...las relaciones y comprobantes sobre pago del impuesto de expedición y transferencia de acciones, en cuanto se refiere a la expedición o transferencia de títulos a favor de las personas que asistieron o se hicieron representar en las Asambleas ya mencionadas;

"...libro de Actas de la Junta Directiva de la Compañía Empresaria del Camino del Carare con el objeto de establecer si la transmisión de las acciones nominativas hechas a favor de las personas que asistieron a las Asambleas mencionadas fue aceptada por la Junta Directiva de la Empresa y el de establecer si la Junta convocó las Asambleas de Accionistas que con carácter extraordinario se reunieron en Bogotá el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945, y el 23 y 25 de febrero de 1946;

"...el título por 1.050 acciones que debió expedirse al señor Eduardo Dreyer en su carácter de Gerente de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, título que corresponde a las acciones que estaban reservadas para el Gobierno Nacional, en representación de la Nación".

Los hechos que la Nación se propone demostrar con los libros y documentos de la Compañía demandante, cuya exhibición pide, y que se refieren a la existencia legal de la sociedad, son:

"1)—Que los señores Antonio Roldán Fernández, Eduardo Dreyer, Alberto Moya Tovar, Carlos Pinzón Azuero, Josué Olarte Angel, Carlos Uribe Gaviria y A. González Fernández, quienes intervinieron en las sesiones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. verificadas en Bogotá los días 15 y 16 de junio de 1944 no tenían en esa fecha el carácter de accionistas de dicha Compañía.

"2) — Que ni las sucesiones de Paúl Dreyer, Aristides Pinzón, Samuel Olarte, Pablo Vanegas, Rafael Uribe Uribe, Rodrigo González y Antonio M. Moreno, ni los señores A. y J. Moya Vásquez tenían el carácter de accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. el 15 y el 16 de junio de 1944.

"3)—Que los señores Antonio Roldán Fernández, Eduardo Dreyer, Alberto Moya Tovar, Carlos Pinzón Azuero, Josué Olarte Angel, Carlos Uribe Gaviria y A. González Fernández no representaron válidamente de acuerdo con los requisitos señalados por los Estatutos a ninguno de los accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la mencionada empresa verificadas en Bogotá el 15 y el 16 de junio de 1944.

"4)—Que los señores Eduardo Dreyer, Antonio Roldán Fernández, Enrique Restrepo, Alberto Moya Tovar, Josué Olarte Angel, Luis Hernán Vanegas, Octavio Benavides, Francisco de P. Vicaría, Carlos Uribe Caviria y José María Quijano B., quienes intervinieron en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare verificadas en Bogotá el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946, no tenían en esas fechas el carácter de accionistas de la mencionada Compañía Empresaria del Camino del Carare.

"5)—Que Clementina Pinzón vda. de Pinzón y las sucesiones de Rodrigo González, Elías Alvarez, Justo Olarte, Aristides Pinzón, Paúl Dreyer, Aurelio y Jorge Moya Vásquez, Samuel Olarte, Pablo Vanegas, Octavio Benavides, Clímaco Pinzón, Rafael Uribe Uribe y Rafael Quijano, no tenían el carácter de accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las fechas en que se llevaron a cabo las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas citada en el punto anterior, es decir, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946.

"6)—Que los señores Eduardo Dreyer, Antonio Roldán Fernández, Enrique Restrepo, Alberto Moya Tovar, Josué Olarte Angel, Luis Hernán Vanegas, Octavio Benavides, Francisco de P. Vicaría, Carlos Uribe Caviria y José María Quijano B., no representaron válidamente de acuerdo con los requisitos señalados en los Estatutos de la Compañía a ninguno de los accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas verificadas en Bogotá el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946.

"7) — Que las Asambleas Extraordinarias de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. verificadas el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946 no fueron convocadas ni por la Junta Directiva de la Empresa ni por la Asamblea General de Accionistas.

"8)—Que las decisiones tomadas en las sesiones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare verificadas en Bogotá el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946 violan los Estatutos de la mencionada Compañía".

Al descorrer el traslado de la petición anterior, el apoderado de la Compañía demandante expresa:

"Con el mayor gusto serán exhibidos ante la H. Corte todos los documentos que mi poderdante señor Eduardo Dreyer, gerente de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, posee en relación con lo que es objeto de la acción exhibitoria, esto es, documentos creados a partir de su gerencia que data del año de 1944 (junio)... Con excepción de algunas copias auténticas de parte de los documentos que se hallan en el Ministerio de Obras Públicas, copias pedidas por el señor Eduardo Dreyer a ese Despacho, no hay en poder del mismo señor Dreyer documentos anteriores relacionados con la citada Compañía Empresaria del Camino del Carare y acerca de los temas aludidos a que se refiere la acción exhibitoria". Y agrega como razón para la falta de los documentos mencionados: "Precisamente por no haberse logrado que el doctor Francisco José Camacho

Gamba entregara tales documentos, libros, archivos, etc., de fechas anteriores, y pertenecientes a la Compañía, el señor Dreyer presentó denuncia contra el mismo señor doctor Camacho, ante el señor Juez de Instrucción Criminal de Bogotá, con fecha 18 de diciembre de 1945, y de todo ello ha tenido oportuno conocimiento la Superintendencia de Sociedades Anónimas".

Abierto a prueba el incidente por auto de fecha ocho de marzo del año en curso, el señor Procurador pidió reposición de la providencia manifestando que el asunto debía fallarse de plano, por no ser necesario demostrar que los libros cuya exhibición demanda se encuentran en poder del Gerente de la Compañía, toda vez que por disposición legal —artículo 59 del Código de Comercio— "Los comerciantes deberán conservar los libros y papeles de su giro, hasta que termine de todo punto la liquidación de sus negocios"; y agrega, que si el Gerente de la Empresaria del Camino del Carare no lleva los libros que la ley ordena, o no los conserva en su poder, es él quien debe demostrarlo. La reposición fue negada precisamente con fundamento en esta última afirmación de la Procuraduría, y para dar oportunidad a la Empresaria del Camino del Carare de demostrar que los libros, documentos, archivos, etc., de fechas anteriores a la gerencia del señor Eduardo Dreyer no están en poder de éste, por retenerlos indebidamente el doctor Francisco José Camacho Gamba "con excepción de algunas copias auténticas de parte de los documentos que se hallan en el Ministerio de Obras Públicas, copias pedidas por el señor Dreyer a ese Despacho...". En consecuencia, las partes pidieron las pruebas que estimaron convenientes y una vez decretadas, allegaron a los autos las que se encuentran en los cuadernos números 8 y 9.

Precluído el debate probatorio del incidente, ha llegado el momento de decidir sobre él, y para ello se hacen las siguientes consideraciones:

Las normas que regulan la acción exhibitoria, contenidas en el Capítulo II, Título V del Libro Segundo del Código Judicial, son claras en su texto, y su alcance en el derecho probatorio es preciso, por lo cual se evita —y ha evitado— crear situaciones conflictivas en su aplicación. Cuando una de las partes en el juicio pide a la otra que exhiba un documento que considera eficaz para demostrar un hecho fundamental de la litis, debe expresar concretamente cuál es ese hecho (art. 300). No es éste un ordenamiento caprichoso de la ley sino una consecuencia lógica del efecto probatorio que consagra el artículo 303 ibidem, según el cual, si decretada la exhibición ésta no se lleva a cabo por renuencia del que deba hacerla, se tiene como probado en su contra el hecho que la otra parte quería demostrar. La gravedad que implica tal presunción de veracidad, impone consecuencialmente a quien ejerce la acción exhibitoria la carga procesal de "acreditar plenamente que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige", según el texto del artículo 300 antes citado.

Pero ni ésta ni ninguna otra norma legal puede aplicarse mecánicamente en forma que no obligue al juzgador a relacionarla con otras aplicables al caso sometido a su consideración. Mas aparte de que no es lícito desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.), la carga probatoria que la disposición mencionada impone al demandante no es caprichosa, como ya se dijo, sino que halla su fundamento en la sanción que el artículo 303 ibidem establece.

De acuerdo con este artículo "Si decretada una exhibición no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tiene como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar, si es admisible la prueba de confesión...": Bien se comprende que una sanción de tal naturaleza grave no podría imponerse a quien no se le haya demostrado plenamente que la cosa o documento cuya exhibición se pide está en su poder: solamente en esa forma podría imputársele la renuencia de que habla la disposición mencionada y afirmarse que su conducta es desviada frente a la contraparte en el libre juego del ejercicio de derechos legítimos. Es solamente esa renuencia, originada en un fraude a la ley, el único motivo que moralmente justifica la imposición de la sanción de declarar ciertos los hechos que la otra parte se proponía demostrar.

De la circunstancia de que el artículo 59 del Código de Comercio imponga a los comerciantes la obligación de llevar libros de contabilidad y de conservarlos, junto con todos los papeles y documentos relacionados con su giro hasta que termine totalmente la liquidación de sus negocios, no puede presumirse que tales libros y papeles hayan sido llevados ni menos que se conserven en poder del comerciante. Las presunciones legales son de derecho estricto y no pueden sino resultar del texto expreso de la ley.

Puede ocurrir, y en realidad ocurre con mucha frecuencia, que algunos comerciantes traten

de ocultar sus libros y documentos: pero en casos tales, fácil es demostrar no sólo su existencia sino su posesión en poder del demandado mediante diversos medios, entre los cuales no es el menos importante el certificado de la Cámara de Comercio que los registró y entregó a su dueño, o con el de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para cuando se trate de empresas cuyo funcionamiento exige permiso especial de esa entidad y el cual no podría concederse sin haberse acreditado previamente el cumplimiento de la obligación de registrar tales libros. Producida esta prueba, si el demandado alega su desaparición por cualquier causa, será materia que deba resolverse frente a las pruebas allegadas para acreditar tal desaparición.

Estas son las tesis que ha venido sosteniendo la Corte como puede verse de la G. J. número 2133, págs. 248 y ss.

Ya se ha visto que al dar contestación al traslado de la solicitud de exhibición, el apoderado de la Compañía expresa que el Gerente señor Dreyer posee los documentos creados a partir de su gerencia, que data de 1944, pero no los correspondientes a los años anteriores porque los retiene el doctor Francisco José Camacho Gamba, contra quien ha formulado denuncia criminal por ese hecho; que si el señor Procurador insiste en que tales libros y documentos se hallan actualmente en poder del señor Dreyer, está en la obligación legal de demostrarlo.

La Compañía Empresaria del Camino del Carare, en orden a demostrar su aseveración exceptiva, adujo a los autos estas probanzas:

1.—Copia de la escritura pública número 2.842, de 24 de agosto de 1928, de la Notaría Primera de Bogotá, que protocoliza el acta de la sesión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, celebrada el día primero (1º) de abril de mil novecientos veintiocho (1928) bajo la presidencia del Gerente Aurelio Moya Tovar, y en la cual aparece la lista de los accionistas presentes y representados, y consta además lo siguiente: "Acto seguido el Gerente manifestó que le era penoso no poder rendir el informe reglamentario ni dar cuenta de ninguna de las actuaciones de la Compañía porque, como lo saben todos los presentes, los libros, archivo, papeles y demás documentos de la Sociedad se hallan en poder del señor Francisco J. Camacho, quien hasta la fecha no los ha devuelto". Igualmente consta que se aprobó por unanimidad la siguiente proposición: "Autorízase a los señores Gerente, Vicegerente y miembros de la Junta Directiva para que inicien y terminen todas las gestiones necesarias para recuperar a la mayor brevedad posible todos los libros y papeles de la Compañía que se hallen en poder del señor Francisco J. Camacho o de cualquiera otra persona, a fin de que se centralice en la Gerencia la custodia y responsabilidad de todos esos documentos". El proponente sustentó la moción diciendo que esa situación, creada por la falta de los documentos aludidos, no podía continuar por más tiempo, y agregó: "que hacía entrega al señor Gerente del recibo otorgado por el señor Camacho de esos efectos, con fecha 10 de julio de 1918, de acuerdo con el cual el señor Camacho para hacer estudios sobre acciones y otros, había recibido los libros, archivo, papeles y demás cosas pertenecientes a la Compañía, nada de lo cual ha devuelto" (fs. 36 a 40, cuad. número 8).

2.—Copia expedida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas en cumplimiento del Despacho número 1.463, de varios memoriales presentados por el señor Eduardo Dreyer a esa entidad, tendentes a fundamentar la solicitud de prórroga del permiso provisional que se le concedió a la Compañía para seguir ejerciendo el objeto social, y para llenar algunos requisitos exigidos por la Superintendencia para obtener la licencia de funcionamiento definitivo, para lo cual adjunta las copias del denuncio penal formulado contra el señor Camacho Gamba y las certificaciones de los funcionarios del ramo sobre adelantamiento del sumario. También aparece la copia de un acta de visita practicada por la misma Superintendencia a las oficinas de la Compañía, en donde se hace constar que el señor Gerente, don Eduardo Dreyer, presentó como únicos libros: un Diario, un Mayor, uno de Inventarios y Balances y el de Actas de Asamblea General y Junta Directiva en que se hallan las correspondientes a las sesiones del 14 de junio de 1944 y 15 de enero de 1949; consta además que el mismo Gerente manifestó que no se había podido efectuar la apertura de libros debido a que los antiguos los sigue reteniendo el señor Francisco J. Camacho. Copia del Acta de Conclusiones de la visita mencionada, de fecha 29 de julio de 1949, en la que se considera: "Como de la diligencia de visita queda plenamente establecido que la Compañía no lleva en la actualidad los libros a que está obligada de acuerdo con lo prescrito en el artículo 27 del C. de Co. se le ordena que proceda a

ello previa elaboración de un inventario físico de sus activos y pasivos, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General de Accionistas que sea convocada para tal fin" (fls. 24 a 29, cuad. número 8).

3.—Declaraciones rendidas por los señores Alberto Moya Tovar, Josué Gabriel Olarte Angel, Francisco Vicaría, Carlos Pinzón Pinzón y Carlos Uribe Gaviria, quienes en su carácter de accionistas de la Compañía opinan que el señor Camacho Gamba ha retenido los libros y archivos de la misma, lo cual les consta, porque habiendo pretendido tener la propiedad de un número elevado de acciones que pertenecieron al señor Francisco J. Fernández, siendo así que éste las había cedido al señor Antonio Roldán Fernández, como consta en documento, sólo se le ha reconocido por la Empresa como poseedor de las acciones que proporcionalmente le correspondan entre los herederos del señor Francisco Camacho, quien poseía un número de 301 acciones antes de morir (fs. 49, 50, 51, 53 y 54 del cuad. número 8).

La Texas Petroleum Company —demandada también en este juicio— adujo legalmente como prueba de su parte, una certificación del Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre registro de actos de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en diversas épocas, así: sesiones del 5, 20 y 28 de abril de 1920; 1º de abril de 1928; 1º de octubre de 1931; 15 y 16 de junio de 1944; 17 y 18 de diciembre de 1945; 23 y 25 de febrero de 1946, y 15 de enero de 1954 (fs. 4 vuelto a 14 vuelto, cuad. número 9).

Ninguno de los documentos anteriores constituye, por sí solo, plena prueba del hecho que pretende acreditar la Compañía Empresaria del Camino del Carare, pero en su conjunto tales elementos vienen a formar la convicción legal de que, desde el 10 de julio de 1918, en que bajo recibo le fueron entregados los libros, archivo y documentos de la Compañía al doctor Camacho Gamba, éste los retiene; que desde el 1º de octubre de 1931 hasta el mes de junio de 1944, la Compañía no tuvo actividades comprobadas, excepto la sesión llevada a cabo en la primera fecha citada, en la que fueron elegidos los socios Washington Bernal y Francisco José Camacho (?) como gerente y viegerente en su orden. El único documento existente en ese lapso, de acuerdo con las pruebas, sería una lista oficial de accionistas, pues tal se desprende del siguiente pasaje del acta de la sesión del 1º de abril de 1928 (escritura 2.842 ya citada), que dice: "Se procedió luego a confrontar con las **listas oficiales** de accionistas, las acciones que cada uno de los presentes representa, ya sea por poder, o por actuación en su propio nombre...". Y se dice que cada uno de los medios probatorios, tomados aisladamente, no tiene valor de plena prueba porque, en efecto, los varios instrumentos públicos que recogen los actos de la Compañía, contienen constancias y declaraciones provenientes de sus propios miembros; y los testimonios rendidos en el incidente pertenecen también a accionistas de ella; y la denuncia formulada contra la persona de quien se dice retiene los libros, es acto del gerente, aunque autorizado por la entidad. Empero, la circunstancia de que en diferentes épocas a través de muchos años —por lo menos desde 1928— y por distintas personas se haya tratado el punto de la retención de esos documentos haciéndose constar en las respectivas actas, que son del conocimiento público por efecto de su registro en la Cámara de Comercio, las declaraciones juradas, y además las certificaciones de funcionarios del ramo penal acerca del adelantamiento de la investigación, son actos que indudablemente reflejan la situación de la empresa respecto de esos libros y documentos. Y si a lo anterior se añaden los documetnos emanados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, visita de esa entidad, acta de conclusiones y las resoluciones consiguientes, en donde se destaca el hecho de la carencia de libros que la Compañía está obligada legalmente a llevar, debe concluirse que tal acervo de elementos de juicio llevan al ánimo del juzgador la convicción de que la dicha sociedad no tiene actualmente los libros y documentos cuya exhibición se le demanda, anteriores a la gerencia de don Eduardo Dreyer —junio de 1944— ya porque los retiene un socio, o porque no hubo actividades en la empresa durante largo tiempo, según las pruebas presentadas.

Lo dicho es suficiente para que la exhibición solicitada prospere, en armonía con las conclusiones expuestas, y por hallarse reunidos los requisitos que exige el artículo 300 del Código Judicial.

Por lo expuesto se resuelve:

Decrétase la exhibición de los libros, poderes, talonarios, comprobantes y título a que se refieren los apartes a) a g) de la demanda exhibitoria, y para los efectos en ella expresados, entendiéndose que tales documentos han de compren-

dar el período comprendido de junio de 1944 en adelante.

La exhibición decretada conlleva la práctica de una inspección ocular sobre los documentos mencionados; durante ella ha de permitirse tomar dibujo, copia o cualquier otro dato útil para la cuestión que se debate.

Nómbrase como testigos actuarios para este acto a los doctores Bernardo Mejía Rivera y Gustavo Bazzani. Si aceptan déseles posesión oportunamente.

Para dar comienzo a la diligencia, que ha de llevarse a cabo en las oficinas de la Compañía Empresaria del Camino del Cesare S. A., señálase la hora de las diez de la mañana (10 a. m.) del día ocho (8) de noviembre del presente año.

Cópiese y notifíquese.

José Jaramillo Giraldo—Jorge García Merlano, Secretario.

LA SALA MANTIENE EL ANTERIOR AUTO SUPLICADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El señor Procurador Delegado en lo Civil interpuso, oportunamente, el recurso de súplica contra el auto proferido en este negocio por el señor Magistrado ponente el 26 de octubre último, y el representante judicial de la Texas Petroleum Company manifestó, también dentro del término legal, que coadyuvaba la interposición de dicho recurso. En consecuencia se dio cumplimiento al artículo 512 del C. J. en armonía con el 488 ibidem y ahora procede la Sala a proferir la decisión correspondiente, para lo cual conviene puntualizar estos hechos:

El señor Procurador, como representante legal de la entidad demandada, pidió que, mediante el procedimiento establecido en el Capítulo 2º del Título 5º, Libro 2º del C. J., se ordenara a la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A., que es la demandante, la exhibición de varios libros, poderes, talonarios, relaciones, títulos y comprobantes, a fin de comprobar así algunos hechos referentes a la existencia legal de la citada Compañía. Surtido el traslado correspondiente se abrió a prueba el incidente, pero el señor Procurador pidió reposición del proveído que tal cosa dispuso porque, en su concepto, no era el caso de conceder término probatorio, toda vez que no había necesidad de demostrar que los libros cuya exhibición solicita los posea el Gerente de la Compañía, pues por disposición de la ley (artículo 59 del C. de Comercio), está obligada a llevarlos y a conservarlos en su poder. La providencia no fue repuesta y por tanto se surtió el término en mención dentro del cual el apoderado de la Compañía aportó algunos comprobantes tendientes a establecer que no todos los documentos cuya exhibición se pretende se hallan en su poder de la misma Compañía. La Texas, coadyuvando la acción exhibitoria en su calidad de parte demandada dentro del juicio, adujo igualmente algunas pruebas. El señor Procurador no trajo a los autos comprobación alguna.

En el auto suplicado se sostiene que incumbe al actor de la acción exhibitoria probar que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige; que de la obligación impuesta por el artículo 59 del C. de Comercio no puede presumirse que realmente los libros hayan sido llevados y se conserven en poder del comerciante; y que ninguno de los comprobantes aducidos por la Compañía Empresaria del Camino del Carare constituye, por sí solo, plena prueba del hecho que ella pretende acreditar, pero todos ellos, en conjunto, llevan a la convicción legal de otros hechos de los cuales obtiene el juzgador "la convicción de que la dicha sociedad no tiene actualmente los libros y documentos cuya exhibición se le demanda, anteriores a la gerencia de don Eduardo Dreyer - junio de 1944-....". Por todo ello se decreta la exhibición pero contrayéndola a los libros, poderes, etc., que comprenden el período iniciado en tal fecha.

El recurso propuesto por el señor Procurador tiene en mira obtener la reforma del auto en el sentido de disponer que la exhibición comprenda "todo el lapso solicitado en la demanda, y en consecuencia, el examen de todos los documentos relacionados allí". Para esto el recurrente insiste en la tesis por él enunciada al oponerse a que el incidente fuera abierto a prueba, esto es, que las disposiciones del Código de Comercio en virtud de las cuales los comerciantes están obligados a llevar libros y a conservarlos, establecen la presunción de derecho de la existencia de esos y demás comprobantes reglamentarios en poder de aquéllos; y que aceptando que tal presunción sea simplemente legal y admita prueba en contrario, las aportadas por la Compañía no son idóneas para demostrar que los libros y documentos anteriores al año de 1944 no están en su poder. Con tales razonamientos se identifica la parte que coadyuva la súplica.

El señor apoderado de la precitada Compañía, refiriéndose al recurso que se viene analizando, principia por pedir a la Sala, como punto fundamental de derecho, un estudio acerca de la acción exhibitoria tal como fue establecida, pues a su juicio los hechos que con dicha acción se propone demostrar la entidad demandada no son, como

deben serlo, sustentatorios de la demanda que ha dado origen al juicio, y según el artículo 50 del C. de Comercio "Los Tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de parte, la exhibición y el reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o convencionales, y quiebras". Por tales motivos solicita que "sea negada la acción exhibitoria en conjunto tal como fue presentada por la parte demandante de la exhibición, y dado, desde luego, el carácter accesorio de la misma". Mas en el caso de que por la Sala se considere que sí hay lugar al análisis de índole probatoria, plantea el señor apoderado de la Compañía varias observaciones que pueden resumirse así:

La presunción de derecho alegada por la Procuraduría no merece consideración especial, pues no se ve dónde se halla instituída como tal, ni qué fundamento jurídico-filosófico podría, además, sustentarla. La presunción simplemente legal tampoco es aceptable porque "ninguna disposición legal la tiene establecida". De otra parte, ha de entenderse que la Corte al decir, en providencia de 28 de enero de 1937, citada por el señor Procurador, que la obligación legal que tienen los comerciantes de llevar libros y las sanciones establecidas para el caso de infracción dan base para presumir la existencia de tales libros en poder de los comerciantes, se refirió a la llamada presunción de hombre o indicio, cuyo valor de convicción, en el presente caso, ha quedado debilitado por los elementos probatorios allegados al juicio por la Compañía. Y en cuanto al argumento, presentado también por el señor Procurador, de que si algo probasen los elementos de juicio aportados por la Compañía sería la culpa de ésta al facilitar libros y documentos a uno de sus miembros quien ilegalmente los retiene, y que por tanto ese hecho no puede imputarse en contra de la Nación violando el aforismo de que a nadie puede oírse cuando alega su propia torpeza, hace ver el señor apoderado de la Compañía que el acto torpe que genera la torpeza o "turpitudo" se refiere a actos ignominiosos, indecorosos, infames, como opuestos a la honestidad o a la ley, y no a simples actos de inhabilidad, falta de comprensión o de destreza.

Ha querido la Sala hacer este resumen de la tramitación del incidente, de las alegaciones de las partes y del fallo, para que se vea cómo la controversia radica en la sola cuestión concerniente a la carga de la prueba, pues en tanto que para la Compañía la prueba incumbe a quien demanda la exhibición, y sólo para patentizar la corrección de sus procederes y no por obligación legal adujo ella algunas probanzas, para la Procuraduría surgen elementos de orden jurídico que desplazan la carga probatoria de sus cauces legales y la llevan, en el evento que se analiza, a la Compañía de la cual se demanda la exhibición. Así, pues, ha de concretarse la Sala a este mero aspecto del incidente, con el fin de resolver si es o no jurídico el auto suplicado en cuanto por él se contrae la exhibición a los libros y demás documentos que comprenden el período iniciado en junio de 1944: porque en lo concerniente a las otras cuestiones a que se refiere el apoderado de la Compañía para pedir la denegación de la acción exhibitoria, estima la Sala improcedente todo análisis, puesto que habiéndose interpuesto la súplica únicamente por el representante de la Nación es obvio que sólo podrá resolverse sobre lo que del auto suplicado sea desfavorable al recurrente.

Es indiscutible, y así lo reconoce en principio la Procuraduría, "que de conformidad con el artículo 300 del C. J., en la acción exhibitoria corresponde a quien la pide, la demostración del hecho fundamental de que la cosa está en poder de la persona de quien se exige su presentación". Las razones jurídicas de esta conclusión están expuestas en las providencias de esta Sala, que cita el auto suplicado, fechadas el 25 de noviembre de 1953 y el 27 de enero de 1954, y cuyos apartes esenciales dicen:

"f) Del contexto de la disposición del artículo 300 del C. Judicial se deduce que en casos como el presente no cabe decisión alguna a base de simples inferencias. La prueba de que la cosa o documento se halla en poder de la persona contra quien se ejercita la acción especial de exhibición, debe ser plena, vale decir, constituída por medios probatorios reconocidos por la ley que lleven al ánimo del juez la evidencia de un hecho generador del derecho invocado.

"g) Finalmente, el espíritu de la misma disposición procedimental no puede ser otro que el de evitar se haga aplicación de la sanción que trae el artículo 303 del mismo Código para quienes incurran en la renuencia de exhibir la cosa o documento, sin sólidas bases jurídicas".

. . . . . .

"Salta a la simple vista que las anteriores consideraciones del actor no armonizan con el texto expreso y claro del artículo 300 del Código Judi-

cial, que exige que el que solicita la exhibición debe "acreditar plenamente y en oportunidad que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige". (G. J. números 2138-2139, páginas 248 a 250).

Correspondiendo, pues, la carga de la prueba a quien demanda la exhibición, queda por ver si, en el caso de autos, esa obligación se desplazó de sus cauces generales, como lo sostiene la Procuraduría, para radicarse en la Compañía de quien se exige la exhibición, de manera que sea ésta la obligada a demostrar que los documentos no están en su poder. En apoyo de esta deducción se plantea una presunción de derecho, o al menos legal, acerca de la existencia de los libros y comprobantes en poder de la Compañía. Mas ocurre que no es jurídico hablar de presunción de derecho donde la ley no la establece, ni de presunciones legales cuando la ley no las reglamenta de manera expresa.

Dice el artículo 66 del C. Civil:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

"Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

Y en armonía con este precepto el artículo 660 del C. Judicial dispone que "cuando la ley establece presunción de derecho no se admite prueba en contrario"; y el artículo 661 ibidem preceptúa que "los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso, la presunción prueba en favor del que la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario".

La cita de estas disposiciones es suficiente para relievar la inconsistencia de la tesis que ha venido sosteniendo el recurrente, puesto que la presunción por él alegada no ha sido establecida por el legislador como de derecho, ni tiene calidad legal pues los antecedentes o circunstancias de los cuales pudiera deducirse el hecho presumible, no están determinados por la ley. Siendo esto así, como lo es, forzosamente se concluye que la acción exhibitoria está desprovista de la prueba exigida por la ley y por ello no puede decretarse en la forma que ha sido demandada, es decir, abarcando también los libros y comprobantes comprensivos de épocas anteriores al mes de junio de 1944, ya que de esta fecha en adelante sí procede la dicha acción porque aun cuando tampoco probó el recurrente que los documentos de la Compañía, surgidos a raíz de esa fecha, están en poder de la misma, ella así lo confiesa y se manifiesta dispuesta a exhibirlos.

Por lo demás, no valdría el argumento de que la Compañía, al aseverar que no le han sido devueltos sus comprobantes anteriores a junio de 1944, está planteando una explicación o afirmando un hecho que, de no demostrarlo, conduciría a considerar que sí tiene en su poder aquellos papeles. Esa consideración no constituiría una inferencia lógica y menos tendría el carácter de plena prueba que exige, como se ha visto, el artículo 300 del C. J. De ahí que para la Sala no es necesario el análisis de los elementos de juicio con los cuales ha querido la Compañía acreditar su aseveración, ni el examen de las implicaciones que, según el recurrente, tiene esa afirmación sobre el caso sub judice, pues aunque ese análisis le fuera desfavorable, vale decir, aunque se declarara infundada su afirmación de que tales documentos los retiene ilegalmente otra persona, esa circunstancia no daría al juzgador fundamento legal para declarar, con certeza, que actualmente los posea la citada Compañía.

Estas consideraciones tocan únicamente, como atrás se ha dicho, con la parte del auto suplicado, desfavorable al recurrente, pues con respecto a los otros puntos de la misma providencia, carece la Sala de jurisdicción para analizarlos por no haberlos comprendido en su súplica el señor Procurador.

Por lo expuesto esta Sala mantiene el auto suplicado en lo que ha sido materia del recurso.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Ruenahora — **Abelardo Gómez Naranjo** — **Camilo Rincón Lara** — **Manuel Escobar M.**, Ofl. mayor.

NECESIDAD DE DEMOSTRAR LA IDENTIDAD DEL INMUEBLE EN LOS JUICIOS SOBRE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO

Preferencialmente a los otros hechos cuya demostración se requiere en juicios sobre petróleo, es preciso demostrar que el terreno existe realmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos. Porque mientras no se compruebe plenamente la ubicación del terreno no podrá saberse con certeza si él está comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos y abarcado por la de la propuesta sobre exploración y explotación.

Desde luego, en juicios sobre petróleo no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto del derecho es, precisamente, el petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, es obvio que dicho terreno debe estar plenamente determinado o identificado dentro del proceso para que la declaración judicial del dominio recaiga sobre un cuerpo cierto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El doctor Simón Gómez de Lavalle, en su propio nombre y como apoderado de los herederos y causahabientes de José Nicolás Lora, Felipe Doria Morales, Salvador de Otero y otros, demandó a la Nación, ante el Tribunal Superior de Cartagena, el 7 de abril de 1947, a fin de que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan, a favor de los actores, las declaraciones que adelante serán puntualizadas.

Surtidos todos los trámites de la primera instancia, profirió el Tribunal su providencia de 8 de abril de 1949, por la cual resolvió que no podía fallar el negocio en el fondo por ser inepta la demanda, ya que en el libelo se acumulan varias acciones y el Tribunal no tenía competencia para conocer de todas ellas.

De ese proveído apeló el apoderado de los actores y, en tal virtud, al decidir esta Sala el recurso el 30 de julio de 1951, revocó aquella decisión a fin de que el Tribunal dictara la sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda.

Recibido el juicio por el Tribunal de Cartagena, de allí fue enviado al de Montería de conformidad con el artículo 12 de la Ley 9ª de 1951, y el 14 de octubre de 1953 dicho Tribunal profirió el fallo de primer grado en el que se resuelve "no hacer las declaraciones pedidas por la parte demandante" por no estar demostrado que los actores tengan la posesión inscrita y material de las tierras a que se refiere el litigio, ni que los globos de terreno están comprendidos dentro de los linderos de la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos, mencionada en la demanda, por lo cual los demandantes carecen de derecho para obtener a su favor las declaraciones pedidas, o más exactamente carecen de legitimación para obrar en el caso de autos.

Concedida, en el efecto suspensivo, la apelación interpuesta por la parte actora contra ese fallo, volvió el negocio a la Corte, y tramitado como está en debida forma, se pasa a resolver.

La demanda

En el libelo se piden, como principales, las siguientes declaraciones:

"**Primero.**—Que los globos de terreno conocidos con los nombres de 'Zaragocilla', 'Santa Cruz de Cotocá' o 'Cotocá Abajo' o 'Mancomún', 'La Isla de El Playón' o 'El Playón', y 'Gallinazo', 'Palo de Agua' y 'Cotocá Arriba', colindantes unos con otros, con cabida total de treinta y cinco (35) caballerías o sean catorce mil ochocientas cuarenta y dos (14.842) hectáreas aproximadamente, ubicadas en jurisdicción del Distrito de Lorica, en este Departamento de Bolívar, pertenecen en pleno derecho, tanto del suelo como del subsuelo petrolífero, a los sucesores o causahabientes de los finados señores José Nicolás de Lora, Felipe Doria Morales, Salvador de Otero, José Indalecio Corrales, Juan Francisco Cabria y

José del Carmen Bravo, por los siguientes linderos así: a) Los de 'Zaragocilla', desde la Peña del Rosario que está en la orilla del río Sinú, agua abajo hasta el Arroyo de Moros, y por las espaldas hasta el Arroyo de Gabriel, lindando por el un lado con tierras que fueron de Dn. Justino de Baranda, y por el otro lado, con tierras que fueron del Capitán Juan Gómez, con extensión superficiaria de seis (6) caballerías. — b) Los de 'Santa Cruz de Cotocá' o 'Cotocá Abajo', colindan por el Norte, con las tierras de Zaragocilla: por el Sur, con las tierras de 'Mancomún'; por el Este, con el río Sinú, y por la espalda o por el Oeste con las tierras de 'El Palmar' con extensión superficiaria de cinco (5) caballerías. — c) Las de 'Mancomún', colindan por el Norte, con las tierras de 'Cotocá Abajo'; por el Sur, con las de 'Gallinazo, 'Palo de Agua' y 'Cocotá Arriba'; por el Este con las tierras de la 'Isla de El Playón', y por el Oeste, con las tierras de 'El Palmar'. — d) Las de La Isla de 'El Playón', colindan por el Norte y por el Este, con el río Sinú; por por el Sur con los terrenos de 'Gallinazo', 'Palo de Agua' y 'Cotocá Arriba', por la espalda o por el Oeste con los terrenos de 'Mancomún', con extensión superficiaria de once (11) caballerías, y e) Los terrenos de 'Gallinazo', 'Palo de Agua' y 'Cotocá Arriba', colindan por el Norte, con los de 'La Isla de El Playón' y los de 'Mancomún'; por el Sur con los terrenos de 'El Campano'; por el Este, con el río Sinú, y por el Oeste o por la espalda con terrenos que se dicen baldíos, con una extensión de siete (7) caballerías.

"Segundo.—Que la extensión superficiaria correspondiente a los globos de terreno determinados en la petición anterior, debe excluírse del área de la propuesta número 258 formulada por el señor Octavio Archila, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, tal como aparece determinada en el aviso publicado en el número 25.805 del Diario Oficial, página 91, de fecha 5 de abril de 1945; exclusión que también ha de afectar el contrato correspondiente que se perfeccione o hubiese perfeccionado entre el Gobierno Nacional y el señor Octavio Archila antes citado, o su causahabiente.

"Tercero.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, mis poderdantes y yo, como sucesores o causahabientes de los primitivos adjudicatarios de los globos de terreno mencionados en la petición primera, tenemos derecho a demandar la restitución de los productos que se exploten o hubieren explotado del subsuelo de los globos de terreno dichos al tiempo de pronunciarse la sentencia definitiva favorable para los propietarios de esos mismos terrenos y del petróleo que en ellos se contenga, y cuando no fuere posible la restitución en especie, su valor en dinero a juicio de peritos".

Subsidiariamente se pide en la demanda la declaratoria de que los terrenos en referencia salieron legalmente del dominio del Estado y pasaron al patrimonio de los causantes en virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873, y por ello el petróleo y demás substancias del subsuelo no pertenecen a la reserva del Estado; que los actuales propietarios de dichos terrenos tienen derecho a pedir del Gobierno la exclusión de esos predios del área correspondiente a la propuesta número 258 del señor Archila citado, y del contrato que con motivo de tal propuesta se haya celebrado o llegue a celebrarse; y que se deben las prestaciones o restituciones correspondientes a los productos explotados.

Por último, y para el caso de que no se hallen procedentes las anteriores peticiones, solicita el demandante que se hagan varias declaraciones acerca de las adjudicaciones hechas por el Cabildo de Tolú, en distintas fechas y a diferentes personas, de caballerías de tierras en los ya expresados globos de terreno; que igualmente se declare que a aquellos adjudicatarios se les dio posesión de todos esos predios —posesión que continuaron los causahabientes—, de suerte que el 28 de octubre de 1873 dichas tierras estaban en poder de particulares; que, en consecuencia, a los sucesores o legítimos causahabientes de los primeros adjudicatarios les corresponde mejor derecho para explorar y explotar el petróleo y demás hidrocarburos, y para celebrar el contrato a que se refiere la propuesta número 258, en la parte que el área de esa propuesta se superpone a la de los globos determinados en la demanda; y que dichos globos tienen carácter de "no libres para contratar" según el artículo 5º del Decreto 1694 de 1938 y por tanto, si a tiempo de ejecutarse la sentencia favorable a las acciones puntualizadas en el libelo, el Gobierno hubiere celebrado contrato con el señor Octavio Archila en virtud de la propuesta número 258, el área de los precitados globos deberá excluírse y se restituirán los productos correspondientes a la explotación de la misma área o su valor.

Como hechos fundamentales de la demanda relaciona el actor las adjudicaciones de tierras he-

chas por el Cabildo de la Villa de Santiago de Tolú en los sitios antes expresados: asevera que para la localización y determinación de ellas se señaló a cada una sus linderos, se midieron, amojonaron y cada uno de los adjudicatarios fue puesto en posesión de las mismas; que luego los mismos adjudicatarios principiaron a explotarlas económicamente, explotación que ha venido desarrollándose hasta hoy por quienes han sucedido a aquéllos; que los dichos terrenos están determinados por linderos claros y precisos, cercados de alambre de púas y "madrinas nacederas"; que los adjudicatarios fueron amparados en la posesión de sus respectivos predios "por el Tribunal del doctor José Antonio de Berrío, abogado de la Real Audiencia del Reino y Juez subdelegado de tierras..." en los años de 1760 y 1766; que de conformidad con la Ley Agraria especial del Estado Soberano de Bolívar, promulgada en 1867, los títulos correspondientes a esos terrenos fueron inscritos en el Concejo de Lorica; que los demandantes tienen la posesión inscrita y material de aquellas tierras; que "el Ministerio de Minas y Petróleos, por resolución de fecha 15 de marzo de 1945, admitió la propuesta de contrato sobre exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional, formulada por el señor Octavio Archila, registrada en el libro respectivo bajo el número 258, y referente a un globo de terreno de 38.750 hectáreas de extensión, situado dentro del Municipio de Lorica, y comprendido por los linderos que reza la propuesta..."; que entre el área de la propuesta número 258 mencionada y la que forman los terrenos de que trata la demanda, existe una superposición completa o total; y que el término de dos años de que trata el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 no estaba vencido al formular la demanda.

En cuanto a disposiciones legales expresó el demandante que "El Código Civil, en las disposiciones que regulan y amparan el dominio en general, y las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, como especiales que son para el dominio del petróleo, suministran los fundamentos actuales de derecho en que se apoya esta demanda".

Las pruebas

Con la demanda fueron presentadas varias escrituras públicas, unas de protocolización de títulos sobre las tierras de Zaragocilla, Gallinazo y demás mencionadas en el libelo, y otras concernientes a poderes otorgados; un ejemplar, debidamente autenticado, del Diario Oficial número 25.805 de 5 de abril de 1945 en el que aparece publicado el aviso referente a la precitada propuesta número 258; un mapa del Departamento de Bolívar, y un croquis de los globos de terreno tantas veces nombrados.

En primera instancia, y dentro del término probatorio, el apoderado de los actores solicitó que se librara despacho al Archivero General del Departamento para que expidiera copia legalizada de las partidas por las cuales se presentaron para su registro, de conformidad con la Ley Agraria de 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar, al H. Concejo de Lorica, los títulos relativos a las tierras de Palo de Agua, Gallinazo, Cotocá e Isla de El Playón, y que se recibieran varias declaraciones.

De estas pruebas solamente se llevó a cabo la recepción de los testimonios de José María Córdoba E., Antonio o Antonino Calao, Antonio María Mora P., Antonio Ballesteros, Manuel Vargas, Carlos Martínez, Sebastián Banda y José Narváez, quienes declaran que los terrenos mencionados en la demanda están, desde tiempo inmemorial, ocupados con ganados, pastos artificiales y plantaciones agrícolas, y esa manera de explotación económica continuaba en las fechas de sus exposiciones; y que conocen los linderos de dichos terrenos, linderos que expresan los deponentes por considerar que son "más o menos" los que corresponden a tales predios, o los que los encierran de manera general.

En esta segunda instancia solicitó la parte demandante la práctica de una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, para establecer los linderos de los terrenos determinados en la demanda y para precisar si existe o no superposición del área correspondiente a la propuesta número 258 con respecto a la de los predios de que trata la demanda. Esta prueba fue decretada y para practicarla se comisionó al Juez del Circuito de Lorica; mas como el interesado no suministró lo necesario para el cumplimiento de la comisión, vencido el término que para ésta se señaló, fue devuelto el expediente a esta Sala.

La sentencia de primer grado

Los párrafos en que el fallador de primera instancia concreta los fundamentos jurídicos para "no hacer las declaraciones pedidas por la parte demandante", como textualmente se dice en la parte resolutiva, son los siguientes:

"En los autos no aparece probado que los demandantes 'tienen la posesión inscrita y material' de las tierras a que se refiere el litigio. En efecto no se han aportado los instrumentos públicos que así lo prueben ni figura la certificación registratorial del caso (C. J. artículo 835. Ley 160 de 1936, artículo 79). Por otra parte, tampoco se ha probado que los globos de terrenos a que se refiere este juicio están comprendidos dentro de los linderos de la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de que se trata.

"Estas consideraciones elementales, que se desprenden nitidamente de los autos, llevan a esta Sala a la conclusión de que los actores carecen de derecho para obtener que se hagan a su favor las declaraciones principales pedidas en la demanda.

"En cuanto a las peticiones subsidiarias marcadas con las letras a), b) y c) caben idénticas consideraciones, puesto que no se ha probado que esos terrenos forman legalmente parte del patrimonio de los actores, ni que están dentro de la propuesta en cuestión. El presente juicio es el previsto en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 que en lo pertinente dice: "Si el fallo fuere favorable al proponente, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial. El mismo derecho le quedará al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en este artículo, pero en uno y otro caso el opositor o el presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, etc....".

"De manera que toda acción como la de autos, sólo puede ejercitarla legalmente el opositor o el presunto dueño, es decir, el que se juzgue dueño "por tener indicios o señales para ello", conforme a la definición de la Real Academia Española. Pero, como arriba se ha anotado, en el expediente no hay prueba alguna que permita tener como dueños a los actores, o siquiera como sucesores o causahabientes de los primitivos dueños.

"Iguales razones obran en cuanto a las declaraciones subsidiarias marcadas con las letras aa), bb) y dd), ya que solamente los presuntos dueños tendrían derecho, o más exactamente legitimación para obrar en el caso de autos.

"Por lo expuesto, sobre lo cual no es necesario hacer mayores consideraciones, no es del caso entrar a analizar si los títulos aportados a los autos, que se refieren a actos ejecutados en los años de 1719 y 1725 unos, y en 1755 y 1768 los otros, se ajustan a lo preceptuado en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680 y en las Cédulas de San Lorenzo y de San Ildefonso, de 1754 y 1780, respectivamente".

El concepto de la Procuraduría

El señor Procurador, único que, como queda dicho, alegó de conclusión, expresa su concepto sobre la providencia recurrida, en los siguientes términos:

"La acción fundamental incoada mediante el presente juicio y a la cual se subordinan todas las demás, ya principales o subsidiarias, es la acción de dominio, que constituye por otra parte, lo específico aprehensión en grado de jurisdicción, por el cauce procesal surtido y agotado.

"En la acción de dominio, la cosa singular sobre la que debe recaer la correspondiente declaración, debe estar debidamente identificada en el juicio por medio de la prueba idónea para ello, más tratándose de terrenos en donde se afirma que existen yacimientos petrolíferos. Entonces la prosperidad de la acción depende, según constante jurisprudencia de la Corte, de los requisitos esenciales: a) título emanado del Estado con anterioridad a la expedición del Código Fiscal de 1873 o adjudicación de la mina de petróleo de conformidad con el artículo 112 de la Ley 110 de 1912; b) determinación del terreno objeto de la demanda, y c) superposición del área de la propuesta o concesión sobre el inmueble de la litis. Además, y reiteradamente la Corte ha dicho, que según práctica tradicional para el despacho de esta clase de negocios, ha de examinarse preferencialmente y ante todo lo relativo a la determinación precisa del terreno de que se trata, y sólo cuando se encuentre satisfecho este requisito se pasará adelante con la apreciación de los títulos.

"De conformidad con esta orientación doctrinaria, ocurre preguntar, si tan fundamental extremo de la acción se halla acreditado en autos.

"Como cuestión previa, es necesario establecer, que para la identificación de terrenos como a los que alude la declaración primera impetrada en la demanda, se requiere la clara determinación de los inmuebles por sus linderos precisos, según los títulos; y luego, la confrontación de dichos linderos en presencia de la realidad topográfica

observada sobre el terreno. Para tal realidad procesal se requiere como prueba idónea y necesaria la inspección ocular practicada sobre los terrenos que se dicen son de propiedad exclusiva de los demandantes; más cuando en la segunda petición principal se procura la afirmación jurisdiccional de que los terrenos sobre que versa el dominio están excluídos del área de la propuesta número 358 formulada por el señor Octavio Arcila ante el Ministerio de Minas y Petróleos. Pero tal prueba no se llevó a cabo en el proceso y apenas se pretendió por el actor, la identificación de los terrenos por medio de varias declaraciones de testigos, que en manera alguna cumplen con la finalidad probatoria perseguida.

"En efecto: los deponentes apenas manifiestan en idéntica forma que los linderos de las zonas de terreno a que alude la demanda son "**más o menos**" (subraya la Procuraduría), los siguientes...". Y fuera de que no tienen certeza sobre su determinación, engloban los lotes parciales identificados en la demanda en un globo general que ni siquiera se menciona en el libelo.

"En resumen: no habiéndose procurado por la parte actora la prueba de la determinación de los predios materia del juicio, las acciones principales, subsidiarias y consecuenciales se quiebran y caen por su base.

"En consecuencia, como representante judicial de la entidad demandada, solicito de vosotros la confirmación de la providencia recurrida, en lo substancial, pero su reforma en cuanto a la técnica expresión de su parte resolutiva, agregando la absolución para la Nación de los cargos formulados contra ella".

La Sala considera:

Ciertamente, como lo estima el señor Procurador, la acción fundamental intentada en este juicio es la de dominio, ya en cuanto al suelo, ora en relación con el subsuelo, de los predios determinados en la demanda, desde luego que los actores pretenden que se les declare dueños de ellos, se excluya, en consecuencia, la extensión superficiaria correspondiente a aquellos predios, del área de la propuesta número 258 y se les reconozca el derecho a demandar la restitución de los productos. Y subsidiariamente formulan peticiones con finalidades análogas, como las de declarar que los terrenos en referencia salieron legalmente del dominio del Estado y pasaron al patrimonio de los causantes en virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873 y por eso el petróleo y demás substancias del subsuelo no pertenecen a la reserva del Estado; que los actuales propietarios tienen derecho a pedir la exclusión de esos predios del área de la precitada propuesta y del contrato que con motivo de ella se haya celebrado o se celebre; que se deben las correspondientes prestaciones o restituciones, etc.

Se tiene entonces que por tratarse de una acción de dominio deben aparecer demostrados en los autos los elementos que la configuran; mas como con las declaraciones impetradas en la demanda se pretende la reivindicación de los terrenos y el reconocimiento judicial de la propiedad privada del petróleo que en ellos se encuentre, conviene analizar estas dos cuestiones.

En la reivindicación son elementos axiológicos: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio en el demandante; c) posesión material en el demandado; y d) identidad de la cosa que se pretende y la poseída.

Si, pues, como elementos de la acción en referencia se requieren el dominio del actor y la posesión del demandado sobre una cosa singular identificada debidamente, es obvio que al reivindicador no le basta comprobar su calidad de dueño, sino que la prueba de dominio debe complementarla con la identidad de la cosa. Y como es natural que el estudio de estos aspectos debe hacerse ordenadamente, es necesario que el requisito de la identificación aparezca demostrado en primer término para que sea procedente el estudio de los títulos presentados por las partes. Por eso ha dicho la Corte: "Lo primero en el estudio de una titulación es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con el objeto". (LII, pág. 476). Porque "cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular...". (LXVI, pág. 342).

Con respecto al petróleo se ha dicho que la ley ha hecho de él "un objeto especial de un derecho real de dominio, que tiene el carácter sui géneris de recaer sobre una cosa cuya existencia se ignora. Acaso por esta circunstancia y por la naturaleza misma del petróleo, la única manera de determinar el objeto del derecho es la indicada en la ley y que consiste en señalar los linderos de los terrenos en los cuales pueda encontrarse el

petróleo de que se trata...". (G. J. número 2151, pág. 919). Es decir que, preferencialmente a los otros hechos cuya demostración se requiere en juicios sobre petróleo, como son: propiedad del demandante sobre el terreno; que dicho terreno salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva del Código Fiscal de 1873; que la actual titulación comprende terrenos abarcados por el título antiguo; y que los linderos de la propuesta abarcan, total o parcialmente, los del opositor, preferencialmente a estos hechos —se repite—, es preciso demostrar que el terreno existe realmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos. Porque mientras no se compruebe plenamente la ubicación del terreno no podrá saberse con certeza si él está comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos y abarcado por la de la propuesta sobre exploración y explotación.

Desde luego, en juicios sobre petróleo no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto del derecho es, precisamente, el petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, es obvio que dicho terreno debe ser plenamente determinado e identificado dentro del proceso para que la declaración judicial del dominio recaiga sobre un cuerpo cierto. Por eso, como queda dicho, se exige en primer lugar el requisito de la determinación del inmueble para que así quede, consecuencialmente, determinado también el objeto especial del derecho real de dominio que se pretende. De lo contrario no podría señalarse con certeza la ubicación del subsuelo dentro del cual exista el petróleo, y por lo mismo el fallador estaría en imposibilidad jurídica para declarar que pertenece al actor el petróleo que reclama.

Es por todo esto por lo que en juicios de tal naturaleza también ha dicho la Corte:

"Como la declaración judicial del dominio ha de recaer sobre un cuerpo cierto y determinado, y en este proceso no se conoce dicho objeto, tal declaración no puede hacerse. Por tanto resulta innecesario el estudio de los demás aspectos del juicio, tales como la validez jurídica de los títulos coloniales, la propiedad de los demandantes sobre el predio actual, etc...". (G. J. números 2165-66, pág. 391).

"En juicios como el presente, en los cuales se ejercita una verdadera acción de dominio, impera el principio de que para que pueda tener éxito la acción se requiere —como ineludible requisito— que el inmueble materia de la demanda se encuentre clara y precisamente determinado en los autos. Así, pues, al fallar un negocio de esta índole, el juzgador lo primero que debe averiguar es si el predio cuyo subsuelo petrolífero se alega como de propiedad particular, ha sido debida y completamente identificado por los medios probatorios reconocidos por la ley de procedimiento. Sólo a esta condición se podrá decir que el contenido de los títulos en que el actor apoya la acción de dominio, en cuanto a la determinación y especificación del inmueble a que ellos se refieren, es verdadero y capaz de ser comprobado sin dificultad alguna sobre el terreno. La prueba por excelencia para reconocer el inmueble cuyo subsuelo petrolífero se esté discutiendo a la Nación, es la inspección judicial con peritos ingenieros...". (Carlos Romano Armesto contra la Nación. Fallo, 1º de octubre de 1956).

Tiénese, de lo que hasta aquí se deja expuesto, que tanto para la prosperidad de la acción reivindicatoria como para que sea procedente la declaración judicial del dominio privado del petróleo, es requisito primordial la determinación clara y precisa del terreno. De ahí que pase la Sala a examinar lo que al respecto suministren los autos.

Ya se ha visto cómo la inspección ocular —que en esta instancia se decretó a petición de la parte demandante para fijar los linderos de los terrenos mencionados en la demanda y para precisar lo relativo a la superposición, sobre ellos, del área correspondiente a la propuesta 258—, no se practicó porque los interesados no suministraron los elementos indispensables para llevarla a cabo. Se ha visto igualmente que los declarantes no precisan los linderos de los predios, pues aluden a ellos diciendo que son "más o menos" los que encierran aquellos globos de terreno. Y se ha observado también que ninguna otra prueba, concerniente a la identificación de los terrenos, obra en el proceso. De manera que, conforme a la doctrina precedentemente mencionada, no estando identificados los inmuebles sobre los cuales pudiera recaer la pretendida declaración judicial del dominio, así del suelo, como del subsuelo petrolífero, dicha declaración no puede hacerse y por ello es innecesario estudiar los demás aspectos del juicio. De ahí que deba confirmarse el fallo de primer grado, pero con la adición que solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Montería el 14 de octubre de 1953, adicionándola en el sentido de absolver a la Nación de los cargos contra ella formulados en la demanda.

Condénase en costas a la parte demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel Bucnahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

EL ACTA DE VENTA EN PUBLICA SUBASTA DE BIENES DE TEMPORALIDADES NO ES TITULO SUFICIENTE PARA ACREDITAR QUE LOS TERRENOS, CUANDO SE DISCUTE LA PROPIEDAD DE SU SUBSUELO PETROLIFERO, HAN SALIDO DEL PATRIMONIO DEL ESTADO. LA JUSTA PRESCRIPCION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Cuenahora)

En ejercicio de la acción consagrada en el Decreto Extraordinario número 1056 de 1953, y por intermedio de su apoderado legal, el señor Ignacio Solano Manrique, en demanda presentada el 23 de julio de 1953, corregida luego con fecha 2 de septiembre del mismo año, solicita a la Corte que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—El inmueble o predio denominado **San Ignacio**, situado en el Municipio de Tello, departamento del Huila, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, de propiedad de mi mandante, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud del remate hecho el 16 de enero de 1776 por don Joaquín de Arce ante la Real Junta de Temporalidades de que dan cuenta las copias de la escritura correspondiente y las de otros documentos sobre actos anteriores al remate insertos en el protocolo de la Notaría Primera de Neiva, en el libro titulado 'Posesión de Tierras de la Real Junta de Temporalidades, año 1772'.

"Los linderos del inmueble a que se ha hecho referencia son, según los títulos que se acompañan a esta demanda:

"'Por el Norte, a partir de la boca de la quebrada de Bateas en el río Magdalena, quebrada arriba hasta encontrar en su margen derecho el cerco de alambre que separa las sabanas de la finca San Ignacio, con el globo comunero de Mesarredonda; siguiendo por este cerco sobre la hoya de la quebrada Bateas, hasta encontrar la cerca de alambre que hace la división entre las sabanas de la finca de San Ignacio (de la sucesión Solano) con las sabanas de cría del predio alinderado. Por el Oriente: A partir del punto últimamente indicado, se continúa en dirección Sur por el cerco de piedra y alambre que cruza la carretera central deslindando el mangón de San Javier (de San Diego) y termina en la parte sur del potrero de El Librillo (de San Ignacio); de este punto y siguiendo en dirección Occidente, por el cerco de alambre que hace la división entre el potrero mencionado y el mangón denominado Queseras (de la sucesión) y cruzando la carrilera del Ferrocarril hasta encontrar el cerco que divide el potrero del Triunfo (de San Ignacio) con el mangón de Queseras y con el potrero de La Palma (de San Ignacio); de este punto en dirección Sur, siguiendo por el cerco que separa el mangón de Queseras de los potreros El Triunfo, El Palmichal y El Salas (de San Ignacio) hasta dar con los cercos que dividen el potrero El Salas con el predio de propiedad de Avelina Moreno; y por dicho cerco en dirección Occidental, hasta encontrar el río Magdalena. Por el Occidente: A partir del punto antes indicado, río Magdalena aguas abajo hasta encontrar la boca de la quebrada Bateas, punto de partida.

"**Segunda.**—En subsidio, el inmueble o predio denominado **San Ignacio**, situado en el Municipio de Tello, departamento del Huila, dentro de los linderos ya señalados de propiedad de mi mandante, salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"**Tercera**—Como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, el subsuelo petrolífero del inmueble denominado **San Ignacio**, o sea el petróleo y los demás hidrocarburos que en él se hallen, son de propiedad del dueño del terreno citado, dentro de la alinderación relacionada en la primera petición.

"**Cuarta**—Igualmente, como consecuencia de las declaraciones pronunciadas respecto de los puntos anteriores, el área correspondiente al inmueble ya mencionado, es decir, **San Ignacio**, en su

suelo y en su subsuelo petrolífero, puede explotarse como de propiedad privada y no puede contratarse ni explotarse como de propiedad de la Nación".

En ejercicio de la misma acción y en demanda presentada y corregida en las mismas fechas anteriormente expresadas, la señora Beatriz Manrique viuda de Solano solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Los inmuebles o predios denominados **El Porvenir** y **Sabanas Sueltas del Porvenir**, situados en el municipio de Villavieja, departamento del Huila, comprendidos dentro de los linderos que adelante se expresan, de propiedad de mi mandante, salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud del remate hecho el 16 de enero de 1776 por don Joaquín de Arce ante la Real Junta de Temporalidades de Santa Fe, de que dan cuenta las copias de la escritura correspondiente y las de otros documentos sobre actos anteriores al remate insertos en el protocolo de la Notaría de Neiva, en el libro titulado 'Posesión de Tierras de la Real Junta de Temporalidades, año 1772'.

"Los linderos de los inmuebles a que se ha hecho referencia son, según los títulos que se acompañan a esta demanda:

"a) De **El Porvenir**: 'A partir de la boca del río Villavieja, en el río Magdalena, sobre su margen derecha, Magdalena arriba hasta encontrar el punto en donde termina sobre dicha margen el cerco de alambre que separa el potrero denominado 'La Boca' (del Porvenir), de los predios de la hacienda 'Bateas' de propiedad de Saturia Alvarez v. de Garcia, se sigue por este cerco en dirección Oriental hasta encontrar la esquina del cerco de alambre que divide el potrero 'San Cristóbal', del mencionado potrero de 'La Boca', deslindando en esta parte con terrenos de 'Bateas'; de este punto y en dirección Sur, siguiendo el cerco de alambre que divide el mismo predio 'Bateas', con el potrero 'San Cristóbal', hasta donde dicho cerco forma vértice con los cercos de alambre que dividen el potrero de 'Bateas', con las sabanas del mismo predio y el potrero de 'San Cristóbal'; de dicho punto, y tomando en dirección oriental, y siguiendo el cerco de alambre que separa el potrero 'San Cristóbal', por su costado Sur con las sabanas de 'Bateas', hasta encontrar el cerco que cierra el potrero de 'San Cristóbal', por su costado oriental, sobre la Carretera 'Neiva-Villavieja'; por este cerco, en dirección Norte, sobre la mencionada Carretera, hasta el río Villavieja, en el paso antiguo del camino a la población del mismo nombre; de ese punto en recto hasta encontrar sobre la banda derecha del río Villavieja la punta de cerco de piedra que separa el potrero 'La Polonia' (del Porvenir), de las 'Sabanas Sueltas' de la misma finca, siguiendo en dirección Norte, por el mismo cerco que continúa después haciendo separación de las 'Sabanas Sueltas' y los potreros 'La Capilla' y 'El Cebador', hasta encontrar el cerco de alambre que cruza en dirección de Oriente a Occidente, a la entrada de la población de Villavieja, y que va hasta el brazuelo del río Magdalena, al Occidente de dicha población, encerrando por su costado Norte las mangas denominadas 'Guacharaco'; brazuelo abajo, hasta encontrar la cerca de alambre que divide la denominada 'Isla Villavieja' (del Porvenir), con un lote de terreno poseído por Santiago Rubiano; y por esta cerca en dirección Occidental, hasta encontrar el río Magdalena. Este arriba, y comprendiéndose unas islas en formación que pertenecen al predio alinderado, hasta la confluencia del río Villavieja en el Magdalena, punto de partida'.

"B) De las **Sabanas Sueltas de El Porvenir**: 'Por el Norte, a partir del vértice formado por los cercos que cierran los costados Oriente y Norte del potrero de 'La Capilla' (de 'El Porvenir'), sobre el camellón de entrada a la población de Villavieja, se sigue en línea recta y en dirección Noroeste, a encontrar la punta del cerco de alambre que parte de la margen oriental de dicho camellón y sigue a encontrar el cerco de alambre que divide el mangón del 'Amargosal', con las sabanas alinderadas, al Oriente de la citada población; de este punto y siguiendo el mismo cerco en dirección Oriental, hasta encontrar la cerca divisoria con la finca denominada 'La Argentina', de propiedad de Secundino Rodríguez. Por el Oriente, continuando por la citada cerca divisoria con el predio 'La Argentina', en dirección de Norte a Sur en un primer trayecto, para continuar después en dirección Oriental, hasta encontrar el vértice de dicho cerramiento con el cerco de la finca 'Reyes', de propiedad de Adán y Abel Castañeda; de este punto y continuando en dirección Sur, se sigue en recto por un cerco de alambre hasta su terminación; de este punto y cruzando en dirección Suroeste, se sigue en recto, hasta encontrar la quebrada de 'Maluco', lin-

dando en esta parte con el globo comunero denominado 'Buará'; quebrada de 'Maluco' aguas abajo, hasta su boca en la quebrada de 'Guarocó'. Por el Sur, quebrada de 'Guarocó', abajo, hasta su confluencia, con el río Villavieja; y éste abajo hasta encontrar la cerca de piedra que encierra el potrero 'La Polonia' (de 'El Porvenir'). Por el Occidente, a partir del extremo Sur, del cerco últimamente mencionado, se sigue por éste, en dirección Norte, limitando con los potreros de 'El Cebador' y 'La Capilla', hasta el vértice de este cerco, con el cerramiento Norte de 'El Porvenir' (Partida primera), sobre el camellón de entrada a la población de Villavieja, punto de partida.

"Segunda.—En subsidio, los inmuebles o predios denominados 'El Porvenir' y 'Sabanas Sueltas de El Porvenir', situados en el municipio de Villavieja, departamento del Huila, dentro de los linderos ya señalados, de propiedad de mi mandante, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"Tercera—Como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, el subsuelo petrolífero de los inmuebles denominados 'El Porvenir' y 'Sabanas Sueltas de El Porvenir' o sea el petróleo y los demás hidrocarburos que en él se hallen, son de propiedad de la dueña de los terrenos citados, dentro de las alinderaciones relacionadas en la primera petición.

"Cuarta.— Igualmente, como consecuencia de las declaraciones pronunciadas respecto de los puntos anteriores, el área correspondiente a los inmuebles ya mencionados, es decir, 'El Porvenir' y las 'Sabanas Sueltas de El Porvenir', en su suelo y en su subsuelo petrolífero, puede explotarse como de propiedad privada y no puede contratarse ni explotarse como de propiedad de la Nación.

Dadas las circunstancias de que en los dos juicios se invoca como título emanado del Estado para acreditar la propiedad privada del petróleo que en ellos se alega, el de la antigua y grande hacienda 'Villavieja', que fue de los Padres Jesuítas, y la de que ambos se refieren a la misma propuesta de exploración y explotación número 540, la Sala decretó la acumulación de los dos juicios de que se viene hablando.

Hechos

Los hechos de las demandas acumuladas pueden resumirse así:

1º—Que el señor José Ignacio Solano y la señora Beatriz Manrique viuda de Solano son actuales propietarios y poseedores inscritos de los terrenos denominados "San Ignacio" el primero, y "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir" la segunda, todos los cuales forman parte de las tierras de la antigua hacienda "Villavieja" que fue de los Padres Jesuítas.

2º—Que la antigua y grande hacienda de "Villavieja" que fue de los Padres Jesuítas y dentro de la cual están comprendidas las tierras de San Ignacio, El Porvenir y Sabanas Sueltas de El Porvenir, se adjudicó, en 16 haciendas menores, independientes entre sí, y delimitadas cada una por separado, a un solo rematador, en pública subasta, el señor Joaquín de Arce, el día 16 de enero de 1776, por la Real Junta de Temporalidades de Santa Fe.

3º—Que el remate fue precedido de la práctica de inventarios y avalúos, delimitación de las tierras y pregones de las 16 haciendas comprendidas dentro de la grande de "Villavieja", llamadas "Bogotá", "Pital", "Salsipuedes", "Hato Nuevo", "Caballeriza", "Reyes", "Boquerón", "Mata de Guácimo", "San Nicolás", "Ahorcados", "Arrieros", "Potrero", "Villavieja", "Manguita", "Bateas" y "San Ignacio".

4º—Que los linderos de la hacienda de San Ignacio rematada por Arce en 1776, comprenden, con otra u otras de las haciendas en que se fraccionó la antigua de "Villavieja", las tierras de la actual finca de San Ignacio. Tales linderos son los que en seguida se copian, tomados de las diligencias respectivas de alindamiento y medida practicadas en 1772 para poner las fincas en subasta:

"Desde la boca de la quebrada del Coscorrón por la Bateas abajo hasta su desagüe en el Río Grande, siguiendo por éste arriba hasta la derecera del Serrito que llaman de Sarabia cortando línea recta a éste por un mojón de piedras que está en la mediación, y de dicho Cerrito de Sarabia a buscar derecho la boca de la quebrada del Copeal, que desagua en la Arenosa, por dicho Copeal arriba hasta donde puso hato el Padre Quiroga y de éste cortando a tierra hueco que inmediato nace una quebrada que baja por todo el pie de la mesa de Bogotá, siguiendo di-

cha quebrada abajo hasta cerrar con la boca del Cascorrón del primer lindero'.

5º—Que los linderos de las haciendas La Manguita y Villavieja rematadas por Arce en 1776 comprenden con otra u otras de las haciendas en que se fraccionó la antigua de "Villavieja", las tierras de El Porvenir y Sabanas Sueltas de El Porvenir. Tales linderos son los que en seguida se copian, tomados de las diligencias respectivas de alindamiento y medida practicadas en 1772, para poner las fincas en subasta:

"a) De 'La Manquita': 'Desde la boca de la quebrada de San Francisco, que desagua en la de Las Lajas, por ésta arriba hasta la boca de la quebrada del Dungal, y de ésta cortando derecho a las cabeceras de la quebrada de los Córdobas y por ésta abajo hasta su desagüe en el río Guaroco y por éste abajo hasta donde se junta con el de Villavieja; siguiendo por éste abajo hasta la boca de la quebrada Balsillas, y por ésta arriba a buscar su nacimiento, y de éste partiendo la Mesa de Balsillas, línea recta a buscar la cabecera de la quebrada de la Colorada, por ella abajo hasta la derecera de una quebrada, que pasa por el lado de abajo de una Lagunita, por ésta abajo a su desagüe en la quebrada de San Francisco, y por ésta abajo hasta donde se junta con la de las Lajas del primer lindero".

"b) De 'Villavieja': 'Desde la boca del río Villavieja por éste arriba hasta la boca de la quebrada del hato del Balsillas, y por ésta arriba a su nacimiento, y de éste atravesando el Llano a buscar el nacimiento de la quebrada de la Colorada, y por ella abajo hasta la derecera de una quebradita que pasa por el lado de abajo de la Lagunita, siguiendo por ella abajo hasta su desagüe en la quebrada de San Francisco, y por ella abajo hasta que desagüe en la de las Lajas, por ésta abajo hasta que desemboca en el Río Grande y por éste arriba hasta la boca del río Villavieja del primer lindero".

6º—Que la propiedad actual en cabeza de los demandantes se la confieren, con arreglo a las exigencias legales, los certificados de libertad y propiedad de treinta años expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Neiva el 9 de octubre de 1950 y 11 de los mismos mes y año, respectivamente para los demandantes Solano Manrique y Manrique viuda de Solano, así como también las escrituras en que tales certificaciones se relacionan.

7º—Que por Resolución número 210 de 16 de marzo de 1950, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta número 548 formulada por el señor Mario A. Ortega L. para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 40.000 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los municipios de Neiva, Tello, Villavieja, Aipe, Palermo y Yaguará, Departamento del Huila, y comprendido dentro de los siguientes linderos que acercan los de las haciendas denominadas San Ignacio, El Porvenir y Sabanas Sueltas de El Porvenir:

"La localización de estos linderos se hizo tomando su alinderación en las coordenadas geográficas de la estación astronómica establecida para la Richmond Petroleum Company of Colombia por el ingeniero civil graduado y matriculado bajo el número 428 por el Consejo Profesional de Ingeniería, Eduardo Segura Archila, en las inmediaciones de la confluencia de las quebradas El Lindero y Las Lajas.

"Las coordenadas geográficas de esta estación astronómica son las siguientes: latitud: 3º 11' 46" 71 Norte más o menos 0" 38. Longitud: 76º 07' 07" 47 W. de Greenwich, más o menos 00" 28.

"La pilastra de observaciones correspondiente a esta estación astronómica fue ligada topográficamente a las confluencias de las quebradas denominadas El Lindero y Las Lajas, punto arcifinio, estable e inequívoco. De este ligamento se dedujeron las coordenadas geográficas del mencionado punto arcifinio, obteniéndose los siguientes valores: Latitud: 3º 11' 43" 13 Norte más o menos 00" 28. Longitud: 76º 07' 04" 85 W. de Greenwich, más o menos 0" 28.

"Tomando como punto de referencia esta confluencia que, como se ha dicho, constituye un punto arcifinio estable e inequívoco, definido por sus coordenadas geográficas, se midió una distancia de dos mil doscientos veintiún metros con diez y ocho centímetros (2.221.18 mts.), con rumbo sur cincuenta y seis grados, diez y nueve minutos, treinta y tres segundos con siete décimos de segundo Oeste (S. 56º 19' 33" 7 W.) hasta llegar al punto A, marcado en el terreno con un mojón de concreto, el cual es tomado como punto de partida de la alinderación.

"Desde este punto A se mide en línea recta una distancia de treinta y cinco mil metros (35.000 mts.), con rumbo Sur treinta y dos grados Oeste (S. 32º W.) hasta dar a un punto marcado en el plano con la letra B.

"Desde este punto B se continúa en línea recta con rumbo Norte cincuenta y ocho grados Oes-

te (N. 58° W.), por una distancia de catorce mil metros (14.000) hasta dar a un punto marcado en el plano con la letra C.

"Del punto C anterior se sigue en línea recta por una distancia de treinta y cinco mil metros (35.000 mts.), con rumbo Norte treinta y dos grados Este (32º E.) hasta llegar al punto marcado en el plano con la letra D.

"De este punto D se continúa en línea recta con rumbo Sur cincuenta y ocho grados Este (S. 58º E.), por una distancia de catorce mil metros (14.000 mts.) hasta volver al punto A de partida de la alinderación.

"Todos los rumbos mencionados en esta alinderación se refieren al meridiano astronómico o verdadero".

8º—Que la propuesta de contrato singularizada en el hecho precedente fue traspasada por el señor Marco A. Ortega L. a la Compañía de Petróleos del Opón S. A., según Resolución número 248, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos el 31 de marzo de 1951, y que esta Sociedad la cedió, según consta en providencia número 185 del mismo Ministerio, fechada el 7 de marzo de 1953, a la International Petroleum (Colombia Limited) Sociedad que es actualmente titular de esta solicitud de concesión.

Fundamentos de derecho

En derecho los demandantes fundaron sus demandas en el Decreto Extraordinario número 1056 de 1953, especialmente en sus artículos 5º, 34 y 36, y demás disposiciones concordantes de las leyes de petróleos y de sus decretos reglamentarios; en las Cédulas Reales de la Corona Española sobre tierras y en el Código de Indias en las partes referentes a la misma materia; en la Ley de 11 de octubre de 1821, la de 30 de marzo de 1843, la 70 de 1866, y el Código Fiscal de 1873, en las partes que regulan la adquisición de tierras por merced, por cultivo o por el fenómeno jurídico de la justa prescripción. Además, apoyan sus demandas en los artículos 669 y 673 del C. C. y 28 de la Ley 153 de 1887.

Contestación de las demandas

Como la acumulación de los juicios de que atrás se habló no había sido decretada para la época en que correspondía ordenar el traslado de las demandas al señor Procurador, dichos traslados se surtieron separadamente y fueron contestados por el expresado funcionario con fechas 3 y 6 de noviembre de 1953. En ambos casos el señor Procurador negó los hechos sustanciales de la acción y manifestó atenerse a la eficacia y conducencia de las pruebas que se presentaran.

Pruebas aducidas por los demandantes

1.—Para probar la calidad de propietarios actuales de los predios de El Porvenir y Sabanas Sueltas de El Porvenir la señora Manrique de Solano, y del denominado San Ignacio el doctor Solano Manrique, se trajeron al expediente los siguientes instrumentos públicos:

a) La señora Manrique v. de Solano, copia de la escritura número 333 del 25 de mayo de 1950, sobre protocolización del juicio de sucesión de don Ignacio V. Solano Salas en la Notaría Primera de Neiva (fs. 8 a 14 del c. 3); copia de la escritura número 136 de 16 de enero de 1913, Notaría Segunda de Neiva, sobre venta de Sinforoso y Juan de Jesús Quiroga a Aureliano Manchola; copia de la escritura número 421 del 28 de julio de 1916, de la misma Notaría, sobre venta de Agustina Longas a María del Carmen Zapata; copia de la escritura número 22 del 12 de enero de 1918, sobre protocolización del juicio de sucesión de don Francisco Solano Borrero en la Notaría Primera de Neiva; copia de la escritura número 317 de 2 de abril de 1918, Notaría Cuarta de Bogotá, sobre venta de Saturia Alvarez de García a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 485 del 20 de septiembre de 1916, Notaría Segunda de Neiva, sobre venta de Celia Sánchez a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 524 del 26 de noviembre de 1921, Notaría Segunda de Neiva, sobre deslinde de la hacienda de "El Porvenir" con la hacienda de "Bateas"; copia de la escritura número 30 del 22 de enero de 1923, Notaría Primera de Neiva, sobre venta de María del Carmen Zapata a Gabriel Rodríguez; copia de la escritura número 233 del 1º de mayo de 1924, Notaría Segunda de Neiva, sobre protocolización del juicio divisorio del globo de tierras denominado "La Manguita"; copia de la escritura número 405 de 16 de julio de 1942, Notaría Segunda de Neiva, sobre venta de Gabriel Rodríguez a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 688 de 17 de octubre de 1925, Notaría Segunda de Neiva, sobre donación de Aureliano Manchola a Enrique Manchola; copia de la escritura número 481 del 30 de junio de 1927, Notaría Primera de Neiva, sobre protoco-

lización del juicio de sucesión de Susana García de Solano; copia de la escritura número 1035 del 7 de diciembre de 1942, Notaría Primera de Neiva, sobre partición extrajudicial entre Alicia Solano de Angel y María Josefa Solano García; copia de la escritura número 820 de 31 de julio de 1944, Notaría Primera de Neiva, sobre venta de Alicia Solano de Angel a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 553 de 14 de agosto de 1947, Notaría Segunda de Neiva, sobre venta a Enrique Manchola Q. a Ignacio V. Solano S. (fls. 13 a 66 del C. 4 y fls. 108 y 109 del C. 5) y el certificado número 303 expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Neiva sobre suficiencia del título que ampara los derechos de la señora Manrique de Solano (fls. 16 a 19 del C. 5).

b) El doctor Solano Manrique: copias tomadas de la escritura número 215 de 23 de marzo de 1899 de la Notaría Unica de Neiva, sobre protocolización del juicio de sucesión del doctor Vicente Solano R.; copia de la escritura número 603 del 18 de noviembre de 1905, Notaría Primera de Neiva, sobre venta de Eusebio Rodríguez a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 216 de 7 de junio de 1907 de la Notaría Segunda de Neiva, sobre venta de Eustasio Salas a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 936 del 10 de agosto de 1914, Notaría Cuarta de Bogotá, sobre permuta entre María Josefa Salas de Solano e Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 513 del 9 de octubre de 1915, Notaría Segunda de Neiva, sobre venta de Gil Solano S. a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 307 de 26 de mayo de 1918, Notaría Primera de Neiva, sobre venta de Carlos Solano S. a María Josefa Salas de Solano; copia de la escritura número 1905 del 22 de noviembre de 1940, Notaría Quinta de Bogotá, sobre protocolización del juicio de sucesión de María Josefa Salas de Solano; copia de la escritura número 2567 de 11 de diciembre de 1943, Notaría Quinta de Bogotá, sobre venta de Susana Solano de Solano a Ignacio V. Solano S.; copia de la escritura número 677 del 1º de octubre de 1946, Notaría Segunda de Neiva, sobre protocolización del juicio de sucesión de María Teresa Solano Salas; copia de la escritura número 333 del 25 de mayo de 1950, Notaría Primera de Neiva, sobre protocolización del juicio de sucesión de don Ignacio V. Solano S. (fls. 70 a 106 y 110 a 123 del C. 5), y el certificado número 359 expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Neiva, sobre suficiencia del título que ampara los derechos del doctor Solano Manrique (fls. 12 a 14 del C. 5).

2.—Para demostrar la existencia misma de la propuesta formulada al Ministerio y que dentro de los límites de ella están situados los terrenos cuya propiedad se alega, se trajeron debidamente autenticadas las ediciones del Diario Oficial correspondientes a los días 22 de agosto de 1950, 13 de julio de 1951 y 26 de junio de 1953 en donde aparecen publicados el aviso que el Ministerio de Minas da sobre la admisión de la propuesta número 540 formulada por el señor Marco A. Ortega L., y las Resoluciones 248 y 185 de 1951 y 1953, sobre el traspaso a la Compañía de Petróleos del Opón y por ésta a la International Petroleum Limited de la propuesta mencionada. Se trajo también la carta geográfica del Departamento del Huila en copia expedida por el Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi; la copia auténtica del plano de la propuesta número 540 sobre exploración y explotación; y se practicó además una inspección ocular sobre los terrenos objeto del juicio, diligencia que se llevó a cabo por el Tribunal Superior de Neiva en virtud de la comisión que para el efecto le confirió esta Sala y en la cual aparece el dictamen rendido por los peritos que intervinieron en ella acerca de la ubicación de los inmuebles dentro de la zona objeto de la propuesta y sobre la identificación y determinación de los inmuebles de propiedad de los actores.

3.—Para acreditar que los inmuebles "San Ignacio", "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir" salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se trajeron al juicio los siguientes documentos:

a) Copias tomadas del llamado "Libro de Protocolo del año 1772" que se encuentra en la Notaría 1ª de Neiva, referentes a las diligencias practicadas por la Junta Real de Temporalidades de la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada en los años de 1772, 1773 y 1776 sobre inventarios, medición, demarcación, linderos y remate hecho por don Joaquín de Arce de los hatos de San Ignacio, Villavieja y La Manguita de la antigua hacienda Villavieja;

b) Copia tomada del Libro de Temporalidades, Tomo XIX (fls. 54, 55 y 56 del C. número 5) expedida por el Director del Archivo Histórico Nacional, relativa a las diligencias que se adelantaron por don Policarpo Fernández, Gobernador de

la Provincia de Neiva, para que se le reconocieran los honorarios que le correspondían por haber intervenido en la entrega de la hacienda de Villavieja a su rematador don Joaquín de Arce;

c) Copia de la sentencia proferida por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe el día 3 de abril de 1778 que obra en el Tomo VII de Temporalidades, expedida por el mismo Director del Archivo Histórico Nacional (fls. 59 v. y 60 del C. 5);

d) Copia de un documento denominado "Razón de las Fianzas" que don Joaquín de Arce ha presentado para seguro de la hacienda de Villavieja que se le remató", tomado del Tomo VIII del Libro de Temporalidades (fls. 61 y 61 v. del cuaderno 5);

e) Copia del auto de 23 de octubre de 1780 en el cual se ordena averiguar por las personas y bienes de varios fiadores ofrecidos por Arce en Tocaima, Ibagué, Muzo y Chiquinquirá, para afianzar sus obligaciones como rematador de la hacienda Villavieja (fls. 61 v.);

f) Copia de las fianzas otorgadas por Ascensión Cardoso ante las Cajas Reales para responder como subragatario de don Joaquín de Arce a quien había comprado la hacienda de Hato Nueva, parte de la antigua de Villavieja (fls. 61 a 64 del C. 5);

g) Copia de la fianza otorgada por Gregorio Cardoso para la compra de "Boquerón", parte también de la hacienda de Villavieja, a don Joaquín de Arce (fls. 65 y 65 v. del C. número 5);

h) Copia del auto de 13 de marzo de 1775, proferido por la Junta de Temporalidades que ordena el pago de réditos a quienes adquirieron de don Joaquín de Arce varios de los hatos de la hacienda de Villavieja y a la propia viuda del rematador (fls. 65 v. y 66 del C. número 5);

i) Copia de la fianza dada en 1778 por Manuel Antonio Palomares a favor de las Temporalidades "por el hato que compró a don Joaquín de Arce nombrado la Mesa del Trapiche, uno de los de la hacienda de Villavieja" (fls. 66, 67 y 69, C. 5); y

j) Copia del certificado expedido por el escribano de la Junta Municipal de Temporalidades el 9 de agosto de 1783, protocolizado en la Notaría 3ª de Bogotá el 8 de diciembre del mismo año (fls. 68 y 69 C. 5) La mayor parte de las anteriores copias fueron expedidas por el doctor Enrique Ortega Ricaurte, Jefe del Archivo Nacional, quien certifica que fueron tomadas de sus originales, con expresión de los tomos y folios en que éstos se encuentran.

Mas como la copia de la diligencia del remate hecho por don Joaquín de Arce el 16 de enero de 1776 fue sacada, no del renivo Histórico Nacional sino de las copias que figuran en el libro llamado "Posesión de Tierra de la Real Junta de Temporalidades" que reposa en la Notaría de Neiva, y a dicho libro, según constancia del mismo Notario, le faltan seis hojas al principio y un número indeterminado al final, de suerte que no puede certificarse sobre la autenticidad de tal diligencia, el apoderado de los demandantes solicitó y obtuvo la práctica de una inspección ocular en los libros de la Notaría nombrada para que se confrontasen las copias expedidas por el Archivo Histórico Nacional y cuya autenticidad nadie discute, con las existentes en el libro que se encuentra en la Notaría de Neiva, con el propósito de demostrar la existencia del remate aludido y la autenticidad de la copia expedida por el señor Notario.

En ella se lee que examinado el Libro Protocolo del año 1772 por el señor Magistrado y por los peritos se observó "que contiene copias y documentos y que le hacen falta seis folios al principio y un número indeterminado al final, por lo cual no se sabe quién expidió dichas copias"; pero agregan que, hecha la confrontación solicitada, los expresados funcionarios llegaron a la conclusión de que "el texto de las copias de las diligencias de demarcación o deslinde y de inventarios y avalúos de las citadas haciendas desmembradas de la de Villavieja, es sustancialmente idéntica (subraya la Sala) en el Libro de Protocolo de 1772 y en las que obran en el expediente expedidas por el señor Director del Archivo Histórico Nacional, pues sólo pudieron comprobarse algunas pequeñas diferencias procedentes de errores de pluma o máquina".

Basado en las anteriores pruebas y en el certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos (f. 4, C. número 3), el señor apoderado de los demandantes considera que en virtud de ellas se han acreditado todos los requisitos exigidos por la reiterada y constante jurisprudencia de la Sala a fin de que se pueda declarar que determinados terrenos salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a saber:

a) que la acción correspondiente fue promovida dentro del término que señala al efecto el inciso 3º del artículo 34 del Decreto 1056 de 1953;

b) que los actores son propietarios actuales de los terrenos sobre los cuales versa la controversia;

c) que los inmuebles pertenecientes a los actores se hallan comprendidos dentro de los límites de la zona objeto de la propuesta de exploración y explotación formulada al Estado;

d) que dichos inmuebles salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Agrega el señor apoderado que como podría considerarse que las copias expedidas por el señor Notario de Neiva no son, por sí solas, prueba suficiente de la diligencia de remate por ser una copia tomada de otra copia cuyo origen no se comprueba, los actores se vieron forzados a utilizar medios probatorios distintos a la copia expedida por el Notario de Neiva para demostrar, de una parte la autenticidad de dicha copia y de la otra, la existencia del título emanado del Estado consistente en el remate que se llevó a cabo en el año de 1776; que la autenticidad de las copias expedidas por el Notario de Neiva, entre ellas la del remate verificado el día 16 de enero de 1776 por don Joaquín de Arce, se halla demostrada con la diligencia de inspección ocular llevada a cabo en la Notaría nombrada y con el dictamen unánime de los peritos que intervinieron en dicha diligencia, pues allí se estableció que el contenido de las copias "es sustancialmente idéntico en el Libro de Protocolo de 1772 y en las que fueron expedidas por el Director del Archivo Histórico Nacional"; que si son auténticos los documentos existentes en el Protocolo de la Notaría de Neiva que al mismo tiempo reposan en el Archivo Histórico Nacional, debe presumirse que el documento del remate que aparece en la misma Notaría es igualmente auténtico; y que, en consecuencia, debe atribuírsele la presunción que señala el artículo 664 del C. J.

Por último agrega que la existencia de todos estos documentos públicos, auténticos, de origen oficial, acredita la existencia del remate a favor de don Joaquín de Arce en el año de 1776.

En resumen dice:

"...para acreditar que los diez y seis (16) hatos que formaban la antigua hacienda de Villavieja, salieron del patrimonio nacional por virtud del remate que de ellos hizo don Joaquín de Arce el día 16 de enero de 1776 ante la Real Junta de Temporalidades, los actores han aducido tres pruebas diferentes que consiste la primera, en la copia de la diligencia respectiva expedida por el señor Notario Primero de Neiva, cuya autenticidad debe presumirse por haberse tomado de un documento que forma un solo cuerpo con otros cuya autenticidad es indiscutible y porque documentos que reposan originales en el Archivo Histórico Nacional, ratifican cada uno de los puntos a que dicha diligencia se refiere, por lo cual es el caso de dar aplicación al precepto del artículo 664 del Código Judicial: la segunda, en nueve (9) documentos públicos, de origen oficial, emanados de autoridad competente, que acreditan la celebración del remate porque se refieren expresamente a él, porque le reconocen plena validez y porque, por el aspecto puramente probatorio, revisten el carácter de indicios necesarios ya que existiendo ellos no puede menos que existir el remate al cual se refieren, por lo cual es el caso de dar aplicación a las disposiciones del ordinal d) del segundo inciso del artículo 36 del Código de Petróleos, y de los artículos 663 y 665 del Código Judicial y reconocerles, dejando a un lado la primera prueba, el carácter de demostraciones plenas de dicha celebración: y la tercera y última, en la apreciación conjunta de las dos pruebas anteriores, para el caso improbable de que procediendo con rigor desusado, calificueis a cada una de ellas como incompleta, en cuyo caso y atendiendo a la circunstancia de que están plenamente establecidas y son diversas, precisas y en estrecha conexión con la diligencia de remate, habréis de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 594 del Código Judicial".

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que deben negarse las súplicas de la demanda.

Refiriéndose a la propiedad actual de los terrenos considera que, en relación con el predio de San Ignacio, no hay ninguna objeción para aceptarlos; pero en relación con los de "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir", objeta que los títulos presentados no alcanzan a comprender el período de la prescripción extraordinaria, como lo exige la legislación del petróleo, pues del certificado del Registrador traído al juicio se desprende que el señor Ignacio Solano adquirió los inmuebles por adjudicación en la sucesión de Francisco Solano Borrero, por compra a Enrique Machola Q., por adjudicación en la sucesión de Susana García de Solano, por adjudicación en el juicio divisorio del globo de tierras denominado

La Manguita y por compra a María Alicia Solano de Angel, y que de conformidad con el certificado mencionado atrás, las escrituras públicas allegadas al juicio sobre la transferencia del lote comprado a Manchola sólo acreditan la propiedad hasta 1925; la del adjudicado en la sucesión de Susana García de Solano hasta 1927 sin que esta hijuela se halle registrada y que la del lote comprado a María Alicia Solano de Angel sólo hasta 1927.

Con respecto al título originario presentado para acreditar que los terrenos materia del juicio salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, dice:

"La copia de la diligencia de remate a que alude el señor apoderado de la parte actora, "cuya autenticidad debe presumirse", según su concepto (cuad. de pruebas de la demandante, folios 68 v. a 70) es, precisamente, de los que más dudas podría suscitar sobre su validez en un juicio, ya que, en primer lugar, no parece del siglo XVIII, ni siquiera de principios del XIX, por su ortografía, que es casi contemporánea, por su estructura, sin las abreviaturas tan de uso en ese entonces y que son la desesperación de los lectores de documentos antiguos, y por la ausencia total de giros arcaicos; en segundo lugar, por tratarse de una copia de copia, que no se sabe cuándo fue incorporada en el protocolo de la Notaría de Neiva, ni por quién, ni con qué objeto, y que se presenta, además, la anomalía de faltarle los seis primeros folios y no se sabe cuántos al final. Por otra parte, no se sabe, de dónde pudo ser trasladada, por no encontrarse los originales en el Archivo Histórico, ni en ningún otro sitio.

"Pero, aunque esa copia de copia fuera de una autenticidad indiscutible, como lo pretende el señor apoderado de la parte actora, ella no constituye el título originario exigido por la ley, porque, como es bien sabido, después de la adjudicación, el rematador debía prestar las fianzas impuestas y consignar las sumas ofrecidas. También era menester obtener la aprobación del remate por la Junta Provincial (tratándose de temporalidades), así como la entrega y posesión de las tierras. Sólo después de cumplidos todos estos requisitos, cuyo trámite tomaba varios años, se procedía a otorgar a favor del comprador la escritura de venta que era, esa sí, el verdadero título de propiedad".

También formula el Procurador algunas tachas a la prueba producida para la determinación y localización de los terrenos, fundándose en que los peritos que actuaron en la diligencia no pudieron identificar algunos puntos arcifinios indispensables.

Por último, manifiesta que no habiéndose traído al juicio prueba alguna relacionada con la explotación económica de los terrenos durante tiempo inmemorial y con anterioridad a la reserva del petróleo hecha por el Estado en 1783, no puede tampoco aceptarse que los terrenos en cuestión hayan podido salir del patrimonio nacional por el medio de la justa prescripción.

Consideraciones de la Sala

— I —

De conformidad con el certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos (fl. 4, C. número 3) la demanda ha sido propuesta dentro de los términos legales.

II. — Determinación de los terrenos y su localización dentro del perímetro de la propuesta 340

Como es de rigor en esta clase de juicios la Sala comienza por referirse a la prueba producida acerca de la determinación de los terrenos y su localización dentro del perímetro de la propuesta presentada al Ministerio de Minas y Petróleos.

Sobre el particular fue muy terminante la diligencia de inspección ocular que sobre las haciendas "San Ignacio", "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir" se llevó a cabo por el Tribunal Superior de Neiva en asocio de peritos.

En ella no se determinaron los linderos de la antigua hacienda Villavieja porque no se consideró necesario dada la circunstancia de que lo que se trata de demostrar en este juicio es la ubicación de los terrenos objeto de él dentro de los linderos de las antiguas haciendas San Ignacio, La Manguita y Villavieja que formaron parte de las 16 —diez y seis— en que fue dividida la antigua hacienda de Villavieja.

En cambio, en la referida diligencia sí se determinaron claramente los linderos de las nombradas San Ignacio, La Manguita y Villavieja, así como también los de los terrenos actualmente poseídos por los demandantes, y si bien es cierto que para determinar los de aquéllas el Tribunal y los peritos se vieron imposibilitados para localizar algunos puntos arcifinios, esto no les impidió dejar claramente establecida la determinación

de unos y otros según se desprende de las siguientes conclusiones a que llegaron los peritos:

"Finalizada así la presente diligencia, los señores peritos procedieron a rendir su dictamen en los siguientes términos: 1º Identificados los linderos de las actuales haciendas denominadas 'El Porvenir', y 'Sabanas Sueltas de El Porvenir' y de las que antiguamente se conocieron con los nombres de 'Villavieja' y 'La Manguita' en la forma expresada anteriormente, con la sola excepción del lindero formado por la quebrada del Duagal que por su posición topográfica parece corresponder a la que hoy se conoce como quebrada de Los Perros, pudo verificarse que los terrenos comprendidos dentro de los linderos de las actuales haciendas formaban parte de las antiguas de Villavieja y La Manguita, pues lo que hoy se conoce con el nombre de El Porvenir, tuvo su origen a no dudarlo en la de Villavieja y, sólo difiere en cuanto a sus linderos por razón de que la carretera atravesó partes de sabana que hoy son terrenos de las Sabanas Sueltas de la misma finca, por lo cual absolvemos afirmativamente el cuestionario en cuanto se refiere a este aspecto de la localización de las actuales haciendas dentro de los terrenos pertenecientes a las antiguas; 2º Es evidente, así mismo (sic) que las haciendas de El Porvenir y Sabanas Sueltas de El Porvenir, se hallan comprendidas dentro de los terrenos de que trata la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional distinguida con el número 540, formulada por el señor Marco A. Ortega L., como puede verse en el plano de dicha propuesta sobre el cual hemos señalado los linderos de dichas haciendas relacionados con el punto astronómico base de esa propuesta que es el que determina la posición geográfica de los mismos; 3º Resulta también importante observar que hemos llegado a la conclusión ya expresada de que la quebrada del Duagal de que tratan los títulos antiguos es la misma que hoy se conoce con el nombre de 'Los Perros' porque trazada de su boca en la quebrada de Las Lajas una línea recta que va a las cabeceras de la quebrada de Los Córdobas que conserva su nombre antiguo, se comprobó que ella formo el lindero entre las sabanas de El Porvenir y los terrenos de la Argentina y entre estos mismos terrenos y los de 'Reyes' y 'Baurá'. 4º En cuanto se refiere a los actuales linderos de la hacienda de San Ignacio, ya se ha dicho en esta acta que ellos coinciden con los que se mencionan en la demanda y en la hijuela de su propietario, con la salvedad ya anotada de que linda con sabanas de San Diego y no de San Ignacio. 5º En cuanto a la pregunta sobre si la actual hacienda de San Ignacio queda comprendida dentro de los linderos de la que antiguamente tenía este mismo nombre queremos anotar lo siguiente: a) el llamado 'Cerrito de Sarabia' no se pudo determinar de manera precisa sobre el terreno, pues es uno de los pocos sitios que figuran en la titulación de 1776 cuyo nombre es hoy desconocido, pero como a dicho 'Cerrito' se hace referencia en la titulación de la antigua hacienda de 'Salsipuedes' hemos podido situarlo entre las quebradas del Aceite y Arenosa, prolongando hacia el sureste la línea que actualmente divide los predios de San Ignacio y San Javier, formada por la Arenosa desde su confluencia con la quebrada 'Copial' hasta la cerca de San Javier, línea que en su prolongación es cortada por la que se traza desde el río Magdalena la que arranca de la desembocadura de la quebrada del Aceite en el mismo río y toma una dirección normal a la dirección del río Magdalena, de manera que la intersección de estas dos líneas señala el sitio donde posiblemente se halla el 'Cerrito de Sarabia'; b) la conclusión anterior sobre la posible ubicación del 'Cerrito de Sarabia' se refuerza porque si se toma como tal el que se encuentra a orillas del Portaloecillas que hoy se conoce con este nombre, se invadirían terrenos que quedan por fuera de la titulación antigua de San Ignacio y se penetraría a los terrenos que pertenecieron a la hacienda de Salsipuedes; c) los terrenos en donde el padre Quiroga fundó su hato son inidentificables pues no quedó memoria de ellos pero por la titulación estudiada se puede deducir que quedaban entre tierra hueca, sitio que conserva su nombre antiguo y la Mesa de Bogotá que también lo conserva, en lo que hoy pueden ser los terrenos de las haciendas de San Diego y San Javier; d) hechas las anteriores aclaraciones, se localizaron, en lápiz, sobre el mapa oficial de la propuesta 540 los sitios a que nos referimos, así como la línea desde la quebrada del 'Copial', por el pie de la Mesa de Bogotá que termina en la boca del Coscorrón, la cual tampoco pudo ser determinada en el terreno pero sí lo fue en dicho plano donde figura la quebrada que mencionan los títulos antiguos; para mayor claridad se coloreó en verde la hacienda de San Ignacio a que se refiere el remate de 1776. Así, pues, conceptuamos que la actual hacienda de San Ignacio está íntegramente comprendida dentro de los lin-

deros que encerraban los terrenos de la antigua hacienda o hato del mismo nombre que a su turno hacía parte de la grande hacienda de Villavieja; 8º También con base en nuestras observaciones del plano del (sic) la propuesta como en las del mojón que señala el punto astronómico de ella y por haber determinado, con brújula prismática, el mojón A origen de la citada propuesta, conceptuamos que la dicha hacienda de San Ignacio está en toda su extensión dentro del perímetro que encierra la ya mencionada propuesta 540 de la cual es actualmente titular la International Petroleum (Colombia) Ltda. Otra de las razones que nos hacen afirmar lo anterior es que una vez conocida la posición geográfica de San Ignacio y El Porvenir, se observa que ellas están situadas al occidente de otras fincas que también quedan comprendidas dentro de los terrenos de la propuesta 540 y que por consiguiente la dificultad que se ha presentado en la definición precisa de los linderos del costado oriental de la antigua finca de San Ignacio, no afecta la afirmación de que la actual queda dentro de la propuesta".

La Sala considera que la anterior diligencia tiene el mérito probatorio de plena prueba al tenor de lo dispuesto en el artículo 730 del C. Judicial, no sólo porque el dictamen de los expertos ha sido rendido de común acuerdo, sino especialmente porque los hechos en que se funda dicho dictamen fueron verificados directamente por el propio Tribunal comisionado. De esta suerte, se tiene como suficientemente acreditado este primer elemento de la acción propuesta.

III. — *Mérito probatorio del remate de 1776*

No es esta la primera vez que la Sala tiene que calificar el mérito probatorio de las diligencias de remate coloniales, como puede verse de las sentencias de 14 de noviembre de 1950, G. J. T. LXVIII, pág. 691; 27 de febrero de 1951, G. J. T. LXIX, y 23 de junio de 1943, G. J. T. LV.

Ni es esta tampoco la primera vez que la Sala debe calificar el mérito probatorio del remate verificado el 16 de enero de 1776 por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe de Bogotá y en el cual se adjudicaron a don Joaquín de Arce las haciendas en que, para facilitar dicho remate, fue dividida la antigua denominada Villavieja, cuya copia se ha presentado en el presente juicio como título originario del Estado, encaminado a comprobar que los terrenos a que dicho remate se refiere, salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

En sentencia de esta Sala que lleva fecha 21 de mayo del año pasado, proferida en el juicio formulado por Silvia Borrero Brunner contra la Nación, sobre dominio de las tierras denominadas "Manila", que también formaban parte de la antigua de Villavieja, se estudia detenidamente el mérito probatorio de dicha diligencia, junto con los demás documentos presentados para acreditar su autenticidad y que son los mismos traídos al presente juicio, con idéntica finalidad.

En esa sentencia después de transcribirse y analizarse la mayor parte de tales documentos que, se repite, son los mismos sobre los cuales debe decidir hoy la Sala, se dijo lo siguiente:

"Es esto todo lo existente en las copias examinadas acerca del remate de la hacienda de Villavieja. De lo allí expresado se establecen los siguientes hechos:

"1) Que sacadas a pregón las haciendas de Villavieja, comprendiéndose en ellas las tierras, divididas en 16 hatos; ganados, esclavos, herramientas, etc., hizo postura a ellas don José Joaquín de Arce; que pasados los autos a la Junta Provincial de Temporalidades, acogió dicha postura mediante la reforma de algunas de las capitulaciones formuladas por el postor de Arce.

"2) Verificado el remate el 16 de enero de 1776 por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe de Bogotá, se adjudicó la prenombrada hacienda de Villavieja al nombrado señor Arce, en la cantidad de setenta y siete mil pesos, 'a reconocer a censo redimible', pagando un interés del cinco por ciento anual, y mediante el otorgamiento de fianzas seguras a satisfacción de los Oficiales Reales, por la cantidad total de cincuenta mil pesos.

"3) El señor Arce cumplió la obligación de constituir la garantía exigida. Así lo certificó el Escribano de Su Majestad, don José de Rojas, quien agrega que el señor de Arce obtuvo la orden necesaria para que se le diese posesión de los bienes rematados.

"4) El rematante Arce quedó facultado para vender uno o varios de los hatos en que había sido dividida la hacienda de Villavieja, 'enterando' el valor de cada venta en las Cajas Reales, en abono del principal de la obligación 'con reato de nulidad de la venta'.

"5) El 6 de diciembre de 1782 la Junta de Temporalidades dictó un decreto a petición del señor

Arce, por medio del cual dio a éste nueva facultad "para que pueda enajenar y vender varios hatos correspondientes a esta hacienda" (Villavieja).

"6) De acuerdo con lo que expresa el mismo certificado del Escribano Real, tan pronto como el señor Arce hubo dado las fianzas a que estaba obligado en el remate, "se le libró el correspondiente recudimiento para la entrega y posesión de la hacienda Villavieja.

"La Corte ha conocido de numerosos negocios sobre dominio del subsuelo petrolífero, en que el opositor o demandante o el avisante en su caso, ha alegado como título emanado del Estado, la venta en pública subasta de bienes raíces que fueron de temporalidades, esto es, que pertenecieron a la comunidad religiosa de la Compañía de Jesús al momento de expatriación bajo el reinado de Carlos III.

"De los distintos casos estudiados por esta Sala, se pueden deducir estos principios:

"I — Las tierras sometidas al régimen de temporalidades eran objeto, por regla general, de una previa división material: se hacía un inventario y avalúo de todos los bienes; tierras, ganados, esclavos, herramientas. Se abría la correspondiente licitación con la fijación del edicto y la verificación de los pregones en lugares de concurrencia del público. Cumplidas estas formalidades se efectuaba el remate y la adjudicación en el mejor postor.

"II. — Si la venta se hacía por las Juntas Municipales de Temporalidades, los expedientes respectivos se enviaban a la Junta Provincial de Santa Fe de Bogotá, para su confirmación.

"III. — Una vez impartida ésta, y cumplidos por el rematante todos los requisitos y "capitulaciones" del remate, se procedía a extender la escritura pública de traspaso de la propiedad.

"Del caso en que el remate era hecho por las Juntas Municipales de Temporalidades, da cuenta la sentencia de 23 de junio de 1943 (G. J. Tomo LV, pág. 734) donde se hace la siguiente relación:

" 'E.—Remate de temporalidades—1772.

" 'En copia expedida por el señor Jefe del Archivo Nacional, tomada del expediente sobre 'pregones y remates de los bienes raíces que fueron de los regulares extrañados de la Compañía de la Villa de Honda' figuran varias diligencias de remate de bienes de temporalidades hechos por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda en los años de 1770 y siguientes. En dicha copia aparece un remate efectuado el 9 de diciembre de 1772 de las tierras del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná en cantidad de setenta patacones al 'contado'. El remate fue adjudicado a don Manuel Martínez Zaldúa, por setenta pesos.

" 'El mismo día se hizo otro remate a favor de don Pedro Bravo, de las tierras 'del río abajo de la Magdalena que llaman del río de la Miel hasta el río Claro, en cantidad de veinticinco pesos al contado'. A los rematadores se les advirtió que no se les daba posesión ni títulos de propiedad, 'interin no viniese confirmación de este remate por la Junta General de la ciudad de Santa Fe'.

"Y en la sentencia de fecha 27 de febrero de 1951, publicada en la G. J. Tomo LXIX, pág. 283, se examina el siguiente caso: El Presidente de la Junta Municipal de Temporalidades de Mompox, dio 'en venta real por juro de heredad para siempre jamás a Diego Martín de Barros... cinco mil varas de tierra de Pancoger nombradas el Barranco Colorado y Guatoca, las mismas que en virtud de Real Decreto expedido en el Pardo a veintisiete de febrero del pasado año de 1767, se ocuparon por el ejecutor de dicho Real Decreto como pertenecientes a las temporalidades del Colegio de Mompox'. Esa venta se hizo mediante remate efectuado por 'los señores de dicha Junta Municipal de Temporalidades del Colegio de esta recordada Villa', el 6 de mayo de 1773. Se dio posesión de las tierras al rematante y consta igualmente que el Sr. de Barros pagó en las reales cajas 'los un mil cuatrocientos pesos' en que se le remataron aquellos predios, y que por la 'Junta Provincial de Temporalidades con fecha 24 de mayo de aquel mismo año aprobó y confirmó dicho remate.

mó dicho remate'.

(C. J. Tomo LXVIII, pág. 691), se hace la siguiente síntesis de un título semejante, en los siguientes apartes:

" '1) Que la antigua hacienda de Doima estuvo radicada en el patrimonio privado de la Compañía de Jesús hasta el momento en que Carlos III, por Decreto de 27 de febrero de 1767, expulsó a los religiosos de dicha Compañía de todos los dominios de España e Indias, pasando esa Hacienda, como los demás bienes de la Compañía, al patrimonio de la Corona Española, según lo prevenido en las reales cédulas de 14 de agosto de 1768 y 27 de marzo de 1769.

" '2) Que la misma hacienda de 'Doima', ya radicada en el patrimonio de la Corona Españo-

la, fue sometida a división, formándose con la parte de la misma el mencionado Hato de 'Buenavista del Castillo'.

"'3) Que este Hato de 'Buenavista del Castillo', previo el cumplimiento de las formalidades exigidas por la misma Corona para la enajenación de los bienes 'ocupados' a la Compañía de Jesús, y bajo el inmediato control de la Junta de la Real Hacienda de Temporalidades, fue sometido a pública subasta y rematado por don Francisco María Gamba y Vasallo, por medio de apoderado, en 25 de febrero de 1771.

"'4) Que como consecuencia de ese remate y por haberse satisfecho plenamente las exigencias de la Real Hacienda, se otorgó la escritura pública de 27 de junio de 1777, pasada en Santa Fe por ante el Escribano Público de su Magestad, y mediante la cual el Estado Español, representado por el Fiscal del crimen 'como también de las Temporalidades', traspasó al señor Gamba y Vasallo, 'para él y para sus herederos y sucesores, presente y futuros' el dominio pleno de ese inmueble'".

Y con respecto al mérito probatorio de dicho remate, en la misma sentencia se agregó lo siguiente:

"Lo anterior demuestra suporabundantemente que en las ventas por subasta de bienes raíces llamados de temporalidades, la propiedad plena de éstos no se transfiere del Estado al particular por el simple remate, sino mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, y que para tal otorgamiento se requería, primero, que el remate hubiese recibido la aprobación de la Junta General de Temporalidades, y, segundo, la certificación de los Oficiales Reales acerca de la cancelación total del valor del remate.

"De lo anterior se infiere necesariamente que en el caso del remate que trae ocupada la atención de la Sala, si bien aparece establecido el requisito de la aprobación del remate, puesto que el expediente fue enviado a la mencionada Junta General y ésta 'condescendió' a la verificación del remate 'respecto a tener el postor reformadas algunas de sus capitulaciones y condescendido en las limitaciones contenidas en el dicho Decreto de catorce de diciembre...', falta la prueba de la escritura pública que debía otorgar el Presidente de la Junta General de Temporalidades, y en defecto de tal escritura, la prueba fehaciente de su existencia, que para el caso habría podido consistir en la certificación de los Oficiales Reales respecto al hecho de haber pagado don Joaquín de Arce el total de los setenta y siete mil pesos y su 'réditos', porque este pago daba al rematante pleno derecho para obtener el título definitivo sobre las tierras materia de la subasta.

"No es, pues, el acta de remate aquí analizada, el verdadero título de la enajenación de bienes raíces hecha bajo el régimen de Temporalidades, sino un principio de él. Y no lo es únicamente por falta de confirmación de aquella venta, como lo ha observado el señor Procurador Delegado en lo Civil, sino de la prueba del otorgamiento de la respectiva escritura pública de traspaso de la propiedad a favor del particular, por parte de la Administración de los bienes de temporalidades.

"No está llamada, pues, a prosperar la súplica principal de la demanda, en cuanto ella busca fundamento en el remate verificado en el año de 1776 por la Junta Municipal de Temporalidades de Santafé de Bogotá, a favor de don Joaquín de Arce".

Como en el caso de autos el título presentado para acreditar que los terrenos que hoy forman las haciendas de "San Ignacio", "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir", es el mismo remate de 16 de enero de 1776 cuyo estudio hizo la Sala en la sentencia que acaba de transcribirse en parte, y como son iguales las circunstancias de uno y otro juicio, la conclusión acerca del mérito probatorio de la copia presentada en el caso de autos debe ser también idéntica, es decir, que no sirve para acreditar que el subsuelo petrolífero de las haciendas "San Ignacio", "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir" haya salido legalmente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

En efecto, aún aceptando la autenticidad de la diligencia del remate hecho por don Joaquín de Arce en 1776, como lo suplica el señor apoderado de los demandantes, no puede la Sala reconocerla como título capaz de acreditar que los terrenos a que ella se refiere salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 porque, como ya se ha visto, "en las ventas por subasta de los bienes raíces llamados de temporalidades, la propiedad plena de éstos no se transfirió del Estado al particular por el simple remate, sino mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, y que para tal otorgamiento se requería, primero, que el remate hubiera recibido la aprobación de la Junta General de Temporalidades, y segundo la certificación de los Oficiales Reales acerca de la cance-

ización total del valor del remate". Y como en el presente caso no se ha traído la prueba del otorgamiento de la escritura pública de traspaso de la propiedad a favor del particular rematante, o en defecto de ella, la prueba fehaciente de su existencia, no puede tampoco concluirse que el subsuelo petrolífero de los terrenos en cuestión hubiera salido del patrimonio del Estado antes de 1873.

La justa prescripción

Como en la presente demanda, al igual que en el juicio cuya sentencia se transcribió atrás en parte, los actores solicitan la declaración de que es particular el dominio del subsuelo petrolífero alegando una justa prescripción, entra la Sala a referirse también a este punto.

Y comienza por recordar que en ese juicio se aceptó la justa prescripción pero que a tal resultado se llegó por haberse acreditado entonces, en forma que la Sala consideró suficiente, que sobre los mencionados terrenos se había ejercitado una explotación económica desde tiempo inmemorial, explotación que conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la República, daba lugar a la declaración de que se había cumplido una justa prescripción.

En efecto, mediante la presentación de títulos diversos de indiscutible fuerza probatoria, se comprobó en el juicio mencionado que dentro del lapso comprendido desde 1818 hasta el 28 de octubre de 1873, fecha en la cual entró en vigor la reserva del subsuelo petrolífero, los terrenos que allí se discutían "fueron objeto de constante y activa explotación económica con la cría de ganados y labores agrícolas, lapso que con toda amplitud da derecho al reconocimiento del dominio particular del subsuelo petrolífero por el medio jurídico de la llamada 'justa prescripción'".

No podrá ser igual, sin embargo, la conclusión a que se llegue en el caso en estudio, porque si bien es cierto que los demandantes formularon en sus demandas petición subsidiaria a fin de que se declarara que los inmuebles de "San Ignacio", "El Porvenir" y "Sabanas Sueltas de El Porvenir", salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de justa prescripción, por explotación económica de las tierras, no se ha traído a los autos la prueba que acredite dicha explotación económica.

Se halla acreditado, sí, con la diligencia de remate de 1776 y con los demás documentos que tratan sobre los antecedentes de tal diligencia, que las 16 —diez y seis— haciendas objeto del remate, entre ellas las de San Ignacio, La Manguita y Villavieja, estaban siendo explotadas económicamente en el momento en que el remate se llevó a cabo, pero esta explotación alude únicamente a los años comprendidos entre 1772 y 1776, y por lo mismo no pudo haberse realizado sino por la Corona Española que era la que por entonces poseía los referidos inmuebles en virtud de la confiscación contra la Compañía de Jesús en 1767 y no por los particulares que sólo a partir de este último año pudieron continuarla.

En el caso presente no se ha presentado ninguna prueba que acredite que las explotaciones económicas que don Joaquín de Arce recibió en el momento del remate fueron continuadas por él a partir de 1776, o al menos que se hubieran ejercido por sus causahabientes en un período anterior al 28 de octubre de 1873.

Los títulos presentados se refieren únicamente a los treinta —30— años requeridos para la prescripción extraordinaria, pero contados desde la presentación de la demanda hacia atrás.

Tal hecho fue el que, observado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, le hizo manifestar que "huelga todo comentario" respecto a la justa prescripción.

Los documentos a que se refieren las copias expedidas por el Director del Archivo Histórico Nacional que obran a los folios 54 y 68 del cuaderno número 5, no hacen referencia a explotación económica, pues se refieren solamente a honorarios de quienes intervinieron en la diligencia de entrega, o al otorgamiento y aceptación de fianzas, o al pago de réditos y, en general, a hechos que si bien confirman la existencia del remate y la entrega de las tierras a don Joaquín de Arce, no sirven para acreditar que existió una explotación económica sobre esos terrenos a partir de la referida entrega.

Es decir, que aparece claramente establecida en los autos una solución de continuidad, respecto a la explotación, o lo que es igual, a la posesión, desde la fecha en que don Joaquín de Arce recibió los terrenos objeto del remate hasta aquélla a que se refieren los certificados que hacen relación a la propiedad actual.

Probablemente debido a esta circunstancia fue que el señor apoderado de los demandantes no se refirió a la "justa prescripción" por explotación económica en su alegato final.

No habiéndose, pues, acreditado la explotación

económica de los predios discutidos a partir de 1776 en adelante; no pudiéndose saber, por lo mismo, si los antecesores de los demandantes en el dominio de las tierras hoy poseídas por ellos, tuvieron evidentemente la posesión de dichos terrenos antes de 1873, ni tampoco que los hubieran explotado económicamente, a partir de entonces, no puede saberse si la explotación económica de los predios San Ignacio, La Manguita y Villavieja, fue o no continuada por los sucesores del señor Arce, ni si dicha explotación volvió o no al patrimonio del Estado, por cualquier circunstancia, antes de los 30 —treinta— años, contados hacia atrás, a que se refiere el certificado de propiedad presentado por los demandantes.

En estas circunstancias, no podrá tampoco prosperar la petición subsidiaria. Por lo mismo, se hace innecesario el estudio de las tachas formuladas por el señor Procurador Delegado en lo Civil con respecto a la titulación actual de los mismos predios.

SENTENCIA

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

Niéganse las peticiones de las demandas presentadas por el señor Ignacio Solano Manrique y por la señora Beatriz Manrique viuda de Solano y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos en ellas formulados.

Sin costas.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Srio.

I N D I C E

Págs.

La reorganización de la Corte Suprema de Justicia. — Cartas cruzadas entre el señor Presidente de la República y algunos juristas de Antioquia y los miembros del Colegio de Abogados del mismo Departamento 416

SALA PLENA

La Corte presenta su respetuoso saludo al señor Presidente de la República.—Proposición aprobada en la sesión de Corte Plena del 25 de septiembre de 1956 423

Proposición por la cual se lamenta el fallecimiento del doctor Hernando Anzola Escobar.— Aprobada en la sesión del 10 de septiembre de 1956 423

La Corte felicita al doctor José Enrique Arboleda Valencia con motivo de su exaltación al cargo de Ministro de Gobierno. — Proposición de Corte Plena aprobada en su sesión del 25 de septiembre de 1956..... 423

Proposición por la cual la Corte reconoce la labor desarrollada por los Ministros de Gobierno, Justicia y Trabajo en beneficio de la administración de justicia.—Aprobada en la misma sesión indicada..... 424

Se deplora el fallecimiento del doctor Félix García Ramírez, Ministro de Minas y Petróleos.—Proposición aprobada en la misma sesión 424

La Corte saluda al doctor Luis Carlos Giraldo con ocasión de su nombramiento para Ministro de Justicia. — Proposición aprobada en sesión de Corte Plena de la fecha ya anotada 424

Repartimiento general de Sala Plena.—Realizado el 20 de septiembre de 1956..... 425

Págs.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

Repartimiento general de la Sala de Negocios Constitucionales.—Celebrado el 24 de septiembre de 1956 426

SALA DE CASACION CIVIL

Repartimiento general de la Sala de Casación Civil—Verificado el 3 de septiembre de 1956 428

La providencia de un Tribunal en la que se resuelve que es incompetente para conocer de una apelación contra fallo de primer grado porque el apelante carece de personería, ya que desempeña un cargo público, es auto interlocutorio, que no se pronuncia sobre el fondo del negocio, y, por tanto, no es susceptible de recurso de casación. — Se declara que no es admisible el recurso de casación contra el auto del Tribunal Superior de Tunja en el que se resolvió lo indicado anteriormente, en un juicio sobre división de bienes comunes. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar..... 433

Es condición para que proceda el recurso de casación que se interponga en tiempo y que se revalide el papel durante el término que se señale en el requerimiento. — **Artículo 352 del Código Judicial.** — La Sala decide que es admisible el recurso de casación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá y ordena seguir su tramitación legal. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 436

Naturaleza del recurso de hecho. — **Artículo 4º del Decreto 0243 de 1951 sobre pago del porte de correo por la parte que ha interpuesto el recurso.**— Se declara improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia en la cual el Tribunal Superior de Ibagué puso fin al juicio ordi-

Págs.

nario de Miguel Fernández y Elena Luna v. de Fernández contra Basilia Saldaña.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán 438

Acción de cobro de unos honorarios profesionales.—Interpretación errónea de la ley.—El sentenciador puede agregar a los pronunciamientos principales de la sentencia los extremos accesorios que sean natural y lógica secuela de aquéllos, sin incurrir por ello en inconsonancia.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, recurrida por las dos partes, y en la cual se condena a Víctor Oppenheim T., demandado por el doctor Alfonso Romero Aguirre, a pagarle al actor una suma de dinero como honorarios profesionales.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... 441

Acción de dominio.—Requisitos de la demanda de casación.—Causal 1ª—Técnica del recurso.—En el juicio seguido por Luis Carlos y María Blanca Hernández Márquez y Pedro A. Delgado contra Mercedes Ríos de Quiceno, sobre el objeto expresado, se resuelve que no es el caso de invalidar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en la cual se hacen algunas de las peticiones de la demanda y se desestima la de reconvención.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar..... 447

La legitimación en causa o personería sustantiva es un presupuesto procesal indispensable para que pueda fallarse el negocio en el fondo y consiste en la identidad existente entre el actor y el titular de la acción o entre el demandado y el sujeto pasivo de la acción.—La Corte no casa la sentencia que pronunció el Tribunal de este Distrito Judicial y en la cual se absolvió a Ricardo Castillo Franco de los cargos formulados en demanda ordinaria por la Reverenda Madre Sor María Amada de Jesús —en el mundo Inés Sánchez Silvestre— en representación de la "Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia", sobre reconocimiento de la cesión de unos derechos hereditarios.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar.. 454

Págs.

Las acciones judiciales tienen por objeto restablecer el derecho vulnerado o desconocido en la persona del demandante, no simplemente menoscabar o disminuir la situación jurídica de otra persona.—La causa de la acción judicial consiste en el provecho que el actor deriva de la declaración que el juez hiciera a su favor.—Error de hecho. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal de Buga por medio de la cual se desató el juicio ordinario seguido por Guadalupe García v. de Vásquez y Gerardo Antonio Vásquez García contra Ramón Antonio Vásquez Cifuentes sobre propiedad de unos derechos hereditarios, sentencia desfavorable a los actores, ahora recurrentes ante la Corte.— Magistrado Ponente: Dr. Francisco de Paula Vargas Vélez..... 459

La solicitud sobre aclaración de una sentencia no procede sino una sola vez y contra el auto que la resuelve no cabe reposición, para que por medio de este recurso se haga la aclaración solicitada.—La Sala niega la solicitud de reposición del auto por medio del cual se resolvió sobre la aclaración de la sentencia dictada por la Corte como Tribunal de instancia en el juicio de Gustavo Gómez contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres (G. J. T. LXXII, 2167, págs. 548 y ss.)—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 464

Después de dictada una sentencia, no es posible a ninguna de las partes promover incidentes de nulidad.—Se niega la solicitud de que se declare nula la sentencia dictada por la Corte en el juicio a que se refiere el aparte anterior de este Índice.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar... 467

No se considera la reposición solicitada contra el auto anterior.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar..... 467

Carácter y prueba de la calidad de heredero. Práctica de pruebas en la segunda instancia. — Valor probatorio de los enunciados aducidos en una inspección ocular.—Error de derecho.—La Sala no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de esta ciu-

Págs.

dad, en el cual se declaró la filiación natural de los menores Aná Inés y Jaime Camacho o Bolaños, demandantes en este juicio, representados por Elvecia Bolaños contra Florinda y Josefina Camacho. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar. 468

Para el cumplimiento de la obligación de reembolso, de que trata el artículo 517 del C. J., no se requiere fijar plazo alguno o requerir previamente, porque no está autorizado por la ley.—El reembolso deberá hacerse inmediatamente, con el solo auto que así lo ordene.—Recurso de hecho.—En el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la demandante Blanca Dilia Lozano, para que la Corte le conceda el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué pronunciada en el juicio contra los herederos de Alfonso Rodríguez sobre filiación natural, la Sala declara que no es el caso de conceder dicho recurso. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias 475

El ejercicio de la acción resolutoria de un contrato bilateral implica que el demandante haya cumplido o se allane a cumplir lo pactado.—La violación directa de la ley excluye toda cuestión probatoria.—Prueba de la posesión.— En la demanda ordinaria promovida por Miguel María Pérez contra Juan Manuel Pabón, Margarita E. de Pabón y el Instituto de Crédito Territorial, sobre resolución de un contrato de compraventa, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la cual se absuelve a los demandados de los cargos de la demanda y a los contrademandados de los de la de reconvención.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 479

Acción reivindicatoria. — El dinero que adquiera cualquiera de los cónyuges ingresa al haber conyugal, con derecho a restitución. — Inadmisibilidad de la confesión en el caso del artículo 1795 del C. C.—No se casa el fallo del Tribunal Superior de Buga, confirmatorio del de primera instancia, favorable a Víctor Manuel Giraldo, actor en el juicio contra Antonio José Jaramillo sobre el objeto expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias 488

Confesión extrajudicial demostrada por testigos.—Indicios de simulación.—El heredero de quien contrata simuladamente tiene la calidad de parte, a quien se le reconoce amplitud probatoria. — Impugnación de las actas de estado civil.—La masa de bienes de una sociedad conyugal, pertenece a ésta, no a cada uno de los cónyuges.—Interpretación de la demanda. — Error de hecho.—Apreciación de la prueba indicial.—Causal 2ª de casación.—La Corte no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja en la cual se hacen las declaraciones sobre simulación y restitución de unos bienes demandados por Javier Romero en juicio seguido contra la sucesión de Calixto Romero, representada por su cónyuge supérstite Concepción Sánchez y su menor hija Blanca Ligia Romero Sánchez.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 492

SALA DE CASACION PENAL

Repartimiento general de la Sala de Casación Penal.—Verificado el 4 de septiembre de 1950 505

Revisión.—No se admite la demanda promovida por José Ciro Muriel para que la Corte decrete la revisión del proceso que se le siguió en el Juzgado 1º Superior de Buga por el delito de homicidio y en el cual se le condenó a la pena de veinticuatro años de presidio.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 510

Desistimiento.—La Sala admite el presentado por el defensor de Luis Felipe Acosta Díaz respecto del recurso de casación interpuesto por él contra el fallo del Tribunal de Bogotá en el que se le condenó a una pena de presidio por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 512

Impedimento y recusación.—Causales del numeral 4º del artículo 73 del C. de P. P.— Se declaran infundadas las causales de re-

Págs.

cusación aducidas por el Fiscal del Tribunal Superior de Neiva contra los Magistrados Cicerón Domínguez y Rafael A. Cuervo para que sean separados del conocimiento del proceso que se adelanta contra Marco Antonio Ruiz Cadena y otros por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 513

Demanda de casación.—Requisitos que debe contener. Técnica del recurso. La Sala declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en la cual se condenó a Marco Tulio Villada como responsable del delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 516

Naturaleza del recurso extraordinario de revisión.—Autoridades que deben conocer de la revisión de procesos adelantados conforme al Decreto 0014 de 1955.—La Sala ordena la revisión del proceso adelantado en la Alcaldía de la 5ª Zona Administrativa del Departamento de Cundinamarca y en el Juzgado de Garantías Sociales del mismo Departamento contra Alfonso Díaz Barreto en el que se le condenó a relegación a una Colonia Agrícola Penal por su estado de especial peligrosidad, y se comisiona a la Alcaldía Municipal de Soacha para que adelante la revisión del proceso.—Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho 519

Homicidio preterintencional.—La respuesta "Sí es responsable, pero sin intención de matar" no puede entenderse como un veredicto absolutorio.—No se casa la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Medellín en el proceso que se le adelantó a Fabio de Jesús Zuleta Marín y en la cual se le encontró responsable del delito de homicidio y, en consecuencia, se le condenó a la pena principal de cuatro años de presidio.—Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho 524

Recurso de casación.—Su admisibilidad depende de la pena correspondiente al delito específico con las modalidades que lo agravan o atenúan.—La Sala declara que no es admisible el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Milciades Daza Erazo y Marta Elena Velasco de Daza contra el fallo en el que el Tribunal Superior de Popayán los condenó a cuatro meses, quince días de presidio por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 532

Prescripción. Se declara que no puede proseguirse la acción penal por estar prescrita y en consecuencia se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Aciscio Rojas Peña, ex-Juez del Circuito de Nuquí, todo ello en virtud de la consulta surtida contra una providencia del Tribunal Superior de Quibdó.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 534

Quien solicita el cambio de radicación de un proceso penal debe probar que dicha medida es conveniente en orden a la recta administración de justicia.—La Sala emite concepto desfavorable sobre el traslado a otro Distrito Judicial del proceso que se le adelanta a Miguel Quintero Martínez, por el delito de homicidio, en el Juzgado 2º Superior de Santa María. Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 536

Peligrosidad social o predelictual y criminal o postdelictual.—Estado de especial peligrosidad o prevención social y delito.—Sanción y medidas de seguridad.—En el proceso adelantado contra Nicolás Infante, Heráclito y Rubén Rivero, la Sala se inhibe de conocer del incidente de colisión de competencias surgido entre la Gobernación del Departamento de Santander (Despacho de Gobierno y Policía.—Juzgado Departamental de Garantías Sociales) y el Tribunal Superior de San Gil.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 538

Cambio de radicación.—Ministerio Público. Deberes y obligaciones.—La Corte emite concepto favorable al cambio de radicación solicitado para el proceso que se le sigue a Alcibíades Lizarazo por el delito de homi-

Págs.

cidio en el Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 541

SALA DE CASACION LABORAL

Repartimiento general de la Sala de Casación Laboral—Llevado a cabo el 13 de septiembre de 1956 544

En el recurso de casación no puede pedirse la terminación del juicio, sino sólo el desistimiento del recurso interpuesto.—No se accede a la solicitud de que se admita el desistimiento del juicio, solicitud elevada a la Corte por el actor Diógenes Herreño Merchán, quien demandó a Rafael Sánchez Castro.—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 549

Presunción de contrato de trabajo.—Interpretación errónea.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, recurrida por el demandante José A. López, quien pidió la condena para la sociedad "Pizano Hernández & Cía." del pago de una suma de dinero por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios, dominicales y festivos, sentencia absolutoria para la empresa demandada.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 550

Cuando en la demanda se fija la cuantía en cantidad precisa, sin objeción de la contraparte, y ella es inferior a la cuantía señalada por la ley para la procedencia del recurso de casación, éste no es admisible.—La Sala no admite el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Manuel Guillermo Bedoya, gerente del Instituto Nariño, contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el juicio seguido por Marco Antonio Carvajal contra la parte recurrente.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 554

Págs.

Quien otorga poder diciéndose liquidador de una sociedad, debe acreditar esa calidad y la aptitud jurídica necesaria para otorgar tal representación a fin de que pueda ser reconocido su apoderado.—No se reconoce la personería del doctor Guillermo López Guerra para representar a Joaquín Villegas J., liquidador de la Fábrica de Tejidos Obregón S. A., en el recurso de casación seguido contra la sentencia dictada en el juicio promovido por Arturo Cárdenas Narváez contra la citada empresa.—Magistrado Sustanciador: Dr. Juan Benavides Patrón. 556

El "Petitum" de la demanda de casación.—El error de derecho en la casación laboral. Cargo por violación de normas de procedimiento del trabajo.—Técnica de casación. La Corte no casa la sentencia que dictó el Tribunal Seccional de Bogotá para poner fin al juicio surgido entre Amalia Buitrago Rozo y la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A., sentencia en la cual se reconocieron unas sumas de dinero por lucro cesante y "salarios caídos", a favor de la actora, recurrente en casación.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 557

La estipulación del período de prueba en el contrato de trabajo debe constar por escrito en el momento de celebrarse el contrato.—La violación directa de la ley nada tiene que ver con el análisis de pruebas.—La Sala no accede a la demanda formulada por la "Cooperativa de Trabajadores de Avianca Ltda." para que se case el fallo proferido por el Tribunal de Bogotá, y en su lugar se la absuelva de las condenaciones hechas por el fallador a favor de Ignacio Rodríguez Gómez, quien demandó a la Cooperativa para el pago de unas prestaciones sociales—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 560

Admisibilidad del recurso de casación, aunque el recurrente haya manifestado interponer el de "apelación".—Se declara admisible el recurso de casación interpuesto por Gustavo Angulo contra el fallo del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el juicio seguido por el recurrente

Págs.

contra Cafetería Almendra Tropical.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 564

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Repartimiento general de la Sala de Negocios Generales.—Verificado el pasado 3 de septiembre de 1956 567

En los juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, es requisito indispensable la identificación del inmueble.—La prueba adecuada para este objeto es la de inspección ocular.—La Sala absuelve a la Nación demandada por Carlos Romano Armesto de todos los cargos que éste le formulara en libelo que versa sobre el objeto indicado. Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 572

Las reclamaciones sobre impuestos son de competencia de la justicia contencioso administrativa, por ser actos de autoridad.—No existen derechos adquiridos en materia de impuestos.—En los contratos se entienden incorporadas las normas de orden público.—Cláusulas contractuales que incorporan leyes sobre exenciones de impuestos. Artículo 38 de la ley 153 de 1887.—Al dictarse fallo de fondo en el juicio de la Concesionaria de Petróleos Shell-Condor contra la Nación, sobre interpretación de un contrato y nulidad de unas resoluciones administrativas, la Sala absuelve a la demandada de todos los cargos formulados, algunos de ellos por incompetencia de jurisdicción.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Bucnahora 576

Acción de indemnización de perjuicios causados por la ocupación permanente de una propiedad privada con motivo de trabajos públicos.—La Corte absuelve a la Nación de los cargos formulados en demanda presentada por las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, ante el Consejo de Estado, en acción sobre el objeto expresado.—Magistrado Ponente: Doctor Camilo Rincón Lara 588

Págs.

Finalidades y alcance del recurso de aclaración de las sentencias.—Se aclara parcialmente la sentencia anterior.—En tal forma se resuelve el pedimento formulado por el apoderado de las actora en el juicio relacionado anteriormente—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 599

Competencia de la Corte para conocer de la indemnización por daños que infiere y directamente se relacionan con la obra pública que motivó la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.—Decreto Extraordinario 0253 de 1956.—En el juicio que adelantó Lucila Calderón de Cuéllar y Jorge Triana contra la Nación para que se les indemnicen los daños causados por la ocupación permanente de una zona de terreno con motivo de una obra pública, la Corte decreta las condenaciones solicitadas en el libelo.—Magistrado Ponente. Dr. José Jaramillo Giraldo. 603

En el sistema procesal colombiano, no existe la figura de "la abstención".—En qué consiste.—Las causales de impedimento y recusación son taxativas.—No puede fundarse un impedimento sobre "elementales razones de delicadeza personal".—Competencia de la Sala de Negocios Generales para conocer de las recusaciones.—En el juicio de Emilio Loewy, se declara infundada la causal de impedimento formulada por el Magistrado doctor Raúl Jurado, del Tribunal Superior de Barranquilla, para separarse del conocimiento de este negocio.—Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo. 612

Impugnación de las providencias judiciales.—Precluido un término, éste no puede reponerse sino cuando se haya incurrido en causal de nulidad o cuando se pida la restitución del mismo.—Interpretación del artículo 472 del Código Judicial.—No se accede a la solicitud formulada por el apoderado del actor para que se reponga el auto de citación para sentencia, por faltar la práctica de unas pruebas, en el juicio de Antonio Camelo Reyes contra la Nación. Magistrado Sustanciador: Dr. José Jaramillo Giraldo 618

Págs.

Se declara la nulidad de una diligencia de inspección ocular por falta de citación de la Nación demandada.—En tal forma se resuelve el pedimento del señor Procurador Delegado en lo Civil en el juicio del Municipio de Salamina contra la Nación.—Magistrado Sustanciador: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 621

Recurso de consulta en juicios por trabajos públicos.—Cuando el demandante pide condenación al pago de perjuicios por una suma determinada o por lo que resulte acreditado en el juicio, la cuantía de ellos se halla fijada en el libelo y el juzgador no puede condenar por más de la suma indicada en la demanda.—La Sala reforma las condenaciones contenidas en el fallo del Tribunal Administrativo de Barranquilla, apelado por la parte tutora constituída por Juan B. Martínez Martelo, quien había demandado al Municipio de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 633

El vendedor no puede acogerse a la acción de tenencia (artículo 1115 del C. J.) para obtener la restitución y entrega material del bien, cuando el contrato de compraventa ha sido resuelto por falta de pago.—Se reforma el fallo del Tribunal Superior de Medellín y en su lugar se declara probada la excepción perentoria temporal de inepitud sustantiva de la demanda, fallo apelado por el Gobernador del Departamento de Antioquia, quien demandó en acción de tenencia a Jesús María Rojas G.—Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 630

En el juicio de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, el actor debe demostrar los elementos axiológicos de la acción. Se absuelve a la Nación de los cargos formulados en demanda por Sara Isabel Roca v. de Cepeda, sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 633

Incidente de liquidación de una sentencia.—La Sala liquida el valor de los perjuicios materiales, cuyo valor se condenó en abstracto a pagarlo la Nación a Nicolás Guerrero Fonseca, según fallo del Consejo de Estado recaído en este pleito sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos. — Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 635

Se reitera la doctrina consistente en que cuando con el trabajo público se ocupa la mayor parte del inmueble y el resto del mismo no puede ser aprovechado o utilizado en forma económica o comercial por el actor, la indemnización debe referirse a todo el inmueble.—En el juicio promovido por el señor Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá y finalizado con sentencia favorable al actor dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Corte en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes, la encuentra legal y en consecuencia la confirma en todas sus partes. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara.. 642

Quien ejercita la acción exhibitoria debe comprobar que los libros o documentos cuya exhibición se pide, están en poder del demandado. — Se confirma el auto apelado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el cual se negó el decreto de exhibición de unos libros y documentos en poder de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A.", exhibición solicitada por el Departamento del Atlántico para efectos de la liquidación de unos impuestos.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 651

Se declara la nulidad de unas resoluciones administrativas.—En esta forma provee la Corte sobre la demanda incoada por Campo Elías Olivijo contra la Nación, en relación con unas Resoluciones del Ministerio de Comunicaciones en las cuales se le declara responsable de la expoliación de una encomienda postal, como contratista del transporte de correos—Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 652

Necesidad de que en juicio de indemización por trabajos públicos se comprueben por el actor los elementos de la acción, entre ellos,

Págs.

el de la propiedad de la zona ocupada. — Se niegan las peticiones formuladas en la demanda por la sociedad "Urbanizadora Asturias Ltda.", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella. — Magistrado Ponente Dr. Camilo Rincón Lara 653

Cómo se realiza la ocupación de la propiedad privada cuando media una licencia de construcción. — Tal licencia no es un hecho o una operación administrativa.—Naturaleza de estos actos.—En el juicio seguido por la sociedad "Lemps & Cía." contra el Municipio de Cali, la Corte revoca la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle y en su lugar absuelve al Municipio demandado de los cargos formulados.— Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo..... 660

El criterio seguido por un juez al aplicar la ley en su función de administrar justicia, no es el "concepto" que lo inhabilita posteriormente para conocer de determinado negocio.— La Sala confirma el auto del Tribunal Superior de Cali en el cual se declara inadmisible la causal de recusación formulada contra el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano, para que sea separado del conocimiento del juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio propuesto por Francisco Antonio Renza contra el Municipio de Palmira.— Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 665

Se reafirma la doctrina de que corresponde a quien ejerce la acción exhibitoria la carga procesal de demostrar que la cosa o documento cuya exhibición se solicita, está en poder del demandado. — Se decreta la exhibición por la Compañía Empresaria del Camino del Cararo S. A., demandante en este juicio, de algunos libros y documentos, a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil en representación de la Nación demandada.—Magistrado Sustanciador: Dr. José Jaramillo Giraldo 668

La Sala mantiene el anterior auto suplicado. En esta forma se resuelve la solicitud interpuesta por el señor Procurador Delegado en lo Penal, contra el auto a que se refiere el aparte anterior de este INDICE.— Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 674

Necesidad de demostrar la identidad del inmueble en los juicios sobre dominio del subsuelo petrolífero.—En el juicio seguido por Simón Gómez de Lavalle, José Nicolás Lora, Felipe Dorian Morales, Salvador de Otero y otros, contra la Nación, la Sala confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Montería, adicionándola en el sentido de absolver a la Nación de todos los cargos formulados contra ella en la demanda sobre el objeto indicado.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 677

El acta de venta en pública subasta de bienes de temporalidades no es título suficiente para acreditar que los terrenos, cuando se discute la propiedad de su subsuelo petrolífero han salido del patrimonio del Estado. La justa prescripción. — La Sala niega las peticiones formuladas en la demanda por Ignacio Solano Manrique y Beatriz Manrique vda. de Solano, y en consecuencia absuelve a la Nación demandada de los cargos impetrados.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 684

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451,
DE 7 DE MARZO DE 1936

Registrado para curso libre de porte en el Servicio Postal.

TOMO LXXXV - BOGOTA, COLOMBIA, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1956 Nos. 2174-2175

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y Dignatarios de la misma

SALA PLENA

Dr. JESUS MARIA ARIAS, Presidente.
Dr. CAMILO RINCON LARA, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

Dr. ENRIQUE ARAMBULA DURAN, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR, ENRIQUE ARAMBULA DURAN, ABELARDO GOMEZ NARANJO, JUAN MANUEL PACHON PADILLA, CAMILO RINCON LARA, SERGIO ANTONIO RUANO, LUIS SANDOVAL VALCARCEL, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. PABLO EMILIO MANOTAS, Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR, JESUS MARIA ARIAS, GUILLERMO GARAVITO DURAN, PABLO EMILIO MANOTAS, JUAN MANUEL PACHON PADILLA, FRANCISCO DE PAULA VARGAS.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. LUIS SANDOVAL VALCARCEL, Presidente.
Dr. JULIO E. ARGUELLO R., Secretario.
Magistrados: Doctores SANTIAGO CADENA COPETE, JESUS ESTRADA MONSALVE, GUILLERMO HERNANDEZ PEÑALOSA, LUIS SANDOVAL VALCARCEL, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, ELBERTO TELLEZ CAMACHO.

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JUAN BENAVIDES PATRON, Presidente.
Dr. RAFAEL BAQUERO HERRERA, Secretario.
Magistrados: Doctores ENRIQUE ARAMBULA DURAN, JUAN BENAVIDES PATRON, MIGUEL ANTONIO CONSTAIN, SERGIO ANTONIO RUANO.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. MANUEL BUENAHORA, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores MANUEL BUENAHORA, ABELARDO GOMEZ NARANJO, JOSE JARAMILLO GIRALDO, CAMILO RINCON LARA.

Relator: Dr. JULIO J. BENETTI SALGAR

Noviembre y diciembre de 1

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXII-BOGOTA, COLOMBIA, NOVIEMBRE 7 NOVIEMBRE DE 1956 - Nos. 2174-2175

S A L A P L E N A

SE LAMENTA EL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR CESAR LOPEZ LOZANO

"La Corte Suprema de Justicia, lamenta muy sinceramente la muerte del distinguido ciudadano CESAR LOPEZ LOZANO, fallecido en el día de ayer, hermano político del Honorable Magistrado doctor Guillermo Garavito Durán, a quien expresa su más sentida condolencia, extensiva a la honorable familia del extinto.

"Transcríbase al Honorable Magistrado doctor Garavito Durán y a la señora Esther Garavito viuda de López y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Aprobada en la sesión plenaria de 6 de noviembre de 1956).

LA CORTE SE ASOCIA AL DUELO NACIONAL PRODUCIDO POR LA MUERTE DEL DR. JOSE MIGUEL ARANGO, EX-MAGISTRADO DE LA CORPORACION

"La Corte Suprema de Justicia,
CONSIDERANDO:

a) Que el 29 de noviembre último murió en la ciudad de Manizales el doctor JOSE MIGUEL ARANGO;

b) Que el doctor Arango fue un ciudadano eminente por su vasta ilustración, clara inteligencia y ejemplar pulcritud tanto en su vida pública como en su vida privada;

c) Que consagró su vida, exenta de todo humano interés, al servicio de la Justicia;

d) Que como Magistrado de esta Corte, cargo que desempeñó durante largo tiempo, sobresalió por la profundidad de sus conceptos y la síntesis maravillosa de sus fallos;

e) Que la Justicia se enriqueció con las doctrinas por él sustentadas; y

f) Que corresponde a esta Corte hacer resaltar los méritos de tan ilustre y destacado jurista,

RESUELVE:

Asociarse al duelo nacional por la pérdida de tan distinguido jurisconsulto e intelectual de excepcional brillo.

Copia de esta proposición será enviada a la familia del doctor Arango, al señor Gobernador del Departamento de Caldas y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

(Proposición aprobada en la sesión de Corte Plena celebrada el 4 de diciembre de 1956).

LA CORTE INTERPRETA LOS DECRETOS Nos. 2798 Y 3112 DE 1955 EN RELACION CON EL NOMBRAMIENTO DE JUECES

En relación con la consulta formulada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, sobre si por razón de haberse producido una vacante absoluta en un Juzgado, cuya provisión corresponde a los Tribunales Superiores por mandato de la ley, se puede nombrar en propiedad y para el resto del período a un abogado cuyo nombre no figuró en la lista que para el efecto elaboró el Tribunal y que fue aprobada por la Corte, y si puede el Tribunal, en cualquier época, adicionar la lista aludida con nuevos nombres y enviar la adición a la Corte para su aprobación, se contesta:

1º—El artículo 1º del Decreto 2798 de 21 de octubre de 1955 sentó normas generales para las futuras elecciones de Jueces Superiores, de Circuito y de Menores que deban hacer los Tribunales Superiores de Distrito, y dentro de esas normas está la de elaborar listas de candidatos para someterlas al examen, aprobación o veto de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose así un requisito previo para la elección que, de no tenerse en cuenta, genera nulidad en la designación que se haga en oposición a tales normas. Por consiguiente, y según lo decidió ya esta Corporación el 3 de abril del corriente año, interpretando las disposiciones de los Decretos 2798 y 3112 de 1955, no pueden los Tribunales nombrar en propiedad para un período en curso a un abogado cuyo nombre no figura en la lista elaborada por el respectivo Tribunal y sometida a la Corte Suprema de Justicia para su examen, aprobación o veto.

2º—En consecuencia, los Tribunales deben agotar las listas de que se ha hablado, para nombrar Jueces en los cargos que queden vacantes, sin necesidad de acudir a hacer adiciones a las listas examinadas por la Corte Suprema de Justicia. Agotada la lista, deberá elaborar una nueva y someterla a la aprobación jerárquica.

Transcríbase a los Tribunales Superiores de Distrito y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Bogotá, noviembre 20 de 1958.

OBJETO DEL RECURSO DE QUEJA. — EL ERROR EN LA INTERPRETACION DE UN TEXTO LEGAL NO CONSTITUYE POR SI SOLO DELITO

1.—El recurso de queja no ha sido establecido con el fin de que se "subsanen, corrijan o enmienden" las tesis del inferior, sino para hacer efectiva la responsabilidad en que hayan incurrido los jueces por violación de la ley en los casos definidos por el Código Penal.

Este fue el criterio seguido por la Comisión a cuyo estudio estuvo la revisión del Código Judicial vigente y el que ha expuesto la Corte en diversas providencias, una de las cuales es la de la Sala de Negocios Generales de junio 8 de 1953 (G. J. 2130).

2. — No comparte la Sala algunos de los conceptos del Tribunal, pero aún en el caso de que la interpretación que da a la ley fuera equivocada, ese posible error no podría elevarse por sí solo a la categoría de delito, porque teniendo los jueces libertad de apreciación de las normas jurídicas, sería atentar contra esa libertad darle el carácter de delictuoso a toda interpretación equivocada de la ley, cuando por otros medios no resulta patente la intención dolosa. (Ver sentencia de abril 11 de 1950, G. J. 2081 y 2082).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

En memorial dirigido al señor Presidente del Tribunal Supremo del Trabajo y que tiene fecha 23 de marzo de 1956, el señor Federico Arango Valencia, en su condición de Gerente de la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla dijo que "en uso de la facultad que confiere el artículo 12 del Decreto Extraordinario 3665 de 1950, atentamente le manifiesto que ocurro en queja contra el Tribunal del Trabajo de Barranquilla, a fin de que se subsanen, corrijan o enmienden las 'tesis' sostenidas por dicha entidad en providencia de fecha dos del mes en curso, dictada dentro de la queja que formulé contra el señor Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla".

Relata los siguientes hechos.

"1.—Un señor llamado José María García prestó sus servicios a la Compañía Telefónica de Barranquilla y presentó demanda ordinaria de trabajo contra dicha entidad, habiendo obtenido sentencia favorable.

"2.—El señor José María García promovió juicio ejecutivo laboral contra la Compañía Telefónica de Barranquilla en el Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla. Cuando supo que dicha compañía había vendido sus derechos al Municipio de Barranquilla, dirigió su acción ejecutiva contra la Empresa Municipal de Teléfonos. El señor Juez Segundo del Trabajo, en auto ejecutoriado, declaró que la Empresa Municipal de Teléfonos era un tercero y decretó el desembargo de sus fondos bancarios.

"3.—El señor José María García pidió entonces el desglose de la sentencia dictada contra la Compañía Telefónica de Barranquilla y promovió una demanda contra la Empresa Municipal de Teléfonos, ante el señor Juez Tercero del Trabajo. Este funcionario decretó el EMBARGO de los fondos de la Empresa en cantidad aproximada de dos mil quinientos pesos moneda corriente. Antes de notificarse el mandamiento de pago, es decir, cuando aún no se había iniciado el juicio propiamente dicho, el citado Juez entregó al demandante la suma depositada como caución, como garantía. Al notificarse el mandamiento de pago el apoderado de la Empresa pidió que la suma depositada como caución se mantuviera a disposición del Juzgado y apeló del mandamiento de pago. El Tribunal de Barranquilla revocó el mandamiento de pago y el señor Juez a quo, en lugar de devolver el dinero irregularmente entregado al demandante, dictó un nuevo mandamiento de pago, aduciendo que se había probado la sustitución de empresa.

"4 — En la sentencia dictada por el Tribunal del Trabajo en el juicio ordinario seguido por José María García contra la Compañía Telefóni-

ca de Barranquilla, se dijo que por ninguna parte se había probado el fenómeno de la sustitución de patronos en el juicio mencionado y condenó a la Compañía demandada. Es decir, declaró el Tribunal que el pleito no era con la Empresa Municipal de Teléfonos. Sin embargo, ese mismo Tribunal, al absolver ahora al señor Juez Tercero del Trabajo, declara que se probó la sustitución en el juicio ejecutivo, que es especial y dependiente del ordinario. Este es violatorio no sólo de las normas sobre lealtad procesal, sino contrario a las bases mismas de la organización judicial. Una entidad de derecho público, cuya intervención debe ser asistida por el Personero Municipal, cosa que no se hizo, que no fue condenada en la sentencia que sirve de título ejecutivo, se la condena en un juicio especial con una prueba que no se adujo en el juicio ordinario. Eso equivale a que la Empresa en cuyo nombre hablo haya sido condenada sin haber sido oída ni vencida en juicio.

"5º—La tesis del Tribunal del Trabajo de Barranquilla de que se pueda entregar un dinero dado en caución en un juicio ejecutivo, sin necesidad de notificación de mandamiento de pago, sin necesidad de liquidación del crédito, sin sentencia, es de una gravedad extrema. No sólo viola el principio constitucional sobre la formalidad de los juicios, sino que prejuzga y siembra la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Esa tesis es peligrosa y puede acarrear varios fenómenos de incalculable proyección. En qué quedaría una empresa que gane un juicio ejecutivo si yo el Juez entregó el dinero y el trabajador lo consumió? ¿Qué argüir contra esa insolvencia?

"Está bien que el derecho del trabajo tiene fórmulas de más rapidez. Pero necesita valerse de las pruebas, de las fórmulas propias de los juicios y sus vacíos se colman con el Código Judicial. El derecho del trabajo, pese a su calidad de derecho de clases, no entraña desconocimiento de las normas universales de procedimiento.

"También hay algo dudoso en la morosidad en declararse impedido por parte del señor Juez Tercero del Trabajo, cuando ese es un asunto no sólo de delicadeza sino de ética.

"Con base en los hechos brevemente expuestos, pido al H. Tribunal Supremo que vuelva por los fueros de la justicia en el caso que relato".

A su memorial acompañó copia de la queja formulada contra el Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla y de la tramitación que a ésta se dio, entre cuyas piezas se hallan los descargos del Juez acusado y la resolución tomada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en la cual decidió que no había lugar a deducir responsabilidad alguna al señor doctor José Vicente Llinás por su actuación en el ejecutivo de José María García contra la Empresa Municipal de Teléfonos.

El Tribunal Supremo del Trabajo, por auto de 19 de mayo del corriente año, dispuso tramitar la queja presentada por el señor Arango Valencia, previa la siguiente observación:

"Ante todo cabe anotar que el recurso de queja no ha sido establecido con el propósito perseguido por el peticionario, sino para hacer efectiva la responsabilidad en que hayan incurrido los Jueces por violación de la ley en los casos definidos por el Código Penal. Mas como en el referido escrito se expresa que el recurso propuesto es el de queja y de los hechos en él relatados así se desprende, el Supremo no puede desconocer esa intención del libelista. En consecuencia debe tramitarse la investigación correspondiente, pero ni el entendimiento de que la resolución que proceda no 'subsanará, corregirá o enmendará' las tesis sostenidas por el Seccional en aquella providencia, sino que calificará disciplinariamente la conducta de sus Magistrados. Y si de dicha investigación aparecieren hechos que puedan tener carácter delictuoso, se pasarán las diligencias adelantadas a la justicia penal, para lo de su cargo".

El Tribunal Supremo del Trabajo puso en conocimiento de los doctores Alvaro García Solano, Juan Luis Mendoza y Maximio Visbal, Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, la queja contra ellos formulada, quienes la contestaron oportunamente; allegó a los autos copias de los Acuerdos por los cuales fueron nombrados los Magistrados dichos y copias de las actas de posesión de los mismos, y se trasladó a Barranquilla, en donde en los días 25, 26 y 27 de junio último practicó una inspección ocular, diligencia durante la cual examinó los expedientes relacionados con los juicios adelantados por José María García, a que alude el querellante, y las diligencias practicadas en virtud de la queja del Gerente de la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla contra el Juez Tercero del Trabajo de esa ciudad. De todos los pasos importantes de estos juicios quedó relación en las actas y además se ordenó allegar a los autos copias de algunas piezas fundamentales.

Surtida la tramitación ordenada, corresponde a la Corte conocer de la queja formulada contra los Magistrados del Tribunal del Trabajo de Barranquilla, en atención a que el Decreto 1762 de 1956 asignó a la Corte Suprema de Justicia las funciones y atribuciones que tenía el suprimido Tribunal Supremo del Trabajo. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, elige los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo, por mandato del artículo 8º del Decreto 1762 citado, y de consiguiente es el Superior de la entidad acusada, conforme a lo prescrito en el artículo 10 del Decreto 3665 de 1950.

Para resolver se considera:

Como muy bien lo anotó desde el primer momento el Tribunal Supremo del Trabajo, el recurso de queja no ha sido establecido con el fin de que se "subsanen, corrijan o enmienden" las tesis del inferior, sino para hacer efectiva la responsabilidad en que hayan incurrido los jueces por violación de la ley en los casos definidos por el Código Penal.

La Comisión a cuyo estudio estuvo la revisión del Código Judicial vigente, al explicar el Capítulo I, Título XIV, que establece los recursos contra las providencias judiciales, dijo lo siguiente: "Contiene la Clasificación general de los recursos que se conceden contra las providencias judiciales, y se menciona en artículo separado el llamado de queja, el cual se distingue de los recursos propiamente dichos, por su finalidad, que no es ya la de obtener que se revoquen, reformen o invaliden las resoluciones, sino que se haga efectiva la responsabilidad personal en que incurren los jueces cuando faltan contra ley expresa, en los casos definidos en el Código Penal".

La Corte ha dicho: "El recurso de queja se concede respecto del Juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos definidos por el Código Penal, pero en manera alguna para obtener revocación o reforma de resoluciones judiciales". (Sala de Negocios Generales, junio 8 de 1953. GACETA número 2130).

Sentado lo anterior, sólo debe examinarse si los Magistrados del Tribunal del Trabajo de Barranquilla, al decidir la queja que se formuló contra el Juez Tercero del Trabajo de aquella ciudad, violaron la ley y se hicieron acreedores a alguna sanción establecida por el Código Penal o incurrieron en algunas de las faltas, omisiones o irregularidades de que trata el Decreto 3665 de 1950 por la cual deba aplicárseles sanciones disciplinarias, a fin de proceder como desde el primer momento lo indicó el Tribunal Supremo del Trabajo en el auto que ordenó tramitar la queja.

Podrían presumirse así las acusaciones contra los Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, formuladas por el señor Arango Valencia:

Primera.—Que el Tribunal declaró en el juicio ordinario seguido por José María García contra la Compañía Telefónica de Barranquilla ante el Juzgado Segundo del Trabajo, que el pleito no era contra la Empresa Municipal de Teléfonos y que luego, al decidir la queja contra el Juez Tercero del Trabajo, dijo que en el juicio ejecutivo de que éste conoce se había probado la sustitución de patrono.

Segunda.—Que es de extrema gravedad y viola el principio constitucional sobre la formación de los juicios y prejuzga y siembra la incertidumbre en las relaciones jurídicas la tesis del Tribunal del Trabajo de Barranquilla de que se puede entregar un dinero dado en caución en un juicio ejecutivo, sin necesidad de notificación de mandamiento de pago.

Respecto a la primera acusación se observa: El Tribunal Seccional de Barranquilla, al decidir la queja contra el Juez Tercero del Trabajo, examinó el juicio ejecutivo que ante el referido Juez adelanta José María García contra la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla, no como Juez de segunda instancia, sino como superior jerárquico del Juez y con el solo fin de anotar los hechos irregulares que pudieran acarrear sanción al funcionario acusado. En ese examen halló el Tribunal que al ejecutivo se había allegado la prueba de que la Empresa Municipal de Teléfonos sustituyó a la Compañía Telefónica de Barranquilla, prueba esta que había echado de menos cuando se le remitió en consulta de la sentencia el juicio ordinario del mismo García contra la compañía últimamente nombrada. Ninguna infracción a la ley penal ni falta sancionable disciplinariamente representa el hecho de que el Tribunal al revisar el juicio ordinario hubiera hallado que no se había demostrado en ese juicio la sustitución de patrono y que al examinar el ejecutivo encontrara que a éste se trajo esa prueba, más cuando esta última observación era conducente a fin de calificar la actuación del Juez y determinar su responsabilidad por las irregularidades de que se le acusaba.

La segunda acusación se refiere a las apreciaciones del Tribunal en el siguiente aparte de su providencia del 2 de marzo de 1956: "La circunstancia de que la suma depositada fuera entregada al ejecutante, antes de haberse notificado el mandamiento de pago, no constituye irregularidad alguna, porque es bien sabido que el juicio ejecutivo laboral difiere esencial y fundamentalmente del juicio ejecutivo civil. En éste según el tenor de la ley no existe juicio ejecutivo antes de haberse notificado el mandamiento de pago; en aquél, no hay medidas preventivas ni mandamiento de pago separado sino que las medidas de embargo y secuestro junto con la orden de pago, o la intimación al deudor de que satisfaga la acreencia, constituye un todo armónico, en consonancia con el orden público que debe primar en los juicios laborales. Las medidas compulsivas de que trata el C. de P. L. no son previas al juicio ejecutivo en sí, sino que ellas constituyen el procedimiento de ese juicio especial. Por manera que no es una irregularidad procesal flagrante como lo asevera el memorialista de que la suma de dinero haya sido entregada al ejecutante antes de la notificación del mandamiento de pago por lo que se ha visto".

No comparte la Sala algunos de los conceptos que anteceden, pero aún en el caso de que la interpretación que el Tribunal da a la ley en el aparte transcrito fuera equivocada, calificación que no corresponde ahora hacer a la Corte para el caso en estudio, ya que como se dijo no procede en el estudio de la queja enmendar las tesis del Tribunal, ese posible error no podría elevarse por sí solo a la categoría de delito, porque teniendo los jueces libertad de apreciación de las normas jurídicas, sería atentar contra esa libertad darle carácter delictuoso a toda interpretación equivocada de la ley, cuando por otros medios no resulta patente la intención dolosa.

Esta ha sido doctrina permanente de la Corte. En sentencia de 11 de abril de 1950 (GACETA JUDICIAL números 2081 y 2082) dijo: "En varias oportunidades ha dicho la Corte que el error de apreciación o interpretación de un texto legal no puede constituir abuso de funciones públicas, ya sea por estructurar un delito de abuso de autoridad, o el más grave aún de prevaricato. No hasta tampoco —ha dicho la doctrina— el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito de obrar contra derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º—No hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna a los doctores Alvaro García Solano, Juan Luis Mendoza y Maximio Visbal, Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, por su actuación en la queja que ante ese Tribunal elevó el Gerente de la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla contra el señor Juez Tercero del Trabajo de esa ciudad.

2º No es el caso de ordenar que se adelante investigación penal por la actuación a que se refiere el punto anterior.

3º—Comuníquese esta resolución al Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla y al señor Federico Arango Valencia, Gerente de la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla.

4º—Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jesús María Arias — Daniel Anzola Escobar. Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón—Manuel Buenahora — Santiago Cadena Copete—Miguel Antonio Constain — Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Garavito Durán—Abelardo Gómez Naranjo—Guillermo Hernández Peñalosa. José Jaramillo Giraldo — Pablo Emilio Manotas. Juan Manuel Pachón Padilla—Camilo Rincón Laza—Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty M.—Liberio Téllez Camacho — Francisco de P. Vargas Vélez — Jorge Soto Soto, Secretario.

NATURALEZA DEL RECURSO DE QUEJA. — SU DIFERENCIA CON LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS. — EL RECURSO DE QUEJA ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 12 DEL DECRETO EXTRAORDINARIO 3665 DE 1950

1.—Tanto en la mente del legislador, como en sus consecuencias jurídicas, lo que impropiamente se denomina RECURSO DE QUEJA, no es un medio de actuación en el proceso civil, penal, administrativo, político, etc., para llegar a un grado superior de la jurisdicción y obtener que se modifique, enmiende, revoque o infrinja lo resuelto por el juez o funcionario, en beneficio del interés jurídico que tenga la parte recurrente.

La decisión o providencia que da lugar al recurso de queja, es un acto consumado, definitivo, intocable más por el funcionario que la dicta, y precluye toda posibilidad de actuar contra ella, por ilegal, injusta o arbitraria que sea; toda jurisdicción en el proceso termina en ella y precisamente para salvaguardar el interés público y no el privado de las partes, se concede a éstas el mencionado recurso de queja, que en el fondo es nada más y nada menos, una querella o denuncia penal contra el funcionario, en la creencia o seguridad de que infringió dolosa o culposamente la ley para que se investigue su responsabilidad y se le sancione penalmente, en el juicio a que haya lugar, si fuere el caso.

En los demás casos de investigación penal, se procede de oficio o por denuncio de cualquier ciudadano y por la autoridad inmediata del ramo, en tanto que en este caso sólo se puede hacer la denuncia por la parte que en el juicio tiene el interés jurídico lesionado y ante el inmediato superior del funcionario, para que éste estudie la providencia y las pruebas pertinentes y determine si se procede a la investigación penal con motivo de la queja.

2. — Conviene aclarar que, el recurso de queja contra los Magistrados y Jueces, para efectos penales, no es el reglamentado en el Decreto Extraordinario 3665 de 1950, que se refiere exclusivamente a las sanciones disciplinarias que trata en él, como en otras leyes se establecen, no ya por razón de providencias dictadas en juicio, sino por faltas, omisiones e irregularidades que pugnan contra la dignidad y diligencia del funcionario y no alcanzan a la categoría de culpas o delitos, penalmente punibles, sino simplemente sancionadas con multas, suspensión o destitución del cargo. La falta no significa que si con motivo del recurso de queja ejercido conforme al artículo 12 de este Decreto, el superior halla que se ha incurrido por el inferior en un caso de sanción disciplinaria, no pueda ordenar la investigación pertinente, para los efectos del Decreto mencionado.

3.—El artículo 12 del Decreto Extraordinario 3665 de 1950 dice: "CONTRA LAS DECISIONES del Superior, no habrá otro recurso que el de queja". Expresa textualmente que el recurso es CONTRA LAS DECISIONES del superior y no CONTRA ESTE, como lo es en todos los casos en que dicho recurso se autoriza.

Ahora, el fin para el cual se concede un recurso, explica su operancia y razón de ser. Todos los recursos que se conceden en nuestro sistema procedimental, lo son contra las providencias de los funcionarios, para que sean revocadas, corregidas o infirmadas, a excepción del de QUEJA que no lo es contra dichas providencias, si ha tenido jamás por finalidad el operar contra ellas para obtener su corrección.

En efecto, esta facultad de queja, que de modo impropio se llama recurso, es la mera facultad de querella o denuncia penal contra el funcionario en busca de deducir su responsabilidad, si la hay, y de que sea sancionado penal y no disciplinariamente previo el juicio ordinario de cualquier criminal, con todas las ritualidades de ley, diligenciado por la autoridad que sea competente para ello.

Si el texto de una ley especial, como en el caso que se estudia, se refiere a materia

regulada de modo distinto en el sistema general de la legislación y la contraría en cuanto a sus fines, sin dar en sus fundamentos la explicación de hacer excepción clara y manifiesta para oponerse al espíritu general y vigencia del sistema, es preciso indagar si se trata de un error de técnica, de terminología o de concepto en el conjunto de su texto.

Entonces, si el artículo hubiera tenido por fin dar un medio de que el superior pudiera entender o corregir la providencia del inferior, así lo habría dicho y habría tenido que decirlo para romper el sistema general de los recursos. Pero de ser así, habría concedido otro de los recursos procedimentales que en las leyes llevan a ese fin y no simplemente el de queja. Como no lo hizo, hay que concluir que en su conjunto el sentido del artículo no es claro y permite consultar su espíritu, que no puede ser otro que el de todo recurso de queja contra el funcionario que dicta una providencia. Esta interpretación se refuerza con la consideración de que si el recurso contemplado en ese texto legal, fuera en realidad contra la providencia y no contra el funcionario o funcionarios que la dictan, cuando ésta emana de una entidad que no tiene superior jerárquico, como el Consejo de Estado, la Corte Suprema, el Tribunal Supremo de Aduanas, cada entidad en su ramo, el recurso no existiría y es claro que debe existir por la igualdad de razones que lo justifican y el artículo 12 opera sin excepción alguna.

Todo lo expuesto demuestra que los primeros términos del citado artículo obedecen a un error de concepto, puesto que no operan dentro de la finalidad del recurso y como la norma debe interpretarse y aplicarse en el sentido racional en que produzca los efectos que para esos casos ha tenido en mente el legislador, y es la finalidad perseguida la que debe predominar en el señalamiento de su alcance, se tiene que en el artículo en mención no pudo proponerse recurso alguno contra la providencia misma, sino contra la conducta de sus autores en relación con ella.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias)

Antecedentes

1º—Por Decreto número 38 de 17 de agosto de 1954, el doctor Zenón Hernández M., Juez 2º del Trabajo de Barranquilla, declaró insubsistente al señor **Alfonso Gallardo**, Secretario que venía actuando, y designó para el cargo al señor **Pedro María Reyes**, quien se posesionó el mismo día (fl. 25 C. número 2). Dicho señor Reyes era el padre legítimo del señor Juez del Circuito en lo Penal de Sabanalarga, doctor Jorge Reyes Olivares.

2º—Al día siguiente, 18 de agosto, el doctor Reyes Olivares, por Decreto número 004, declaró insubsistente al Secretario señor Sofanor Cuentas, y designó en su reemplazo al señor Alfonso Gallardo, quien se posesionó el mismo día.

3º—A los ocho días, el 25 de agosto, el ciudadano que firma **Francisco Arévalo**, envió de Barranquilla a la H. Corte, una información sobre tales hechos, la que el 3 de septiembre siguiente fue remitida al Ministerio de Justicia —Departamento de Vigilancia Judicial—. Este, a su vez, la envió el 8 al Juez 1º Municipal de Sabanalarga, para que le tomara juramento al memorialista Arévalo, le solicitara comprobación de cargos y devolviera lo actuado, al Ministerio.

4º—Como no fue posible hallar al señor Arévalo, el Juzgado resolvió tomar una declaración al señor Sofanor Cuentas, para aclarar lo sucedido y éste la rindió el 18 de noviembre, explicando que el 18 de agosto era Secretario del Juzgado del Circuito en lo Penal de Sabanalarga y el nuevo Juez, doctor Jorge Reyes O. lo destituyó para nombrar en su lugar al señor Alfonso Gallardo, quien hizo dejación, dice, del cargo de Secretario del Juzgado 2º del Trabajo de Barranquilla donde lo reemplazó el señor Pedro M. Reyes, padre del Juez Reyes Olivares.

5º—Con oficio número 0711 de 24 de noviembre, el citado Juez Municipal de Sabanalarga devolvió las diligencias informes al señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, quien con oficio número 2391, de 28 de enero de 1955, las remitió al Tribunal Superior de Barranquilla con el objeto de que iniciara a la mayor brevedad la investigación administrativa para los fines de que trata el Decreto Legislativo número 2665 de 1950.

6º—El 7 de febrero, dicho Tribunal ordenó poner en conocimiento del doctor Jorge Reyes O. los hechos a él atribuidos para que hiciera sus descargos y acompañara las pruebas en que los

fundamentara. Para dar cumplimiento a esa providencia, se le remitió lo pertinente, con el oficio número 260 de 16 de febrero de 1955.

Pruebas

Como pruebas aparecen, según copias que se acompañan a la Corte, las siguientes:

a) El doctor Zenón Hernández, como Juez 2º del Trabajo, de Barranquilla, hace constar que el 17 de agosto de 1954 designó como Secretario del Juzgado al señor Pedro M. Reyes G., en forma libre y espontánea teniendo en cuenta la honorabilidad, competencia y buena conducta del nombrado. Autenticó ante el Juzgado 1º del Trabajo, dicha constancia (fls. 8 a 9, C. número 2).

b) Aparecen en el expediente, el decreto de nombramiento y diligencia de posesión de que se habló atrás, en copias autenticadas.

c) El Juez querellado solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil de Sabanalarga, le certificara sobre cedulación de Francisco Arévalo, y así resulta que bajo el nombre de Francisco Arévalo Navarro hay la cédula Nº 2530; y bajo el nombre de Francisco Arévalo de los Reyes la cédula número 26376, revisadas ambas y vigentes.

d) Estos señores comparecieron, a solicitud del doctor Reyes O., ante el Juzgado del Circuito en lo Civil de Sabanalarga, el 24 de febrero de 1955 y juraron que conocían al doctor Jorge Reyes O. y que ellos no habían remitido a la H. Corte Suprema el memorial o información que motivó la investigación administrativa a que estos autos se refieren (fls. 11 y 55 C. número 2).

e) Aparece copia de la circular número 584-bis de 11 de mayo de 1954 en que el Juez del Circuito en lo Penal de Sabanalarga, antecesor del doctor Reyes O., hace saber a los subalternos el horario estricto de la Oficina y les previene con el Decreto número 3665, si no dieren a ello riguroso cumplimiento (fl. 8 ibidem). Igualmente aparece certificación del Rector del Colegio de Varones de Sabanalarga, sobre el hecho de que el señor Sofanor A. Cuentas, Secretario del Juzgado, reemplazado por Alfonso Gallardo, era profesor de 8 a 9 a. m. y de 2 a 4 p. m., desde febrero de 1954 (fl. 15 ibidem).

f) También acompañó el doctor Reyes O. la declaración jurada de su Secretario señor Alfonso Gallardo (fl. 14) en que dice que ha ocupado muchos cargos y por saberlo así el doctor Jorge Reyes O., le designó su Secretario, lo que aceptó por mejorar de sueldo y tener allí su familia.

g) Además, el doctor Jorge Reyes O., hizo que su Secretario señor Gallardo le certificara que en el Juzgado a su cargo cursaban algunos sumarios contra el Juez Municipal y su Secretario, funcionarios que recibieron la declaración de Sofanor Cuentas, ex-Secretario del mismo Juzgado del Circuito, suspendido por Reyes O.

h) De igual manera, aparecen copias del Decreto 004 de 18 de agosto de 1954 y de la diligencia de posesión referentes a Alfonso Gallardo, como Secreeario del Juzgado del Circuito en lo Penal de Sabanalarga (fls. 26 a 27 C. número 2), nombrado por el doctor Jorge Reyes O., como se ha dicho varias veces.

Descargos del Juez doctor Reyes O.

Con las pruebas antedichas, el Juez acusado, doctor Jorge Reyes O. presentó su memorial de descargos ante el Tribunal Superior de Barranquilla el 2 de marzo de 1956 (fls. 16 a 24 C. número 2), analiza el artículo 4º del Decreto número 3665 de 1950, para hacer ver que al superior que aplica las normas del Decreto, cuando procede a petición de cualquier particular, debe acompañársele la prueba sumaria de los hechos en que funda su queja, o siquiera un principio de prueba por escrito; que por analogía, debe tenerse en cuenta el artículo 14 del C. de P. P. que exige al denunciante el presentar personalmente el escrito de denuncio, y el artículo 16 que ordena que la querella se presentará en los mismos términos del denuncio criminal "y la autoridad que la recibe, deberá cerciorarse de la identidad del querellante".

Que un supuesto Francisco Arévalo, le denunció de haber canjeado Secretario con el Juez 2º del Trabajo de Barranquilla, sin acompañar la prueba sumaria, ni conocer de la identidad del querellante por la H. Corte que recibió el memorial enviado desde Barranquilla y lo pasó al Ministerio de Justicia, que a su turno lo remitió al Juez Municipal de Sabanalarga para juramentar a Arévalo y pedirle pruebas. Aparece que hay dos ciudadanos que tienen el nombre de Francisco Arévalo y ninguno de ellos firmó el memorial que es de un anónimo irresponsable.

Se queja de que el Juez Municipal de Sabanalarga usurpó jurisdicción cuando al no poder dar con el Francisco Arévalo, para efectos de la comisión, hizo comparecer al señor Sofanor Cuentas, ex-Secretario reemplazado por Alfonso Ga-

llardo, y le pidió declaración sobre lo que él supiera y de lo cual se habló ya, función que sólo incumbía al Superior y no al inferior jerárquico que violó en tal caso el artículo 148 del Código Judicial, según lo entiende el doctor Jorge Reyes O., quien considera que el no haberse encontrado a Arévalo ni haber pruebas distintas contra él, todo debió terminar allí, y no continuarse investigación alguna.

Confiesa espontáneamente el doctor Reyes O., que nombró a Gallardo y el Juez del Trabajo nombró a su padre, pero que lo hicieron sin convenio de antes y por ser aquéllos muy competentes y honorables. Se extiende en cargos contra Cuentas, Secretario reemplazado por Gallardo, y contra el Juez Municipal y su Secretario que le recibieron la declaración a Cuentas. Acompaña las pruebas detalladas y pide se practiquen otras con el fin de que se establezca mejor que la queja anónima contra él, es efecto de un bajo resentimiento y que él no podía impedir el nombramiento que a su padre se le hizo por el señor Juez del Trabajo de Barranquilla.

Auto del Tribunal

El 18 de mayo de 1955, el Tribunal Superior de Barranquilla, estudió la solicitud de pruebas y memorial del doctor Reyes O. y en providencia de tal fecha resolvió no decretar nuevas pruebas, porque el artículo 49 del Decreto 3665 sólo permite que si la queja la formula un particular, éste la acompañe de la prueba sumaria, y que el funcionario acusado presente las suyas con el memorial de descargos, al contestar el traslado, como lo hizo en este caso el doctor Jorge Reyes Olivares, a quien se notificó la negativa sin reclamación de su parte.

Decisión del Tribunal

Con los antecedentes y pruebas que se dejan detallados, el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha diez de agosto de 1955, dictó su providencia definitiva, que se sintetiza así: Al señor Juez Penal del Circuito de Sabanalarga, doctor Jorge Reyes Olivares, "se le acusa de haber entrado en un entendimiento indecoroso con uno de los Jueces del Trabajo de Barranquilla, que según las averiguaciones hasta ahora adelantadas lo es el doctor Zenón Hernández, para que éste nombrara de Secretario del Juzgado del Trabajo al señor Pedro María Reyes G., padre del doctor Jorge Reyes Olivares, al tiempo que en el Juzgado Penal del Circuito de Sabanalarga se nombraba como Secretario al señor Alfonso Gallardo, quien hasta entonces venía ocupando el cargo de Secretario del citado Juez del Trabajo de Barranquilla...". "Es decir, no pudiendo el señor Juez, doctor Reyes Olivares escoger a su padre, el señor Reyes, como Secretario del Juzgado cuyo titular era y es, por razones de tan cercano parentesco, buscó el medio de salvar ese inconveniente legal, usando el procedimiento indicado". Que si Reyes G. desalojó de la Secretaría del Juzgado del Trabajo a Alfonso Gallardo el 17 de agosto de 1954, al día siguiente aparece éste con igual cargo en el Juzgado del hijo de aquél, lo que por sí demuestra el fundamento de la queja y no pueden esos hechos atribuírse a simple coincidencia. Que la primera designación hecha el 17 por el Juez del Trabajo, nada extraño tendría en sí, aún desalojando a Gallardo, "mas lo que cierra delicadeza propia de los encargados de administrar justicia no puede tolerar es que la persona desalojada de esa Secretaría, fuera escogida por el señor Juez Reyes Olivares para ocupar la Secretaría de su propio Juzgado, precisamente por ser su padre el favorecido con aquella designación que privó de su empleo a Gallardo, provocando una especie de **do ut des** inaceptable legalmente, pues hace un esguince fraudulento a la prohibición legal"; que nada vale ante esa protuberante realidad, el hecho de no haberse dado con el Arévalo que puso la queja y que éste no hubiese acompañado las pruebas sumarias, ni se destruye el valor intrínseco del acto del señor Juez Penal del Circuito de Sabanalarga porque la queja se hubiera dado por interés, pasión o venganza, pues "la verdad no deja de serlo ni es menos aunque se le proclame por animadversión o por simpatía o salga de labios impuros".

Que si la querella se presentó sin pruebas, cuando el Ministerio de Justicia la puso en conocimiento del Tribunal, como superior jerárquico del Juez, venía acompañada de la declaración del ex-Secretario Cuentas y con datos suficientes para esclarecer los hechos, y debe tenerse en cuenta que la queja se tramitó por el Tribunal a instancia del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia. Explica el Tribunal cómo es erróneo pensar que por el hecho de que el Juez Municipal de Sabanalarga recibió una declaración al señor Cuentas para saberse algo de lo ocurrido, al no aparecer el señor Aré-

valo, se usurpó jurisdicción ya que dicho Juez no estaba cumpliendo una comisión de autoridad jurisdiccional, sino gubernamental.

Consideró, pues, el Tribunal que está en pie y fundado el cargo contra el doctor Jorge Reyes Olivares y la actuación censurada es incompatible con la dignidad de la función de administrar justicia, por lo cual "declara responsable al doctor Jorge Reyes Olivares, actual Juez Único Penal del Circuito de Sabanalarga, de una falta contra la dignidad de la función de administrar justicia, y con base en el cargo que se le imputó" —como consecuencia— le impuso una multa de treinta pesos y ordenó comunicarse lo resuelto al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Notificado el doctor Reyes O. de esa decisión, elevó al Tribunal el extenso memorial que en copia obra del folio 37 al 50 del C. número 2, para pedir la reposición y en subsidio el recurso de queja. Refuerza su memorial de descargos y aduce nuevas consideraciones tendientes a demostrar que debe revocarse la providencia que le sanciona, pero el Tribunal en auto de 15 de septiembre de 1955 expresó que contra las decisiones del superior en estos casos, no queda otro recurso que el de queja, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 3665 de 1950, se abstiene de considerar la reposición pedida y ordena se compulsen las copias necesarias para el recurso de queja a que se refiere el memorialista.

En memorial de 11 de octubre de 1955, el doctor Jorge Reyes Olivares, formula queja **contra** la **providencia** del Tribunal Superior de Barranquilla, fechada el 10 de agosto del mismo año, para que la Corte la enmiende por estimarla ilegal e injusta.

El recurrente encabeza su libelo así:

"Yo Jorge Reyes Olivares, mayor de edad y vecino de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, portador de la cédula de ciudadanía número 314772, expedida en Bogotá, actualmente Juez único Penal del Circuito de Sabanalarga, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 12 del Decreto extraordinario número 3665 de 1950, respetuosamente manifiesto a esa alta entidad jurisdiccional que recurro en **queja contra la providencia** de fecha 10 de agosto del corriente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se me sancionó disciplinariamente. El recurso de que hago uso, tiene por objeto solicitar de esa elevada Corporación la **enmienda de la providencia mencionada** por ser ella no sólo ilegal, sino injurídica".

Consideraciones previas

Antes de estudiar los cargos o quejas conviene puntualizar algunos conceptos sobre la naturaleza y fines del **recurso de queja**, para conocer su alcance.

El artículo 64 del Acto Legislativo número 1 de 1945, hoy artículo 160 de la codificación constitucional, adicionó el 100 de la Constitución de 1886, en estos términos: "Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la ley".

Varias disposiciones legales, como el artículo 4º de la ley 69 de 1945, establecen sanciones disciplinarias, y otras establecen responsabilidades, sin señalar el procedimiento para hacerlas efectivas.

A falta de una reglamentación completa, precisa y específica sobre la materia, se dictó el Decreto Extraordinario número 3665 de 1950, que establece sanciones disciplinarias, causas de ellas y el procedimiento para hacerlas efectivas, en forma rápida y de única instancia, por el superior, sin permitirse más recurso que el de queja, según el artículo 12 del Decreto que dice: "Contra las decisiones del superior, no habrá otro recurso que el de queja".

Dentro de los procesos civiles, penales, administrativos, etc., nuestras leyes estatuyen los recursos de **reposición, apelación, súplica, casación, revisión** y de **hecho**, a la vez que el grado de consulta, todos los cuales dan jurisdicción y competencia para que el mismo funcionario o el superior puedan corregir los errores de derecho que se hayan cometido en el juicio y reformar las providencias, revocarlas o infringirlas, según el objeto del recurso, previa la tramitación que existe en cada caso. Pero cuando la decisión o providencia no es susceptible de recurso alguno, y el perjudicado con ella estima que es arbitraria, **praeter legem o contra legem**, se le concede el recurso de queja, que se establece para y simplemente en el inciso tercero del artículo 485 del C. J. en los siguientes términos: "Respecto del Juez que las pronuncia, existe el llamado queja". En varios textos legales, como el 512, 770, etc. del C. J. y leyes especiales, se habla del recurso de queja, sin reglamentación procedimental, ni expre-

sión de sus fines. Sólo en la exposición de motivos del actual Código de Procedimiento Civil se dice al explicar la institución de los recursos: "se menciona en artículo separado el llamado de queja, el cual se distingue de los recursos propiamente dichos, por su finalidad, que no es ya la de obtener que se revoquen, reformen o invaliden las resoluciones, sino que se haga efectiva la responsabilidad penal en que incurran los jueces cuando fallan contra ley expresa, en los casos definidos en el Código Penal".

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 182 también estatuye como recurso ordinario "El de queja", sin más explicación ni reglamentación procedimental para ejercerlo. En el acta número 197, de la Comisión Preparatoria de dicho Código, se leen algunas consideraciones hechas por sus miembros sobre este particular, de lo cual concluyen que debía figurar tal recurso y aunque se insinuó alguna reglamentación, se quedó establecido, sin ella. El doctor Rafael Escallón, dijo: "Considero que no hay razón para consignar este recurso, pues los casos en que podría proponerse son en realidad de verdad, casos en que se han cometido delitos, y, por lo tanto, lo procedente es que se promueva la investigación correspondiente".

El doctor Luis Rueda Concha se pronunció en sentido contrario, pidiendo que se implantara el procedimiento rápido y sumario para sustanciarlo. Se acogió su tesis estatuyendo la norma, pero se olvidó el procedimiento.

De manera que tanto en la mente del legislador, como en sus consecuencias jurídicas, lo que impropiamente se denomina **recurso de queja**, no es un medio de actuación en el proceso civil, penal, administrativo, policivo, etc., para llegar a un grado superior de la jurisdicción y obtener que se modifique, enmiende, revoque o infrinja lo resuelto por el Juez o funcionario, en beneficio del interés jurídico que tenga la parte recurrente.

La decisión o providencia que da lugar al recurso de queja, es un acto consumado, definitivo, infacible aún por el funcionario que la dicta, y precluye toda posibilidad de actuar contra ella, por ilegal, injusta o arbitraria que sea; toda jurisdicción en el proceso termina en ella y precisamente para salvaguardiar el interés público y no el privado de las partes, se concede a éstas el mencionado recurso de queja, que en el fondo es nada más y nada menos, una querella o denuncia penal contra el funcionario, en la creencia o seguridad de que infringió delictuosa o culposamente la ley para que se investigue su responsabilidad y se le sancione penalmente, en el juicio a que haya lugar, si fuere el caso.

En los demás casos de investigación penal, se procede de oficio o por denuncio de cualquier ciudadano y por la autoridad inmediata del ramo, en tanto que en este caso sólo se puede hacer la denuncia por la parte que en el juicio tiene el interés jurídico lesionado y ante el inmediato superior del funcionario, para que éste estudie la providencia y las pruebas pertinentes y determine si se procede a la investigación penal con motivo de la queja. Conviene también aclarar que, el recurso de queja contra los Magistrados y Jueces, para sanciones penales, no es el reglamentado en el Decreto Extraordinario número 3665 de 1950, que se refiere exclusivamente a las sanciones disciplinarias que tanto en él, como en otras leyes se establecen, no ya por razón de providencias dictadas en juicio, sino por faltas, omisiones o irregularidades que pugnan contra la dignidad y diligencia del funcionario y no alcanzan a la categoría de culpas o delitos, penalmente punibles, sino simplemente sancionadas con multas, suspensión o destitución del cargo. En lo más leve se prevén multas hasta de $ 500.00 y en el caso de autos lo fue de treinta pesos, dentro del citado Decreto. Lo dicho no significa que si con motivo del recurso de queja ejercido conforme al artículo 12 del Decreto Extraordinario número 3665 de 1950, el superior halla que se ha incurrido por el inferior en un caso de sanción disciplinaria, no pueda ordenar la investigación pertinente, para los efectos del Decreto mencionado.

Pero como el doctor Jorge Reyes Olivares considera que la providencia que lo sancionó disciplinariamente es ilegal e injusta se acogió al artículo 12 del Decreto para ejercer el recurso de queja. **Dice que lo ejerce contra la providencia** del Tribunal y con el objeto de que ésta sea "enmendada". No se queja contra los Magistrados del Tribunal ni para que se investigue, si fuere el caso, la responsabilidad penal en que puedan haber incurrido, con la ilegalidad del acto.

Planteada la queja de esa manera, es preciso determinar si es procedente, ya por los términos del Decreto, ya por la intención del recurrente.

El artículo doce del Decreto, en que la queja se funda, dice: "**Contra las decisiones** del superior, no habrá otro recurso que el de queja" (se subraya). Expresa textualmente que el recurso

es contra las decisiones del superior y no contra éste, como lo es en todos los casos en que dicho recurso se autoriza. Y ordena el legislador que "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". (Artículo 27 del C. C.).

El fin para el cual se concede un recurso, explica su operancia y razón de ser. Queda visto que todos los recursos que se conceden en nuestro sistema procedimental, lo son contra las providencias de los funcionarios, para que sean revocadas, corregidas o infirmadas, a excepción del recurso de queja que no lo es contra dichas providencias, ni ha tenido jamás por finalidad el operar contra ellas para obtener su corrección.

Esta facultad de queja, que de modo impropio se llama recurso, es la mera facultad de querella o denuncia penal contra el funcionario en busca de descubrir su responsabilidad, si la hay, y de que sea sancionado penal y no disciplinariamente previo el juicio ordinario de carácter criminal, con todas las ritualidades de ley, diligenciado por la autoridad que sea competente para ello.

Si el texto de una ley especial, como en el caso que se estudia, se refiere a materia regulada de modo distinto en el sistema general de la legislación y la contraria en cuanto a sus fines, sin dar en sus fundamentos la explicación de hacer excepción clara y manifiesta para oponerse al espíritu general y vigente del sistema, es preciso indagar si se trata de un error de técnica, de terminología, o de concepto en el conjunto de su texto.

Si el artículo 12 del Decreto extraordinario número 3665 de 1950, agregara que la finalidad del recurso de queja que concede contra la providencia, es otra distinta a lo consagrada en nuestro sistema procedimental, ese texto íntegro sería completo, claro y no susceptible de duda alguna. Pero como no lo dice y la finalidad sigue siendo la misma del sistema general, hay que concluir que, en su conjunto, el sentido del artículo no tiene la claridad a que se refiere el artículo 27 del Código Civil y es preciso consultar su espíritu y sus posibles efectos prácticos, para su debida interpretación y aplicación.

Si el artículo hubiera tenido por fin dar un medio de que el superior pudiera enmendar o corregir la providencia del inferior, así lo habría dicho y habría tenido que decirlo para romper el sistema general de los recursos. Pero de ser así, habría concedido otro de los recursos procedimentales que en las leyes llevan a ese fin y no simplemente el de queja. Como no lo hizo, hay que concluir que en su conjunto el sentido del artículo no es claro y permite consultar su espíritu, que no puede ser otro que el de todo recurso de queja contra el funcionario que dicta una providencia arbitraria fuera de la ley o contra la ley. Esta interpretación se refuerza con la consideración de que si el recurso contemplado en el texto legal que se comenta, fuera en realidad contra la providencia y no contra el funcionario o funcionarios que la dictan, cuando ésta emana de una entidad que no tiene superior jerárquico, como el Consejo de Estado, la Corte Suprema, Tribunal Supremo de Aduanas, cada entidad en su ramo, el recurso no existiría y es claro que debe existir por la igualdad de razones que lo justifican y el artículo 12 del Decreto opera sin excepción alguna.

Todo lo expuesto demuestra que los primeros términos del citado artículo obedecen a un error de concepto, puesto que no operan dentro de la finalidad del recurso y como la norma debe interpretarse y aplicarse en el sentido racional en que produzca los efectos que para esos casos ha tenido en mente el legislador, y es la finalidad perseguida la que debe predominar en el señalamiento de su alcance, se tiene que al citado artículo no pudo proponerse recurso alguno contra la providencia misma, sino contra la conducta de sus autores en relación con ella.

Cosa distinta ocurrirá si se convierte en ley el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil, que en el artículo 442 y siguientes reglamenta el recurso de queja en sustitución del de Hecho que desaparece y ya el de queja con finalidad distinta a la que hoy rige, o sea consagrándolo como medio de que el superior pueda, con jurisdicción en el proceso, conocer el expediente, ordenar que le llegue y poder corregir o enmendar lo resuelto por el inferior.

Dentro de los conceptos anteriores, sobre la naturaleza y alcance objetivo del recurso de queja, consagrado en nuestras leyes, no puede la Corte resolver sobre el recurso interpuesto por el doctor Jorge Reyes Olivares, porque su libelo de querella se endereza directamente contra la providencia recurrida y no contra sus autores; y porque de manera inequívoca expresa que tiene por único fin el que sea enmendada tal providencia y no el que se investigue si se infringió la ley penal por los magistrados que la dictaron, cosa que en realidad no se advierte en las copias que

se han acompañado, porque de advertirse, la Corte tendría que ordenar aún de oficio, dicha investigación, como también lo ordenaría o lo haría directamente si hallara que el Tribunal incurrió en causales de sanción disciplinaria, contempladas en el Decreto Extraordinario 3665 de 1950.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Se inhibe de decidir a fondo sobre el recurso de queja interpuesto por el doctor Jorge Reyes Olivares contra la providencia de sanción disciplinaria que le impuso el Tribunal Superior de Barranquilla, por cuanto ella no puede ser reformada por el superior; y no se encuentra fundamento para ordenar de oficio investigación de carácter penal, ni disciplinario.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Jesús María Arias — Daniel Anzola Escobar. Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón—Manuel Buenahora—Santiago Cadena Copete—Miguel Antonio Constain — Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Garavito Durán—Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo—Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla. Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. Elberto Téllez Camacho—Francisco de P. Vargas. Guillermo Hernández Peñalosa—Jorge Soto Soto. Secretario.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

CUANDO LA CORTE SE HA PRONUNCIADO SOBRE LA EXEQUIBILIDAD DE UNA DETERMINADA DISPOSICION LEGAL Y EN POSTERIOR DEMANDA NO SE ALEGAN RAZONES DIFERENTES TENDIENTES A DEMOSTRAR LA INEXEQUIBILIDAD DE DICHA DISPOSICION, SE CONFIGURA LA EXCEPCION PERENTORIA DE COSA JUZGADA, SIN QUE VALGAN LAS CRITICAS QUE SE LE HACEN A LA ANTERIOR PROVIDENCIA DE LA CORTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

El ciudadano Tomás Cerón Camargo, vecino de Firavitoba, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, por medio de demanda presentada el primero de octubre de 1953, demandó de la Corte la declaración de inexequibilidad de la Ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República, por ser violatoria de los artículos 2, 10, 31, 47 y 118, ordinal 7º; 120, ordinal 17; 76, ordinal 16, y 59 de la Carta.

La demanda del señor Cerón, no reúne los requisitos exigidos por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936 para pedir que se declare inconstitucional una ley, por las razones siguientes: a) no transcribe, ni siquiera señala, las normas de la ley acusada que considera violatorias de la Constitución; b) no contiene las razones por las cuales considera que la ley acusada viola la Carta Fundamental de la República. Se limita a enumerar los artículos que considera violados.

Sin embargo, se corrió el traslado de rigor al Sr. Procurador General de la Nación, quien solicitó a la Corte que se abstenga de considerar la demanda del Sr. Cerón Camargo principalmente porque la inexequibilidad de la ley acusada ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y en consecuencia formula la correspondiente excepción perentoria. Dice el señor Procurador:

"2º—Por sentencias de 7 de julio de 1930, y de 11 de abril de 1932, la H. Corte Suprema declaró que ninguna de las normas constitucionales arriba enumeradas, había sido violada por la Ley 25 de 1923. Es decir, que la exequibilidad de la ley, en cuanto se refiere a las normas constitucionales, que el demandante considera violadas, ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y en consecuencia por este concepto formulo la correspondiente excepción perentoria..

"Por las razones anteriores, el Procurador General de la Nación, solicita a la Honorable Corte Suprema de Justicia, que se abstenga de considerar la demanda del señor Cerón Camargo".

Es esta la tercera vez que el señor Cerón Camargo demanda la inexequibilidad de la Ley 25 de 1923:

Su primera demanda fue fallada por la Corte, junto con la presentada por los doctores Luis Jiménez López y Rafael Torres Myriño, por medio de la sentencia de 7 de julio de 1930, la cual declaró que no son inexequibles las disposiciones de la Ley 25 de 1923, ni las de la Ley 17 de 1925, reformatoria de la anterior, acusadas en las demandas acumuladas, ni los Decretos Ejecutivos números 1031, 1087, 1008 y 1452 de 1923.

La segunda demanda fue presentada por el señor Cerón Camargo el 3 de marzo de 1931, y fallada por la Corte en sentencia de fecha 11 de abril de 1932, la cual declaró que no son inexequibles las disposiciones acusadas de la ley 25 de 1923, ni tampoco el artículo 2º de la Ley 73 de 1930, también acusado y referente al encaje del Banco de la República.

Sobre esta tercera demanda del señor Cerón Camargo esta Sala de la Corte considera:

Al examinar la actual demanda se encuentra que en ella se acusa la ley 25 de 1923 que se impugna en las demandas anteriores, pero sin señalar siquiera las normas de dicha ley que se consideran violatorias de la Constitución, y sin

alegar nuevas razones por las cuales las disposiciones constitucionales que se enumeran puedan considerarse violadas.

Tales disposiciones son las mismas que se invocaron como fundamento en las dos demandas anteriores, sin que se aduzcan contra la ley 25 de 1923 distintas objeciones o sea, alegándose que viola otras disposiciones de la Constitución, único caso en que no sería infundada la actual demanda.

A pesar de la gran amplitud de que ha dado muestras la Corte en lo tocante a estas demandas de inexequibilidad, es preciso concluir que la nueva acusación está ya fallada por las sentencias mencionadas, sin que puedan tomarse en cuenta las objeciones y críticas que contra dichos fallos hace el demandante a todo lo largo de su libelo, por estar fuera de lugar.

Resolución:

De acuerdo con la conclusión anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 214 de la Carta, y de acuerdo con el Decreto 1762 de 1956,

Resuelve:

Las acusaciones a que se refiere la actual demanda están ya falladas por sentencias ejecutoriadas de la Corte, conforme a las cuales no es inexequible la Ley 25 de 1923, en ninguna de sus disposiciones. En consecuencia, se ABSTIENE de conocer del presente negocio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia, y archívese el expediente.

Enrique Arámbula Durán—Daniel Anzola Escobar · Abelardo Gómez Naranjo — Juan Manuel Pachón Padilla — Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro — Jorge García Merlano, Secretario.

SE DECLARAN EXEQUIBLES LAS DISPOSICIONES ACUSADAS DEL DECRETO 2064 DE 1953 SOBRE ORGANIZACION DE LA JUDICATURA MUNICIPAL

La razón fundamental de la acusación radica en los artículos 157 y 158 de la Carta, según los cuales se necesita tener el título de abogado para ser Juez Municipal o de Instrucción Criminal, norma contraria a los preceptos del Decreto 2064 de 1953, que permite a quienes no sean abogados titulados, ser funcionarios de tales categorías.

Pero las disposiciones del Decreto acusadas de violar la Constitución, se refieren expresamente a funcionarios INTERINOS (Jueces Municipales o de Instrucción), de manera que al autorizar para que sean designados quienes carezcan de título, comprende únicamente nombramientos interinos, no los en propiedad.

Sólo se explica porque el servicio público requiere fórmulas que garanticen su normal funcionamiento. He aquí que algunos cargos estén provistos, de empleados principal y suplente, y que todos puedan servirse por empleados INTERINOS, en el caso de que ni el principal, ni los suplentes, si los hubiere, puedan ponerse al frente del cargo.

Ahora, el artículo 3º del C. J., establece en su inciso 3º que los funcionarios interinos "no necesitan presentar comprobante alguno" para obtener confirmación de su nombramiento y tomar posesión del cargo. De modo que si el Juez nombrado interinamente no tiene que comprobar que es titulado, es porque puede serlo o no serlo, y al establecerlo así, la ley no contraría ninguna disposición de la Carta Fundamental, la cual señala los requisitos que deben reunir los funcionarios en propiedad pero no los relativos a los funcionarios interinos, de modo que el Decreto Legislativo acusado vino a llenar acertadamente ese vacío, al determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño del cargo, tratándose de jueces municipales o de instrucción interinos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales.— Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

El abogado doctor Pablo Emilio Jacobo, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, por medio de libelo presentado el 15 de enero de 1964, demandó de la Corte la declaración de inexequibilidad de los artículos 2º, aparte b), 3º, 6º, 7º, 8º y 11 del Decreto Legislativo número 2064 de agosto 5 de 1953.

El señor Procurador General de la Nación rindió su concepto, el cual termina con la solicitud de que se declaren exequibles los artículos acusados.

Las disposiciones acusadas

Dicen así las disposiciones acusadas:

"Artículo 2º—A partir del 11 de enero de 1954 sólo podrán ejercer el cargo de Juez Municipal en interinidad:

".....

"b) Los ciudadanos que hayan terminado estudios de Derecho.

".....

"Artículo 3º—Los Tribunales Superiores sólo podrán elegir Jueces Municipales interinos, a falta de abogados titulados que acepten el cargo, a los estudiantes que hayan terminado la carrera de abogado y que aparezcan inscritos en las listas que confecciona el Ministerio de Justicia, con base en las certificaciones de las Facultades de Derecho, oficialmente aceptadas.

".....

"Artículo 6º—Las Facultades de Derecho no podrán otorgar el título de Abogado a los ciudadanos que terminen sus estudios en 1953, y en los años subsiguientes sin la previa comprobación de haber desempeñado las funciones de Juez Municipal por un período no menor de un año.

"Artículo 7º—Los Jueces en interinidad a que se refieren los artículos anteriores, podrán ejercer el cargo hasta por el término de un año.

"Artículo 8º Si los Tribunales Superiores no pudieren designar a todos los estudiantes que hubieran terminado en 1953, y en los años subsiguientes por falta de plazas vacantes, el Ministerio de Justicia podrá nombrarlos como Jueces de Instrucción.

"..... ....

"Artículo 11.—Sólo en el caso de que no fueren suficientes los abogados titulados, los ciudadanos que hubieren terminado sus estudios de Derecho y los abogados aceptados de que trata el artículo 2º podrán los Tribunales Superiores completar la provisión de los Juzgados Municipales de cada Distrito Judicial, con ciudadanos de conducta intachable, elegidos por el voto unánime de los miembros de la corporación".

Las razones de la acusación

El artículo 2º, aparte b) y el artículo 3º, que facultan para ser jueces municipales en interinidad, a quienes han terminado los cursos de la carrera de Derecho, pero que no han recibido el título de abogado, viola el artículo 158 de la Carta, según el cual para ser juez municipal es necesario ser abogado titulado.

El artículo 7º, al disponer que la elección de jueces municipales en interinidad se haga por períodos de un año, quebranta el citado artículo 158, ordinal 2º, de la Constitución, que fija en dos años el período de los jueces municipales.

El artículo 8º, en cuanto prescribe que en caso de no haber suficientes juzgados vacantes para nombrar en ellos a todos los estudiantes que cada año terminen los estudios de Derecho, podrán ser designados jueces de Instrucción aquellos que no puedan ser elegidos por esa causa, pugna al artículo 157 de la Constitución, según el cual para ser Juez de Instrucción Criminal, es indispensable ser abogado titulado.

El artículo 11 viola igualmente este último precepto, por cuanto permite que el nombramiento de Juez Municipal pueda recaer en "ciudadanos de conducta intachable", a falta de abogados titulados, de estudiantes que hayan concluido los cursos de Derecho y de abogados aceptados.

No aparece motivada en la demanda la acusación contra el artículo 6º, según el cual las Facultades de Derecho no podrán otorgar el título de abogado sin la comprobación de haber desempeñado el estudiante un juzgado municipal, por el término de un año.

Agrega el demandante que el "sistema de relevos no deja configurar la carrera judicial; y el nombramiento automático de los ciudadanos estudiantes, impide el concurso, o sistema de concursos", motivo por el cual quebranta el decreto el artículo 162 de la Carta. El artículo 6º fue suspendido por Decreto Legislativo número 3467 de 1954.

Consideraciones de la Sala:

Según el artículo 158 de la Constitución, para ser juez municipal, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado.

La misión de administrar justicia exige que los jueces reúnan en alto grado especiales calidades morales y mentales. No es menester traer a cuento los motivos por los cuales la sociedad civil ha prestado siempre particular atención a cuanto se relaciona con tan importante servicio, pero sí debe recordarse que donde se administra justicia rectamente, ya se ha sentado la primera base del bienestar humano, fin primordial del Estado. Las naciones y los gobiernos no han ahorrado esfuerzos en la búsqueda de sistemas que aseguren a los asociados una "pronta y cumplida justicia", como dice nuestra Carta, y entre nosotros se ha logrado afirmar avances y perfeccionamientos de innegable valor.

La Constitución de Colombia trae algunas normas encaminadas a ello, al imponer en los artículos 150 y siguientes determinadas condiciones para ser Juez.

Los artículos 150, 155, 157 y 158 exigen tres calidades básicas para ser investido Juez: ser colombiano de nacimiento, hallarse en ejercicio de la ciudadanía y ser abogado titulado, y otras condiciones, además, según el cargo, relativas a la edad y al ejercicio anterior de la Judicatura en puestos iguales e inferiores, menos cuando se trate de Jueces Municipales, a quienes bastan los referidos tres requisitos:

"Artículo 158.—Para ser Juez Municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado".

La razón fundamental de la acusación radica en los citados artículos 157 y 158 de la Carta, según los cuales se necesita tener el título de abogado para ser Juez Municipal o de Instrucción Criminal, norma contraria a los preceptos del

Decreto número 2064, que permite a quienes no sean abogados titulados, ser funcionarios de tales categorías, según dice el demandante.

Pero las disposiciones del Decreto acusadas de violar la Constitución, se refieren expresamente a funcionarios **interinos** (Jueces Municipales o de Instrucción), de manera que al autorizar para que sean designados quienes carezcan de título, comprende únicamente nombramientos interinos, no los en propiedad.

El señor Procurador General de la Nación considera que las normas constitucionales, cuando exigen determinados requisitos para ser Juez o Magistrado, no se refieren sino a los nombramientos en propiedad, porque el artículo 62 de la misma Carta faculta a la ley "para determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no prescritos en la Constitución".

El servicio público requiere fórmulas que garanticen su normal funcionamiento. De aquí que algunos cargos estén provistos de empleados principal y suplente, y que todos puedan servirse por empleados **interinos**, en el caso de que ni el principal, ni los suplentes, si los hubiere, puedan ponerse al frente del cargo. El artículo 149 de la Carta dispone que los Magistrados de la Corte tengan suplentes personales, y autoriza al Gobierno para nombrar magistrados interinos de la misma Corporación, y a los Gobernadores para designar los de los Tribunales Superiores, cuando las faltas de los principales no puedan ser llenadas por los suplentes.

Según el artículo 243 del C. P. y M. "la facultad de conferir empleos comprende la de proveerlos en propiedad o en interinidad", de manera que no existiendo, respecto de los jueces municipales una norma parecida a la del artículo 149 de la Carta, corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial nombrar los interinos, y así lo dispone el Decreto acusado respecto de aquellos a cuya designación provee.

El artículo 3º del Código de Procedimiento Civil establece en su inciso tercero que "los interinos no necesitan presentar comprobante alguno" para obtener confirmación de su nombramiento y tomar posesión del cargo. De modo que si el Juez nombrado interinamente no tiene que comprobar que es titulado, es porque puede serlo o no serlo, y al establecerlo así, la ley no contraría ninguna disposición de la Carta Fundamental, la cual señala los requisitos que deben reunir los funcionarios en propiedad pero no los relativos a los funcionarios interinos, de modo que el Decreto Legislativo acusado vino a llenar acertadamente ese vacío, al determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño del cargo, tratándose de jueces municipales o de instrucción interinos.

Al establecer el Decreto acusado que los ciudadanos que hayan terminado estudios de Derecho y los abogados aceptados pueden ejercer el cargo de Juez Municipal en interinidad (artículo 2º), cumple con el laudable propósito de formar personal idóneo para el desempeño de la judicatura, y consulta el patriótico afán del Gobierno Nacional porque en toda la República se administre rectamente pronta y cumplida justicia. Lo mismo al facultar a los Tribunales Superiores, según el artículo 1º, para proveer los Juzgados Municipales de cada Distrito Judicial "con ciudadanos de conducta intachable, elegidos por el voto unánime de los miembros de la corporación", cuando no fueren suficientes los abogados titulados, los ciudadanos que hubieren terminado sus estudios de Derecho y los abogados aceptados de que trata el artículo 2º.

Por las consideraciones hechas hay que concluir que ninguna de las normas acusadas infringe los preceptos de la Carta Constitucional.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, y de acuerdo con el Decreto Legislativo número 1762 de 1956, resuelve:

Son exequibles los artículos 2º, inciso b), 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, y 11 del Decreto Legislativo número 2064 de 1953 (agosto 5), por el cual se organiza la Judicatura Municipal.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y Justicia, y archívese el expediente.

Enrique Arboleda Durán — Daniel Anzola Escobar — Abelardo Gómez Naranjo — Juan Manuel Pacheco Padilla — Camilo Rincón Leal — Sergio Antonio Ramo — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Jorge García Merlano, Secretario.

LA INDEMNIZACION POR EXPROPIACION COMPRENDE EL VALOR DEL INMUEBLE Y EL DE LOS PERJUICIOS QUE SE HAYAN CAUSADO AL PROPIETARIO. — LA CORTE, AL CONOCER DE UNA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, TIENE FACULTAD PARA INTERPRETAR EL TEXTO LEGAL ACUSADO

1.—Del contenido y espíritu de los fallos de noviembre 4 de 1927, agosto 10 de 1954 y noviembre 15 de 1955 (G. J. XXXIV, 343, LXXVII, 328 y LXXXI, 574) de esta Corporación, se deduce que la doctrina es uniforme y permanente en el sentido de que la expropiación es una figura legal que implica, necesariamente a cargo de la entidad pública, una contraprestación, llamada "indemnización" por el artículo 30 de la Carta, equivalente al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrada por el valor del bien y del monto de los perjuicios que se causen al dueño. La equivalencia puede resultar del primer factor solamente, si ningún daño cierto distinto sufre el propietario. El único caso en que puede faltar la contraprestación o "indemnización" específica propia del traspaso forzoso del dominio, es el contemplado en el inciso último del precitado artículo 30.

Todo esto porque si sobre la enajenación forzosa, que ya implica una limitación del derecho de dominio y una restricción de la libertad humana aplicada a las cosas, se pudiese desconocer toda la pérdida patrimonial que la expropiación produzca al dueño, la utilidad pública y el interés social no contendrían una aspiración colectiva necesaria basada en la justicia.

2.—Esta Sala de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, estima que el artículo acusado no excluye de la indemnización los daños distintos del valor del inmueble y que sufra el titular como efecto necesario de la expropiación, esto es, no circunscribe la indemnización al valor del bien raíz.

Efectivamente: siendo así que el Decreto 852 de 1955 versa sobre avalúos catastrales y que el artículo 8º, al hablar del "valor máximo que podrán fijar los peritos", se refiere "al declarado por el propietario", no hay duda de que dicha disposición trata únicamente del valor de la cosa objeto de la expropiación.

Por imperativo de la lógica, si la disposición, para determinar el "valor máximo" se refiere al valor del inmueble declarado por el propietario, el hecho de no mencionar los perjuicios, no los hace desaparecer absorbidos por el "valor máximo" del bien, o excluídos de la "indemnización", ya que para trazar una regla sobre avalúo del inmueble no había para qué acudir a un elemento extraño a dicho valor, cual es, el de los daños y perjuicios.

3.—Si una disposición legal es interpretada en una forma y en tal virtud es acusada de inconstitucionalidad, concierne a la Corte, ante todo, indagar si tal es el significado que verdaderamente tiene el precepto acusado. Porque para saber si una ley quebranta la Constitución hay que averiguar, primeramente, qué es lo que dice o dispone.

Además, quien tiene la potestad de anular las leyes, tiene la prerrogativa de interpretarlas, pues de lo contrario, le sería imposible saber si están o no en pugna con la Constitución. De otro modo, la Corte no podría ejercer su función.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales— Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Riaño Lara)

El ciudadano Rafael María González en ejercicio de la acción popular establecida por el artículo 214 de la Constitución Nacional pide a la Corte, en escrito presentado el 24 de junio de 1955, que se declare inexequible el artículo 8º

del Decreto Legislativo número 852 de 22 de marzo de 1955, "por el cual se dictan normas sobre avalúos catastrales en el Distrito Especial de Bogotá".

Al libelo acompañó el actor, un ejemplar del Diario Oficial número 28.725 correspondiente al 5 de abril de 1955, en el cual aparece inserto el texto del acto acusado.

Aceptada la demanda y oído el señor Procurador General de la Nación, cuyo concepto se expondrá más adelante, la Corte entra a decidir sobre la acusación formulada, previas las siguientes consideraciones:

- I -

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 96 de 1936, la demanda de inexequibilidad debe contener, entre otros requisitos, el referente a la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales. Ese texto legal acusado aparece transcrito en el escrito en referencia y es el artículo 8v del Decreto Legislativo número 852 de 1955, que dice así:

"En los juicios de expropiación, el valor máximo que podrán fijar los peritos será el declarado por el propietario, salvo que por factores especiales se hubiere valorizado el inmueble respectivo con posterioridad a la última declaración hecha por el propietario. La existencia e incidencia de tales factores deberá ser demostrada por él propietario".

- II -

Texto constitucional infringido y razones por las cuales se considera violado dicho texto.

Estos requisitos se hallan puntualizados en la demanda, en la cual el actor dice lo siguiente:

"Al tenor del artículo 30 de la Carta la enajenación forzosa, o expropiación, de una propiedad por motivo de utilidad pública e interés social no puede realizarse sino mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"De manera, que para que proceda la expropiación, se requiere como condición previa que exista sentencia judicial e indemnización.

"El fenómeno jurídico de la indemnización, consiste en el resarcimiento de los perjuicios, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, al tenor del artículo 1.613 del Código Civil.

"Así las cosas al decretarse la expropiación de un inmueble, el Estado está en la obligación de indemnizar al propietario.

"El valor o cuantía de la indemnización se establece o regula por medio de peritos, en el correspondiente juicio de expropiación.

"El Decreto número 0852 de 1955 (marzo 22), por el cual se dictan normas sobre avalúos catastrales, se dictó para producir efectos únicamente en el territorio del Distrito Especial de Bogotá.

"Al decretar el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social, debe iniciar el correspondiente juicio de expropiación; y conforme a la norma establecida en el artículo octavo del Decreto número 0852, el valor máximo que podrán fijar los peritos al bien expropiado, será el declarado por el propietario.

"En estas condiciones se puede ver muy claramente que el mencionado artículo octavo es violatorio del artículo 30 de la Constitución, al no poder los peritos fijar el monto de la indemnización, sino el valor del inmueble, como queda dicho.

"En el concepto de indemnización, es bien sabido que el valor de la propiedad expropiada es uno de los varios elementos que entran en juego, para fijar el monto de tal indemnización.

"De manera que si el artículo octavo, que aquí se acusa, se aplica, los peritos no pueden fijar el monto de la indemnización, sino que se deben limitar únicamente a establecer el valor del inmueble expropiado, de acuerdo con la declaración que al respecto haga el propietario.

"Con base en lo expuesto, queda claramente establecido que el artículo octavo del Decreto 0852 es violatorio al artículo 30 de la Constitución Nacional, pues los peritos no pueden apreciar la indemnización que corresponde al propietario del inmueble expropiado, sino únicamente al valor del inmueble.

"Vigente el artículo octavo, en caso de expropiación, los propietarios de los inmuebles en el Distrito Especial de Bogotá, ya no tienen derecho a que se les pague la indemnización en la forma ordenada por la Constitución, sino únicamente el valor de la propiedad, quedando en estas circunstancias violado el mencionado artículo 30 de la Constitución Nacional.

"Lo jurídico es que se hubiera dicho que los peritos para fijar el monto de la indemnización debían tener en cuenta el valor del inmueble de

acuerdo con la declaración que al respecto hubiere hecho el propietario".

- III -

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador en su concepto de fondo se expresa en la forma que a continuación se expone:

"La Procuraduría General de la Nación está de acuerdo con el demandante en el concepto de que el valor de la propiedad expropiada es "uno de los varios elementos que entran en juego, para fijar el monto de la indemnización".

"Pero también considera que el artículo acusado no se refiere a que la única indemnización que podrá pagarse sería el valor del inmueble declarado por el propietario, sino a que el valor máximo, salvo el caso de valorización posterior, sería el declarado por el propietario, no pudiendo fijar los peritos una suma mayor, no por la indemnización total sino por uno de sus factores o sea el valor del inmueble. Esta es, en sentir de este despacho la intención clara del artículo demandado. En ninguna parte dice el artículo que el valor del inmueble equivale a la totalidad de la indemnización. Por consiguiente, al fijar el demandado el valor del inmueble, asume las consecuencias de su acto. Si para esquivar los impuestos legales o por otra razón lo avalúa muy bajo, los peritos no podrán avaluarlo en suma mayor. Si, por el contrario, por razones de lucro indebido le ha dado un avalúo exagerado, podrá reducirse a lo que sea justo. El artículo atacado, desde el punto de vista jurídico, legal y moral es inobjetable.

"Es el propietario mismo quien en cierta forma debe fijar el justo precio de su propiedad. Bien sabido es el aforismo de derecho universal: **Scienti et volenti non fit injuria.**

"En sentir de este despacho, con la adopción de la norma materia de la demanda, en ninguna manera se viola el principio constitucional de respeto a la propiedad y previa indemnización.

"Por lo tanto solicito declaréis que **es exequible** la disposición acusada".

- IV -

El texto legal acusado

De acuerdo con el texto de la petición, el demandante ha formulado su acusación contra el artículo 8º del Decreto Legislativo número 352 de 1955, por cuanto que según su apreciación, en este ordenamiento, se excluyen de la indemnización que debe pagarse al propietario, los daños y perjuicios que éste sufra con motivo de la enajenación de su derecho, como se observa de los términos de su escrito, por cuya razón considera que con tal medida se violó el artículo 30 de la Ley de Leyes y en consecuencia solicita la declaratoria de inexequibilidad de dicho artículo.

En seguida procede la Sala a estudiar esta importante cuestión, para resolver luego si el acto acusado es violatorio del artículo 30 de la Carta Fundamental, esto es, si el precepto mencionado infringe los derechos que la Constitución otorga a los ciudadanos, los cuales se hallan amparados en lo que se refiere a la acusación por el artículo 30 que a la letra dice:

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

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

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

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

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

- V -

La exclusión de los daños y perjuicios

Como se acaba de exponer, el demandante considera que el texto acusado suprime de la indemnización los daños y perjuicios que infiere la expropiación al propietario.

De acuerdo con el artículo 30 de la Carta, el interés privado debe ceder al interés general, de modo que por "motivos de utilidad pública o interés social", definidos por el legislador, el Estado puede expropiar el dominio privado.

De manera que al consagrar el constituyente

este ordenamiento como principio fundamental de organización social del Estado, está significando y ordenando por medio de dicha norma, que la expropiación se realice mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Esta exigencia de la sentencia judicial a que alude este postulado constitucional, está indicando claramente que la enajenación forzosa supone un trámite especial que el legislador denomina juicio de expropiación, el cual debe ventilarse en cumplimiento del precepto consagrado en el artículo 26 de la Constitución, en virtud del cual nadie puede 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. El otro requisito exigido por aquel texto, requiere o supone un justiprecio o estimación pericial de conformidad con las disposiciones legales que reglamentan lo relativo a la expropiación.

Esta indemnización debe ser previa y plena de acuerdo con los artículos 30 y 31 de la Carta. Luego prescribiendo el constituyente que la indemnización es plena, es lógico concluir que ésta se refiere a dos elementos esenciales que según la doctrina uniforme y reiterada de esta Corporación proferida en ejercicio de la atribución constitucional, como el régimen legal de la expropiación, constituyen las bases estructurales que configuran la reparación que tiene derecho a percibir por la privación de su propiedad el expropiado. Esos dos elementos son: el valor del inmueble expropiado y el perjuicio que por la expropiación se ocasione al sujeto activo del derecho.

Estas nociones se hallan consignadas en varios fallos sobre inconstitucionalidad de algunas normas legales, pronunciados por esta Alta Superioridad: son ellos en primer lugar, el de fecha 4 de noviembre de 1927, que decidió sobre la acusación presentada contra el artículo 2º de la Ley 84 de 1920, fallo cuya parte pertinente dice así: "Declara inexequible el segundo inciso del art. 2º de la ley 84 de 1920 en la parte que dice: "y los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de lo expropiado", y el último inciso o sea el quinto, del mismo artículo".

Por medio de este fallo la Corte resolvió en relación con la acusación propuesta contra el artículo 2º de la ley citada, lo siguiente:

"El inciso primero del artículo copiado no se halla en pugna con la Constitución. Lejos de ello, interpreta fielmente la doctrina antes expuesta, porque comprende en la indemnización no sólo el valor de la finca o de la parte de ella que se expropia, sino también el de los perjuicios que se causen al propietario con la venta forzosa, lo cual es acatar, tanto en la práctica como en la teoría, el derecho a la indemnización plena, que prescribe el artículo 31 de la Constitución". (XXXIV, 113. Subraya la Sala).

Posteriormente, la Corte en sentencia de fecha 10 de agosto de 1954, que puso fin a la demanda de inexequibilidad del Decreto Extraordinario número 2460 de 13 de octubre de 1952, en sus artículos 1º y 3º, dijo lo siguiente:

"La expropiación no es una especie de venta, pues no puede hablarse de este contrato cuando la forma que habría de revestir consistiría en vender una cosa que no deseamos o no necesitamos vender; antes por el contrario, el procedimiento expropiatorio nos obliga a ello forzosamente. En el contrato de compraventa, el comprador paga un precio, pero no daños y perjuicios por la entrega de la cosa que el vendedor le hace voluntariamente. Lo que se paga al expropiado no juega como precio de la cosa expropiada, sino como indemnización. Indemnizar es resarcir un daño o un perjuicio. Precio es el valor pecuniario en que se estima una cosa.

"El traspaso de la propiedad, mediante expropiación, no puede efectuarse sin previa indemnización, la cual ha de compensar todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado, en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado con la expropiación al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivo sufrido por él". (LXXVII, 323. Subraya la Sala).

Más adelante, la Corte refiriéndose a este tema tan importante reproduce en la misma sentencia el pensamiento de don Miguel Antonio Caro, quien se expresa en estos términos:

"Las leyes de expropiación o enajenación forzosa reconocen y acatan en cierto modo el derecho de propiedad como distinto del valor de la cosa que se expropia. El propietario, según estas leyes, sólo puede ser privado de su propiedad por causa de utilidad pública; pero ésta debe ser legalmente justificada, y el propietario ha de ser satisfecho, no sólo en el valor de la cosa, sino también de los daños que se le sigan. Y después de todo esto, la privación de la propiedad se con-

sidera como uno de los sacrificios que el Estado algunas veces exige a los ciudadanos. La expropiación resuelve un conflicto entre el interés privado y el público; acto grave y delicado, que la necesidad y la debida indemnización justifica y que no debe ejecutarse sin llenar todas las formas que protegen el derecho individual contra los abusos".

Por último esta Superioridad en fallo de 15 de noviembre de 1956 declaró la inexequibilidad del artículo 5º del Decreto número 2770 de 23 de octubre de 1953, por considerar que dicho ordenamiento, "viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que se concluye en forma evidente por el medio de tener como indemnizados a los propietarios, por la privación de sus tierras, con el beneficio que puedan derivar de la ocupación de las mismas"; así como "el artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y ello porque mediante el citado artículo 5º del Decreto se prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar". (LXXXI, 574 y 575).

Del contenido y espíritu de estos fallos se deduce que la doctrina es uniforme y permanente en el sentido de que la expropiación es una figura legal que implica, necesariamente a cargo de la entidad pública, una contraprestación, llamada "indemnización" por el artículo 30, equivalente al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrada por el valor del bien y del monto de los perjuicios que se causen al dueño. La equivalencia puede resultar del primer factor solamente, si ningún daño cierto distinto sufre el propietario. El único caso en que puede faltar la contraprestación, o "indemnización" específica propia del traspaso forzoso del dominio, es el contemplado en el inciso último del precitado artículo 30 en virtud del cual "el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara". Mas, fuera de este evento, tanto el valor del fundo, como los perjuicios que la expropiación reporte al dueño, constituyen la "indemnización" de que habla aquel texto.

En síntesis, que la indemnización comprenda tanto el valor del derecho que se expropia, como los perjuicios que se causen al propietario, es apenas norma de equidad elemental. Porque si sobre la enajenación forzosa, que ya implica una limitación del derecho de dominio y una restricción de la libertad humana aplicada a las cosas, se pudiese desconocer toda la pérdida patrimonial que la expropiación produzca al dueño, la utilidad pública y el interés social no contendrían una aspiración colectiva necesaria basada en la justicia.

Con base en estos antecedentes, la Corte entra a examinar si el precepto acusado viola las normas constitucionales. Veamos, pues, lo que dice el postulado citado:

"En los juicios de expropiación, el valor máximo que podrán fijar los peritos será el declarado por el propietario, salvo que por factores especiales se hubiese valorizado el inmueble respectivo con posterioridad a la última declaración hecha por el propietario".

Esta Sala de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, estima que el artículo acusado no excluye de la indemnización los daños distintos del valor del inmueble y que sufra el titular como efecto necesario de la expropiación, esto es, no circunscribe la indemnización al valor del bien raíz.

Efectivamente: siendo así que el Decreto versa sobre avalúos catastrales y que el artículo 8º, al hablar del "valor máximo que podrán fijar los peritos", se refiere "al declarado por el propietario", no hay duda de que dicha disposición trata únicamente del valor de la cosa objeto de la expropiación.

El haber guardado silencio sobre los daños, es decir, el no haber dispuesto el artículo que los peritos deben también avaluar aquéllos, no significa que éstos hubiesen quedado suprimidos de la "indemnización", compuesta, como se ha visto, de dos factores, de los cuales sólo uno de ellos —el valor del bien— contempla el texto acusado.

Por imperativo de la lógica, si la disposición, para determinar el "valor máximo" se refiere al valor del inmueble declarado por el propietario, el hecho de no mencionar los perjuicios, no los hace desaparecer absorbidos por el "valor máximo" del bien, o excluidos de la "indemnización", ya que para trazar una regla sobre avalúo del inmueble no había para qué acudir a un elemento extraño a dicho valor, cual es, el de los daños y perjuicios.

Este es el sentido que al respecto tiene el artículo 8º del Decreto número 852 de 1955. Tales

son su letra y su espíritu. Si una disposición legal es interpretada en una forma y en tal virtud es acusada de inconstitucionalidad, concierne a la Corte, ante todo, indagar si tal es el significado que verdaderamente tiene el precepto acusado. Porque para saber si una ley quebranta la Constitución hay que averiguar, primeramente, qué es lo que dice o dispone.

Además, quien tiene la potestad para anular las leyes, tiene la prerrogativa de interpretarlas, pues de lo contrario, le sería imposible saber si están o no en pugna con la Constitución. De otro modo la Corte no podría ejercer su función.

Por tanto, los factores del valor de la propiedad y de los daños siguen integrando el concepto de la plena indemnización que ordena el artículo 31 de la Constitución, el derecho común y la doctrina de la Corte sobre expropiación de la propiedad privada por causa de utilidad pública o interés social, y por consiguiente, no es el caso de pronunciar la inexequibilidad del texto citado en relación con el aspecto de la acusación.

Para terminar la Sala hace constar que en esta resolución se acogen varios argumentos del proyecto presentado por el anterior Magistrado Ponente doctor José J. Gómez, por considerarlos de importancia jurídica en la decisión del presente negocio.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y acorde con él,

RESUELVE:

Es exequible el artículo 8º del Decreto Legislativo número 852 de 22 de marzo de 1955, "por el cual se dictan normas sobre avalúos catastrales en el Distrito Especial de Bogotá".

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y comuníquese.

Enrique Arámbula Durán — **Daniel Anzola Escobar**—**Abelardo Gómez Naranjo**— Juan M. Pachón Padilla—**Camilo Rincón Lara**—**Sergio Antonio Iguano**—**Luis Sandoval Valcárcel**— **Domingo Sarasty**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

APLICACION DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO A LAS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD.—LA CORTE NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE DEMANDAS DE ESTA CLASE CONTRA ACTOS LEGISLATIVOS REFORMATORIOS DE LA CONSTITUCION NACIONAL.—LA CORRECCION DE LA DEMANDA Y LA ACUMULACION OBJETIVA DE ACCIONES DE INEXEQUIBILIDAD SON IMPROCEDENTES EN ESTA CLASE DE NEGOCIOS

1.—El procedimiento establecido por la ley 96 de 1936 y que debe seguir la Corte para resolver demandas de inexequibilidad, es autónomo, propio e independiente y sólo en casos excepcionales —como el relativo a casos de recusación o impedimento—, le son aplicables las normas generales del Código Judicial, en las que se encuentran las que permiten el recurso de reposición. Siendo así, en principio, o desde el punto de vista simplemente procesal no sería procedente la reposición solicitada.

2.—No tiene competencia la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad de Actos Legislativos por no habérsela otorgado la Carta, no por omisión del Constituyente, sino por razón de la jerarquía que domina el orden jurídico.

3.—La ley 96 de 1936 prohibe en su artículo 3º todo incidente distinto de los de impedimento y recusación, en la tramitación de las demandas de inexequibilidad.

Se denominan incidentes las cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso de un juicio y que requieren decisión especial. Es decir, es incidente lo ajeno al curso normal de un proceso.

El artículo 208 del C. J., referente a la corrección de la demanda, vistas las reglas de trámite de las solicitudes de inconstitucionalidad, no es aplicable a estos casos.

Y como no es procedente, jurídicamente hablando, la acumulación objetiva de acciones de inexequibilidad, en todos los casos, cuando se pretenda demandar diversos actos ante la Corte en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Carta, cada uno de los actos debe ser materia de demanda separada porque no median razones jurídicas que justifiquen la acumulación de acciones de esta naturaleza.

Estas dos consideraciones, la IMPOSIBILIDAD de corregir o adicionar la solicitud sobre inexequibilidad en la forma en que lo hace el demandante y la IMPROCEDENCIA de "acumulación objetiva" en demandas de inconstitucionalidad, hacen que la Corte, ante la imposibilidad de declarar la excepción de inepta demanda, se vea en la necesidad de rechazar de plano la demanda incoada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Se encuentra el presente negocio para decidir sobre la reposición propuesta por el señor Procurador General de la Nación contra el auto de fecha 7 de noviembre último, en virtud del cual se dispuso darle a dicho funcionario traslado de la demanda de inexequibilidad formulada por el ciudadano Germán Molina Callejas.

—

En el memorial de estas diligencias el doctor Molina Callejas pidió la declaratoria de ser inexequibles los "**Actos Legislativos** números 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 1954, emanados de la Asamblea Nacional Constituyente"; posteriormente, en nueva solicitud, adicionó y corrigió la anterior incluyendo en la acusación los Decretos Legislativos números 1724 de 2 de julio y 2331 de 9 de septiembre, ambos del año de 1953, corrección que dice hacer con base en el artículo 208 del Código Judicial, y a términos del mandato del 209 ibidem reglamentario de la "acumulación de acciones judiciales".

—

Para sustentar el recurso, el señor Procurador aduce las razones que en seguida se transcriben:

"Como es obvio, dice el señor Procurador, dimanando los Actos Legislativos acusados, de la

Asamblea Nacional Constituyente, supremo poder de la Nación, que puede cambiar inclusive su estructura jurídica, los actos de ella, emanados como Poder Constituyente no pueden ser susceptibles de ecuación ant: ninguno de los poderes constituídos. Sería ilógico que los poderes constituídos pudieran anular o declarar inexequibles actos del Poder Constituyente".

Y agrega: "Me permito llamar la atención de los Honorables Magistrados al hecho de que al mismo ciudadano Germán Molina Callejas, la Corte le había rechazado ya las demandas en lo que hace a los Actos Legislativos números 1 y 2 de 1954 en las providencias a que acabo de hacer referencia.

"Por lo que hace a la corrección de la demanda, el escrito en que dice hacerse tal cosa, en nada corrige ni modifica la primitivamente presentada, ella no es más que una nueva demanda que quiere acumularse a la anterior, no siendo ello posible por tratarse de actos específicamente diferentes y sin conexidad unos con otros y emanados de poderes distintos".

Consideraciones de la Corte

Cuando el Legislador, artículo 214 de la Constitución Nacional, confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Carta, le otorgó, para este fin, poderes distintos de la función jurisdiccional propia y característica de la Entidad. Numerosas han sido las providencias dictadas por la Corte en las que directa o indirectamente ha hecho referencia a la anterior afirmación; se destaca, entre otras, la que sostiene que "las sentencias que la Corte profiere sobre exequibilidad o inexequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Presidente como violatorios de la Constitución, no son propiamente sentencias ejecutoriadas en el sentido jurídico, puesto que no se dictan en controversia judicial; sino que revisten caracteres especiales que no permiten asimilarlas a las otras". Se subraya. (Jurisp. II, 2373, tomado del Código Administrativo de Carlos H. Pareja).

El procedimiento establecido por la ley 96 de 1936 y que debe seguir la Corte para resolver demandas de inexequibilidad, es autónomo, propio e independiente y sólo en casos excepcionales —como el relativo a casos de recusación o impedimento—, le son aplicables las normas generales del Código Judicial, en las que se encuentran las que permiten el recurso de reposición. Siendo así, en principio, o desde el punto de vista simplemente procesal no sería procedente la reposición solicitada: sin embargo, las razones anotadas en las providencias que transcribe la Procuraduría y las expuestas en el caso por este funcionario, conducen a la Sala a pronunciarse en favor de lo pedido, desechar la demanda, lo que debe hacerse por razón de la incompetencia de la Corte para conocer de demandas de "Inexequibilidad de Actos Legislativos".

Los proveídos en cita que se arojen en su integridad expresan:

"El señor Germán Molina Callejas, mayor y vecino de Ginebra (Valle) donde reside, invocando su calidad de ciudadano colombiano demanda ante la Corte la declaración de inexequibilidad de los Actos Legislativos número 1º de 18 de junio de 1953 y número 1º de 30 de julio de 1954.

"No obstante la índole especial de este procedimiento, la Corte debe examinar, como cualquier otro juez, antes de admitir una demanda, si es o no competente para conocer de ella: de lo contrario se expondría a dejar viciada su actuación desde el principio.

"Como se deduce de la mera lectura del escrito de demanda presentado personalmente el 13 de los corrientes en el Juzgado Municipal de Ginebra, domicilio del demandante, y también del memorial anexo que presentó ante el Juzgado el 24 de los mismos, recibido el primero en la Secretaría de la Corte el 17 de octubre corriente y el segundo el 27, es claro que lo que pretende la demanda es acusar por inexequibilidad unos actos del Poder Constituyente, comoquiera que ellos emanan de la Asamblea Nacional creada por el Acto Legislativo número 1º de 1952, a fin de enmendar el texto de la Carta, con aplicación del procedimiento indicado en el artículo 218 de la misma.

"El artículo 214 de la Constitución, y al cual se acoge la demanda del señor Molina Callejas establece de manera muy clara que los actos acusables ante la Corte, en acción de inexequibilidad, son los siguientes:

"1º—Los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales;

"2º — Cualquiera de las leyes dictadas por el Congreso, y

"3º—Cualquiera de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 121 de la Constitución.

"Según esto la competencia de la Corte para decidir sobre la exequibilidad de los actos acusados, está limitada y definida, en razón de la materia de que pueda conocer, a los actos de que se habla.

"No conoce la Corte ni tiene competencia para decidir de las acusaciones que se presenten contra los artículos de la misma Carta, o contra las enmiendas que le introduzca el poder constituyente. La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del poder constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituídos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho; la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla.

"Siendo así que la Constitución no podía darle, como no le ha dado, a ninguno de los poderes constituídos —Legislativo, Ejecutivo y Judicial, últimamente designados con el carácter de ramas del poder público—, la facultad para revisar aquellos actos, luego la Corte carece de competencia para conocer de acusaciones como la propuesta por el señor Molina Callejas.

"El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, designaba los proyectos de ley llamándolos defectuosamente actos legislativos (con minúscula), ello quizá hubiera dado lugar a que se pensara, ateniéndose al tenor literal de esa designación defectuosa, que la Corte hubiera recibido poder para decidir acerca de la inexequibilidad de tales actos, sin embargo a nadie se le ocurrió sostener semejante cosa: pero con la reforma del artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que le da contenido al 214 de la codificación oficial de nuestra Carta, se eliminó toda duda al respecto, si alguna hubiera surgido.

"No siendo, pues, ni un proyecto de ley tildado de inexequible por el Gobierno, ni una ley expedida por el Congreso, ni un decreto de los que puede dictar el Gobierno conforme a las atribuciones de los textos constitucionales citados en el artículo 214 de la Carta, el objeto o materia de la demanda del ciudadano Germán Molina Callejas, la Corte no tiene jurisdicción para conocer de ella, porque escapa a la esfera de sus atribuciones, y, en consecuencia la demanda debe rechazarse de plano, so pena de adelantar, a sabiendas, actuaciones viciadas de nulidad. Por lo expuesto, se resuelve:

"Recházase de plano la demanda del señor Germán Molina Callejas en que acusa como inconstitucionales los actos legislativos número 1º de 18 de junio de 1953, y número 1º de 30 de julio de 1954.

"Ejecutoriada esta providencia ....." (Providencia de fecha 28 de octubre de 1955. GACETA JUDICIAL número 2159).

Y la de fecha 30 de enero de 1956, expresa:

"El ciudadano don Germán Molina Callejas, en escrito fechado el doce (12) del mes en curso y presentado en el Municipio de Ginebra (V.) se dirige a la Corte acusando de inconstitucionales las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo número 2 de 1954 emanado de la Asamblea Nacional Constituyente; estima el peticionario que tales preceptos chocan con las ordenaciones del Acto Legislativo número 2º de 1952.

"En las demandas de inexequibilidad, como en cualquier otro negocio sometido a la jurisdicción, es deber del fallador indagar previamente si es competente para conocer, porque la competencia 'que es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer en un determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República', está señalada en las disposiciones que precisan la órbita dentro de la cual pueden moverse los Jueces. No se puede entrar a fallar definitivamente un negocio, ni siquiera poner en movimiento los mecanismos procesales si aparece de manifiesto la incompetencia, tanto más si ésta se deduce de la naturaleza misma de la acción que se ejercita.

"En el caso presente, la competencia de la Corte como guardiana de la integridad de la Constitución está específicamente determinada por el artículo 214 de la Carta; en consecuencia, no puede entrar a conocer sino las demandas de inexequibilidad que se presenten contra los proyectos, leyes o Decretos allí previstos...".

Ahora bien, no teniendo competencia la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad de Actos Legislativos por no habérsela otorgado la Carta, no por omisión del Constituyente, sino por razón de la jerarquía que domina el orden jurídico, como lo anota el señor Procurador, procede la reposición pedida, ya que el solo traslado a este funcionario implica, en principio, el conocimiento de la petición.

En lo atañedero a la nominada "corrección de la demanda", son pertinentes estas breves consideraciones:

La ley 96 de 1936 estatuye en su artículo 3º que

"en la tramitación de los asuntos a que se refiere el artículo 30 del Código Judicial no habrá más incidentes que los impedimentos y recusaciones".

Se denominan incidentes las cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso de un juicio y que requieren decisión especial. Es decir, es incidente lo ajeno al curso normal de un proceso.

El artículo 208 del Código Judicial, referente a la corrección de la demanda, vistas las reglas de trámite de las solicitudes de inconstitucionalidad, no es aplicable en estos casos.

Y como no es procedente, jurídicamente hablando, la acumulación objetiva de acciones de inexequibilidad, en todos los casos, cuando se pretenda demandar diversos actos ante la Corte en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Carta, cada uno de los actos debe ser materia de demanda separada porque no median razones jurídicas que justifiquen la acumulación de acciones de esta naturaleza.

Estas dos consideraciones, la imposibilidad de corregir o adicionar la solicitud sobre inexequibilidad en la forma en que lo hace el demandante y la improcedencia de "acumulación objetiva" en demandas de inconstitucionalidad, hacen que la Corte, ante la imposibilidad de declarar la excepción de inepta demanda, se vea en la necesidad de rechazar de plano la demanda incoada, accediendo así al pedido del señor Procurador.

No siendo procedente la acusación "por vía de inexequibilidad" de las normas constitucionales, ni posible la pretendida acumulación formulada en el escrito presentado por el doctor Molina, deberá accederse a la reposición solicitada, para disponer el rechazo de la demanda que equivocadamente se dio en traslado al Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales, por conducto del Magistrado actuante,

RESUELVE:

1º— Repónese el auto de fecha siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, en virtud del cual se dispuso dar traslado de la solicitud de inexequibilidad formulado por el doctor Germán Molina Callejas al señor Procurador General de la Nación.

2º—En consecuencia recházase de plano la demanda del citado doctor en cuanto por ella se acusen de inconstitucionalidad los Actos Legislativos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 1954 de la Asamblea Nacional Constituyente.

3º—Por las razones anotadas en la parte motiva, recházase también de plano la corrección de la demanda, relativa a la acusación de los Decretos Legislativos números 1724 de 2 de julio y 2331 de 9 de septiembre, ambos de 1953.

4º—Ejecutoriada esta providencia insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Daniel Anzola Escobar—**Jorge Garcés Marlano**, Secretario.

EL CONGRESO NO PUEDE DECRETAR AUXILIOS, EMPRENDER OBRAS PUBLICAS O DESTINAR SUMAS DE DINERO CON DESTINO A EMPRESAS UTILES O BENEFICAS, SIN SUJECION A LA LEY GENERAL QUE DETERMINA LOS PLANES Y PROGRAMAS A SEGUIR Y LOS REQUISITOS A QUE DEBE SOMETERSE LA OBRA O EL GASTO

1.—En sentencia de Sala Plena de la Corte de diciembre 14 de 1945 (G. J. 2025, pág. 645), quedó plenamente establecido que la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos debe operarse con sujeción a los planes y programas acordados por una ley anterior de planeación, sin que le sea dable al Congreso proceder a decretar auxilios o emprender obras públicas, en cada caso, sin tener en cuenta la correspondiente ley que determine las condiciones y requisitos necesarios para que se particularice el gasto.

Como lo anota el proveído, no es que en nuestra organización jurídica existan leyes de diversa jerarquía, sino que los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional guardan una íntima conexión, en forma tal que, cuando se decreta un gasto concreto sin sujeción a la ley general que determina los planes y programas, no se está violando esa norma jerárquicamente igual a la primera, sino que se contraría la Constitución misma.

En materia de auxilios a los municipios que sufran calamidades públicas, la ley general que determina el plan que debe seguirse y los requisitos para que el Congreso decrete el auxilio, es la 82 de 1945.

2.—La ley 71 de 1946, dictada en desarrollo del num. 20, artículo 76 C. N., determina los planes y programas a seguir para el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, entre las cuales se encuentran la construcción, ensanche y sostenimiento de hospitales, clínicas, reformatorios y casas de salud y beneficencia. La misma ley determina las condiciones que deben reunirse para que se proceda a la construcción de esta clase de obras. Sin que se cumplan esos requisitos no es posible que el Congreso Nacional decrete un gasto con tal fin, sin que se viole, en esta forma, el artículo 76 de la Constitución Nacional (numeral 20).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales. — Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Por la Presidencia de la República, con objeciones de inconstitucionalidad, declaradas infundadas por el Congreso Nacional, fue remitido a esta Corporación el proyecto de ley "por la cual se dictan medidas tendientes a mitigar los efectos de las calamidades públicas ocurridas en los Municipios de Cajamarca, Ibagué, San Antonio (Tolima) y Nariño (Cundinamarca).

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Asuntos Constitucionales, procede a resolver en definitiva sobre la inexequibilidad del dicho proyecto, prévias las consideraciones que siguen.

Las objeciones

El pliego de objeciones dice así:

"**Presidencia de la República**—Bogotá, 24 de diciembre de 1948—Honorables Senadores y Representantes.—Ha venido para la sanción ejecutiva el proyecto de ley "por la cual se dictan medidas tendientes a mitigar los efectos de las calamidades ocurridas en los Municipios de Cajamarca, Ibagué, San Antonio (Tolima) y Nariño (Cundinamarca)" ...Por medio del artículo 1º del proyecto se establece que la Nación cooperará a mitigar los efectos causados por las calamidades sufridas en los municipios de Cajamarca, Ibagué, San Antonio (Tolima) y Nariño (Cundinamarca), con la cantidad de $ 500.000.00 conforme a la distribución que se determina en el artículo 2º del mismo pro-

yecto. Según el artículo 5º el auxilio para el municipio de San Antonio con destino a la construcción de malecones y demás obras de arte para contener las avenidas del río Cucuana será pagado directamente al Tesorero del Municipio y por medio del artículo cuarto, se crean las Juntas de Damnificados que habrán de hacer la distribución del auxilio respectivo. En desarrollo del artículo 76 de la Constitución Nacional, el Congreso dictó la ley 62 de 1945 por medio de la cual se fija el plan de auxilios a los municipios que sufran incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas, la cual estableció las condiciones que han de reunirse para que el Congreso pueda decretar los auxilios destinados a mitigar los efectos de aquellas calamidades e indemnizar en todo o en parte a los damnificados que carezcan de lo necesario para su subsistencia y a los propios municipios. El Ordinal c) de la citada ley de Planificación establece que las construcciones o reparaciones y las campañas sanitarias se hagan directamente por el Gobierno Nacional. Siendo así que el artículo 4º del Proyecto crea Juntas Especiales para distribuir el auxilio y habiéndose dictado la ley 62 de 1945 en desarrollo del artículo 76 de la Carta y no habiéndose llenado las exigencias de la misma ley con respecto a las poblaciones de Nariño y San Antonio, ha de concluirse que las disposiciones citadas del proyecto infringen el mandato constitucional, y por este motivo nos permitimos devolver sin la sanción ejecutiva, dicho proyecto. Honorables Senadores y Representantes. (Fdo.) Mariano Ospina Pérez.—El Ministro de Obras Públicas (fdo.) Luis Ignacio Andrade".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador General de la Nación al descorrer el traslado, emite los siguientes conceptos:

"La primera ley dictada por el Congreso en desarrollo y cumplimiento de los numerales 1º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, según los cuales el legislador debe someterse en cuanto a las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse y en cuanto al fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, a los planes y programas que fijan las leyes respectivas fue la 62 de 1945 "por medio de la cual se fija el plan de auxilio a los Municipios que sufran incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas". Es verdad, como lo observa el señor Presidente de la República, que el numeral c) de dicha ley dispone que las construcciones o reparaciones y las campañas sanitarias se harán directamente por el Gobierno Nacional y es cierto que el artículo 5º del proyecto objetado ordena entregar el auxilio destinado al Municipio de San Antonio, para la construcción de malecones y demás obras que impidan las inundaciones del río "Cucuana", al Tesorero Municipal y que las inversiones sean vigiladas por la Junta de Damnificados, "de que trata el artículo anterior". En consecuencia, me parece indudable que la objeción es fundada, en cuanto al artículo 5º.

"No pienso lo mismo respecto al auxilio para el Municipio de Nariño, ya que allí no habrán de construirse o repararse obras públicas, sino si fuere necesario— obras particulares, en las mismas condiciones y circunstancias de los Municipios de Ibagué y Cajamarca, respecto de los cuales el señor Presidente no presentó objeción alguna.

"En consecuencia, concepúo que debería declarar inexequible solamente el artículo 5º del proyecto".

Consideraciones de la Sala:

En sentencia de fecha 14 de diciembre de 1945 (G. J. número 2026, pág. 645), la Corte, en Sala Plena, al declarar la inexequibilidad de un proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, expresó: "Si se consideran los numerales del artículo 76 conexos con el numeral 4º, no puede entenderse que en ese artículo se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 1º le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera de conformidad con los planes y programas que fijen las leyes respectivas. Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, tiene el Congreso, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando

la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación.

"Aunque no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provée a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, es incuestionable que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución exige para legislar en materia de obras públicas. No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias a la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptados también en planes y programas".

En la anterior sentencia de la Corte, quedó plenamente establecido que la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos debe operarse con sujeción a los planes y programas acordados por la ley anterior; sin que le sea dable al Congreso proceder a decretar auxilios o emprender obras públicas, en cada caso, sin tener en cuenta la correspondiente ley que determine las condiciones y requisitos necesarios para que se particularice el gasto.

Como lo anota el proveído, no es que en nuestra organización jurídica existan leyes de diversa jerarquía, sino que los numerales 4º, 19º y 20º del artículo 76 guardan una íntima conexión, en forma tal que, cuando se decreta un gasto concreto sin sujeción a la ley general que determina los planes y programas, no se está violando esa norma jerárquicamente igual a la primera, sino que se contraría la Constitución misma.

Ahora bien, la ley 52 de 1945, que sirvió de base al Congreso Nacional para votar favorablemente el proyecto de auxilio a los municipios de Ibagué, Cajamarca, San Antonio (Tolima) y Nariño (Cundinamarca), determina en general el plan a seguir para mitigar las calamidades públicas, mediante dos actividades distintas, a saber: a) por medio del fomento o construcción de obras necesarias; b) por medio de la indemnización total o parcial a los damnificados que carezcan de lo necesario para su subsistencia, o a los propios municipios.

La misma ley en cita señala los requisitos para que el Congreso proceda de conformidad, requisitos que son iguales en los dos casos dichos, salvo en lo relativo a que, en tratándose de construcción de obras, reparaciones y campañas sanitarias, es al Gobierno Nacional a quien directamente toca acometerlas (ordinal c) artículo 1º).

Los mandatos del proyecto de ley objetado hacen referencia a indemnizaciones con respecto a los municipios de Ibagué, Cajamarca y Nariño; y a construcciones de obras en el Municipio de San Antonio (Tolima).

Como bien lo expresa el señor Procurador General de la Nación, en lo tocante a las indemnizaciones decretadas para los tres municipios dichos, el proyecto de ley se ajusta a la Constitución (artículo 76) ya que en él se cumplen las condiciones y requisitos previstos por la ley 52 de 1945 que señala los planes y programas.

Mas en lo que hace relación al Municipio de San Antonio (Tolima) y concretamente en cuanto al artículo 5º del proyecto, la violación del artículo 76 de la Constitución Nacional es clara, ya que en dicho artículo se dispone que la suma destinada a construcción de malecones y demás obras que impidan las inundaciones por el desbordamiento del río "Cucuana", sea entregada directamente al Tesorero Municipal y que la inversión sea vigilada por la Junta de Damnificados de que trata el artículo 4º; desconociendo, en esta forma,

el mandato de la ley que fija los planes y programas al respecto, en la cual se encomiendan estas funciones, exclusivamente al Gobierno Nacional.

Refiriéndose dicho artículo a la construcción de obras de carácter concreto y no sujetándose a la ley de "planes y programas" (ley 53 de 1945), la Corte debe declarar la inexequibilidad de tal disposición por ser violatoria de los numerales 4º y 19º del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Con base en las mismas consideraciones hechas respecto al artículo 5º del proyecto, la Corte encuentra que el artículo 7º del mismo, en cuanto por él se dispone que si la junta creada por el artículo 2º que funcionará en Ibagué, al hacer la distribución del auxilio "encontrare o liquidare algún saldo sobrante de lo destinado por el ordinal a), del artículo 2º de esta ley, lo invertirá la misma junta en las construcciones del Asilo de Ancianos de la ciudad de Ibagué", es inconstitucional por contrario al artículo 76 de la Carta en su numeral 20.

En efecto, la ley 71 de 1946, dictada en desarrollo del numeral 20 mencionado, determina los planes y programas a seguir para el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, entre las cuales se encuentran la construcción, ensanche y sostenimiento de hospitales, clínicas, reformatorios y casas de salud y beneficencia. La misma ley determina las condiciones que deben reunirse para que se proceda a la construcción de esta clase de obras. Sin que se cumplan esos requisitos no es posible que el Congreso Nacional decrete un gasto con tal fin, sin que se viole, en esta forma, el art. 76 de la Constitución Nacional (numeral 20).

Como el artículo 7º del proyecto de ley en la parte dicha no se sujeta a la ley de desarrollo del numeral 20 de la norma constitucional prenombrada, es inexequible y así debe declararlo la Corte.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales (Decreto Legislativo número 1762 de 1956), en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, DECLARA INEXEQUIBLES, el artículo 5º y el artículo 7º del proyecto de ley "por la cual se dictan medidas tendientes a mitigar los efectos de las calamidades ocurridas en los Municipios de Cajamarca, Ibagué, San Antonio (Tolima) y Nariño (Cundinamarca)"; el quinto en su integridad y el séptimo en cuanto ordena destinar el saldo sobrante del auxilio concedido a los damnificados de la ciudad de Ibagué para la construcción del "Asilo de Ancianos de la ciudad de Ibagué".

Publíquese, notifíquese y devuélvase a la Presidencia de la República dejando las respectivas constancias.

Enrique Arámbula Durán — **Daniel Arzola Escobar** — **Abelardo Gómez Naranjo** — **Juan M. Pacheco Padilla** — **Camilo Rincón Lara** — **Sergio Antonio Ruano** — **Luis Sandoval Valcárcel**—**Domingo Sarasty M.** — **Manuel Eduardo Escobar**, Of. Mayor.

NO ES INEXEQUIBLE LA DISPOSICION QUE MODIFICA LOS CIRCUITOS JUDICIALES SIN MODIFICAR LA DIVISION POLITICA DEL RESPECTIVO DEPARTAMENTO NI EL DISTRITO JUDICIAL DEL MISMO. — SUSPENSION DE LEYES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN ESTADO DE SITIO

1.—El no haber llenado alguno de los requisitos indicados en la ley, no es motivo constitucional para declarar la inexequibilidad del Decreto acusado, porque entonces se privaría al Presidente de la República de la facultad que le otorga la Constitución misma, de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, y se le impediría tomar las medidas que estime convenientes y oportunas para el restablecimiento de la normalidad.

2.—La elección de las medidas encaminadas al restablecimiento del orden público es de la privativa competencia del Presidente de la República, conforme al artículo 121 de la Carta. En esta materia sus atribuciones de poder son mayores que las del propio Congreso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales.— Bogotá, dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

El abogado doctor José Chalela, obrando como apoderado de los señores Rafael Borrero B., Carlos A. Gutiérrez F., Liborio Falla F., Leonidas Osorio y José B. Gerardino, propuso demanda con fecha 25 de noviembre de 1954, para que se declare la inexequibilidad de los artículos 2º y 4º del Decreto Legislativo número 2231 del 22 de julio de 1954, "por el cual se restablece el Circuito Judicial de La Plata y se suprime el de Gigante, en el Distrito Judicial de Neiva, en el Departamento del Huila, y se dictan otras disposiciones".

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación, rindió su concepto en el cual solicita que se declaren exequibles las disposiciones legales acusadas.

El abogado demandante no acompañó el ejemplar autenticado que anuncia del Diario Oficial, en el cual fue publicado el Decreto acusado. Cumplió sí con el deber de transcribir los artículos pertinentes, que dicen así:

"Artículo 2º. Suprímese el Circuito Judicial de Gigante, en el mismo Distrito Judicial, y se agrega este municipio al Circuito de Garzón, y los municipios de Hobo, Yaguará y Algeciras al Circuito de Neiva".

"Artículo 4º—Suprímese, igualmente la Oficina de Registro de instrumentos públicos del Distrito Judicial de Gigante. El archivo pasará a las registradurías de Garzón y Neiva, teniendo en cuenta las poblaciones que se agregan a esos Circuitos Judiciales".

El artículo 1º del mismo Decreto, el cual no está acusado, dice:

"Artículo 1º—Restablécese el Circuito Judicial de La Plata, en el Distrito Judicial de Neiva, integrado por los Municipios de La Plata, que será su cabecera; Paicol y Carnicerías".

El demandante señala como disposiciones violadas los artículos 7º, 76 en su ordinal 9º, 80 y 121 de la Constitución Nacional.

El artículo 7º establece lo siguiente:

"Fuera de la división general del territorio habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público.

"Las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar y la instrucción pública podrán no coincidir con la división general".

El artículo 76 de la Carta dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes. "Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

".....

"9ª—Modificar la división general del territorio, con arreglo al artículo 5º de esta Constitución; establecer y reformar cuando convenga, las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 7º; y fijar las bases y condiciones para la creación de Municipios...".

Consideraciones de la Sala

Por medio del Decreto acusado se suprimió el Circuito Judicial de Gigante, en el Distrito Judicial de Neiva, y en cambio, se restableció el Circuito Judicial de La Plata, en el mismo Distrito Judicial: de modo que no se alteró la división territorial general ni la división judicial especial: solamente se cambió la cabecera de un Circuito Judicial, pasándola a otro lugar, y se agregaron unos municipios a los Circuitos de Garzón y Neiva, todo dentro del mismo Distrito Judicial.

Por lo tanto, los artículos acusados no violan en manera alguna el artículo 7º ni el ordinal 5º del artículo 76 de la Carta, puesto que los cambios se hicieron dentro de los límites del Departamento del Huila, sin que comprendan territorios ajenos a él, y dentro del mismo Distrito Judicial, o sea el de Neiva.

Alega el demandante que las disposiciones acusadas violan el artículo 121 de la Constitución, porque la supresión del Circuito Judicial de Gigante, implica la derogatoria de la Ley 73 de 1917. Sin duda se refiere al artículo 7º de esta Ley, que estableció algunos requisitos para la creación de nuevos Tribunales de Distrito y de jueces de Circuito Judicial.

El no haber llenado alguno de los requisitos indicados en la Ley, no es motivo constitucional para declarar la inexequibilidad del Decreto acusado, porque entonces se privaría al Presidente de la República de la facultad que le otorga la Constitución misma, de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, y se le impediría tomar las medidas que estime convenientes y oportunas para el restablecimiento de la normalidad.

Existen muchos casos en que por interés general o a causa de necesidad manifiesta y urgente, no se estime indispensable la concurrencia de ciertos requisitos, como los señalados por el artículo 7º de la Ley 73 de 1917, suspendidos por excepción en el presente caso por motivos de conveniencia con respecto a una especial situación que sólo al señor Presidente de la República corresponde calificar.

Al expedir el Decreto acusado el Gobierno no hizo otra cosa que poner en vigencia un proyecto de Ley que fue aprobado en todos sus debates por el H. Senado de la República y que no alcanzó a serlo por la H. Cámara de Representantes por haber entrado en receso la corporación a fines de 1952.

El señor Procurador General de la Nación tuvo el cuidado de acompañar a su concepto los ejemplares debidamente autenticados de los Anales del Congreso, en donde se encuentran los antecedentes del proyecto de ley mencionado.

En las ponencias respectivas se lee lo siguiente:

"El Circuito Judicial de Gigante, que se suprime, tiene su cabecera en el extremo sur del Huila, con Municipios que lo integran —Paicol, Carnicerías, Hobo, Yaguará y Algeciras— a mucha distancia de aquélla, por lo cual se hace necesario reintegrar algunos de éstos a sus antiguos Circuitos de origen. Sus habitantes tienen que pasar por Neiva, los del Municipio de Yaguará, por ejemplo, para ir a Gigante a recibir notificaciones judiciales.

"Lo propio puede decirse de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ese Circuito, que debe suprimirse por las mismas razones. En consecuencia, los Municipios que integran el Circuito Judicial de Gigante deben reintegrarse, tanto en lo judicial como en lo referente a Registros de Instrumentos Públicos, para que tales servicios se presten eficiente y oportunamente, al Circuito de La Plata".

Por otra parte, el demandante acompañó certificaciones tendientes a demostrar que el Municipio de Gigante se había mantenido tranquilo, sin que ocurrieran perturbaciones de orden público, al paso que el de La Plata fue alcanzado por la ola siniestra de violencia. Esto, lejos de constituir un argumento en contra del Decreto acusado, pone de manifiesto la razón que tuvo el Gobierno al declarar en el considerando del Decreto que "toda medida relacionada con la mejor administración de justicia contribuye al restablecimiento de la normalidad", y demuestra plenamente su conveniencia, porque precisamente por haberse producido en la zona del Circuito creado perturbaciones de orden público se hacía necesaria e indispensable la presencia de las autoridades, sobre todo de las encargadas de administrar justicia.

El demandante alega también la disposición contenida en el artículo 80, ordinal 2º de la Carta, según el cual las leyes que modifiquen o reformen la división general del territorio y las otras divisiones territoriales, deben ser objeto de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una u otra Cámara, o presentados por los Ministros del Despacho.

Como ya se vio, en el presente caso no se trata de modificar la división judicial especial, sino de cambiar la cabecera de un Circuito judicial, pasándola a otro Municipio, por razones muy notorias de conveniencia, para lo cual el Gobierno en estado de sitio tiene amplias facultades constitucionales. La elección de las medidas encaminadas al restablecimiento del orden público es de la privativa competencia del señor Presidente de la República, conforme al artículo 121 de la Carta. En esta materia sus atribuciones de poder son mayores que las del propio Congreso.

RESOLUCION

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, y de acuerdo con el Decreto Legislativo número 1762 de 1956, RESUELVE:

Son exequibles los artículos 2º y 4º del Decreto Legislativo número 2231 de 22 de julio de 1954.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y Justicia, y archívese el expediente.

Enrique Arámbula Durán — **Daniel Anzola Escobar** — **Abelardo Gómez Naranjo** — **Juan Manuel Pachón Padilla** — **Camilo Rincón Lara** — **Sergio Antonio Ruano** — **Luis Sandoval Valcárcel** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Manuel E. Escobar M.**, Ofl. Mayor.

SALA DE CASACION CIVIL

INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS CONTENIDAS EN UN CONTRATO DE CAPITALIZACION. — ERROR DE HECHO

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas V.)

La Corte Suprema de Justicia entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha quince de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictada por el H. Tribunal de Bogotá, en el juicio ordinario que Luis Carlos Iglesias promovió contra "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar".

Antecedentes

El doctor Gonzalo Vargas Rubiano, en su condición de apoderado del señor Luis Carlos Iglesias, vecino de Santa Marta, presentó ante el señor juez del circuito de Bogotá, demanda contra la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar" y diciendo que la entidad demandada estaba representada por su Gerente señor Enrique Cortés R., pidió al juzgado que "sea condenada la mencionada entidad a pagarle a mi mandante la cantidad de diez mil pesos moneda corriente ($ 10.000.00), valor del Título de Ahorro número 0417, Grupo C., Serie 50, expedido el 1º de agosto de 1950, título que resultó favorecido en el sorteo correspondiente al mes de agosto de 1951, más los intereses corrientes de dicha suma desde la mencionada fecha hasta el día en que el pago se realice, más la cantidad que resulte acreditada en el juicio por concepto de los perjuicios materiales y morales padecidos por el señor Iglesias en virtud del incumplimiento de la Compañía, y las costas, si hubiere oposición".

Presentó como fundamentos de hecho, los siguientes:

"Primero.—Mi poderdante, el señor Luis Carlos Iglesias, contrató en Santa Marta con la 'Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar' el día primero de agosto de mil novecientos cincuenta, el Título de Ahorro número 0417, Grupo C, Serie 50, por un valor nominal de diez mil pesos ($ 10.000.00).

"Segundo.—De dicho contrato hace parte integrante la cláusula segunda, por medio de la cual la sociedad se obliga a verificar un sorteo mensual de amortización anticipada para el grupo y serie a que pertenece el título, y que, 'cuando el número del presente título sea favorecido en uno de los sorteos mensuales, el valor nominal será pagadero inmediatamente al propietario y el título quedará cancelado, siempre que todas las cuotas con fecha de vencimiento anterior al del sorteo hayan sido totalmente pagadas a más tardar el día 1º del mes en el cual resulte favorecido'.

"Tercero—La cláusula anteriormente transcrita, en cuanto a la obligación para el suscriptor de verificar el pago de la cuota correspondiente 'a más tardar el día 1º del mes en el cual resulte favorecido', fue modificada posteriormente en el sentido de ampliar dicho plazo hasta el día cinco (5) del mes en que el sorteo se verificara, y de la mencionada modificación dan fe los recibos de los pagos mensuales dados al suscriptor del título, los cuales aparece inmediatamente después de la fecha del pago siguiente cláusula textual: 'Si fuere posterior al cinco del mes que se indica arriba, no participará en el sorteo de dicho mes'.

"Cuarto No obstante que en el título de ahorro aparece, en la parte final como Nota importante que la sociedad no tiene cobradores, es lo cierto que en Santa Marta, la Agencia de la Compañía, representada por el señor Mario Camilo Olivella, sí tenía un cobrador autorizado para re-

cibir, que lo fue en los últimos meses precedentes a agosto de 1951, el señor Pablo Mier.

"Quinto.—El Agente de la Compañía en Santa Marta, señor Mario Camilo Olivella, era al mismo tiempo Contador de la Aduana de Santa Marta, donde tenía que trabajar ocho horas diarias además de horas extras, y simultáneamente también era Gerente o Administrador de la Asociación Cooperativa de Empleados del Magdalena, circunstancia por la cual era indispensable la presencia o existencia del cobrador.

"Sexto.—El señor Iglesias, como todos o la mayoría de los suscriptores de títulos de ahorro, paguba sus cuotas mensuales al cobrador de la Compañía, quien para tal fin buscaba a los clientes en sus casas de habitación, oficinas, almacenes o sitios de trabajo e inclusive por la calle, percibía las cuotas y entregaba los recibos correspondientes que portaba consigo.

"Séptimo.—Como precisamente el 5 de agosto de 1951, fecha del vencimiento de la cuota de julio, cayese en la cuenta el señor Iglesias que no había sido visitado por el cobrador, señor Pablo Mier, se dio a la tarea de buscarlo e inquiriendo por él con otras personas o suscriptores, se informó que el señor Mier estaba enfermo desde hacía varios días. Entonces se encaminó el señor Iglesias a las oficinas de la Cooperativa de Empleados del Magdalena gerenciada por el señor Olivella —el mismo agente de la Compañía— y donde se despachaban y atendían los negocios de ésta, y por no estar presente el señor Olivella, entregó Iglesias a una de las empleadas el cheque número 41-W1-23631, de fecha de ese mismo día 5 de agosto de 1951, por valor de noventa y un pesos con cincuenta centavos ($ 91.50), a favor de la sociedad de capitalización y a cargo del Banco de Colombia, Sucursal de Santa Marta.

"Octavo. La señorita empleada no le entregó recibo en ese momento al señor Iglesias porque manifestó que el cobrador tenía la libreta correspondiente.

"Noveno.—El recibo, con fecha 8 de agosto de 1951, le fue entregado posteriormente al señor Iglesias.

"Décimo. — El cheque mencionado en el hecho séptimo fue cobrado por la compañía beneficiaria el día 9 de agosto de 1951, según certificación del Subgerente del Banco de Colombia, Sucursal de Santa Marta, fechada el 31 de agosto de 1951.

"Undécimo.—El sorteo se verificó el día 24 de agosto de 1951 y en él salió favorecido precisamente el título del señor Iglesias, hecho del cual la compañía hizo una profusa divulgación tanto en los periódicos como en carteles y hojas volantes.

"Duodécimo.—No obstante que el señor Iglesias había pagado oportunamente todas las cuotas, inclusión hecha de la última correspondiente al mes de julio de 1951, que canceló, como se ha visto atrás el día 5 de agosto de 1951, y se encontraba por consiguiente a paz y salvo en sus obligaciones con la Compañía cuando fue favorecido por la suerte, la sociedad demandada se ha abstenido de realizar el pago.

"Décimotercero.—Por razón de la insólita actitud de Compañía tan seria y responsable como la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, mi poderdante se vio precisado a requerir judicialmente a la Compañía, representada por su Agente en Santa Marta, señor Mario Camilo Olivella, diligencia que se surtió ante el Juez 1º Municipal Civil de aquella ciudad, el día 11 de octubre de 1951.

"Décimocuarto.—Mi poderdante presentó también la correspondiente reclamación escrita de pago a la Compañía por medio de carta de 5 de octubre de 1951, reclamación que fue rechazada por aquélla según carta número CT-984 de octubre 19 del mismo año, y

"Décimoquinto. — En vista de la renuencia de la Compañía a verificar el pago, mi representado ha padecido graves perjuicios patrimoniales, tanto de índole material como de índole moral, que serán acreditados en el curso del juicio".

Al evacuarse el traslado de la demanda, el personero de la parte demandada aceptó unos hechos y negó otros, en tal forma que trabada la litis contestatio, las partes quedaron de acuerdo en sus lineamientos generales, en los siguientes hechos:

Que la entidad comercial denominada "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", con domicilio en esta ciudad de Bogotá, celebró contrato con el señor Luis C. Iglesias, de la vecindad de Santa Marta, mediante el cual el señor Iglesias se comprometía a cubrir cien cuotas mensuales de $ 91.50 y la sociedad constituía a su favor un Título de Ahorro por la suma de $ 10.000: que la sociedad verificaría sorteos mensuales entre los días quince a veinte y cinco de cada mes y si resultaba favorecido el del señor Iglesias, la sociedad le abonaría anticipadamente los diez mil pesos ($ 10.000.00) aludidos; que el Título que se le otorgaba al señor Iglesias era uno de mil doscientos contratos similares del mismo grupo, serie y fecha de la emisión, que para los efectos de

los sorteos mensuales serían considerados conjuntamente; que el señor Iglesias debía pagar anticipadamente al respectivo sorteo de cada mes la cuota señalada, aunque discrepan las partes acerca de la fecha o tiempo en que debía con precisión hacerse el pago de la cuota dicha; que debían someterse en el desarrollo del contrato a las estipulaciones determinadas en las páginas siguientes del mismo Título, que fue firmado por el Gerente de la Sociedad, señor Enrique Cortés, y por el señor Iglesias, además por otros empleados de la empresa comercial; que el señor Iglesias pagó en uno de los ocho primeros días del mes de agosto del año de 1951, la cuota correspondiente a dicho mes, no estando de acuerdo, como se ha dicho, en la fecha precisa en que se hizo el pago; que la Compañía o sociedad demandada realizó el sorteo del mes de agosto el día veinticuatro; y resultó favorecido el título del señor Iglesias, que lleva el número 0417; que el señor Iglesias exigió de la Compañía, por esa circunstancia, el pago de los diez mil pesos y ésta le contestó que no podía hacerlo porque el señor Iglesias no canceló oportunamente la cuota correspondiente al mes de agosto citado.

Así las cosas, el juez del circuito ante quien fue presentada la demanda, abrió a pruebas el negocio y las partes produjeron las que estimaron convenientes.

Llegada la oportunidad de dictar sentencia de final de instancia, el juzgador lo hizo en los siguientes términos:

"Resuelve: 1º Absolver a la sociedad de Capitalización de Ahorros Bolívar, representada por su Gerente, de los cargos formulados por el demandante Luis Carlos Iglesias en el presente juicio ordinario;

"2º Ordenar sacar copia por conducto de la secretaría, de esta sentencia cuando esté en firme, y de la carta dirigida por el Subgerente de la Sucursal del Banco de Colombia en Santa Marta, de fecha agosto 31 de 1951, dirigida al señor Luis C. Iglesias B., y de la relación de la cuenta corriente del señor Luis Carlos Iglesias en el mismo Banco, correspondiente a los meses de agosto y de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, que se halla firmada por el señor Gerente del Banco de Colombia, Sucursal de Santa Marta, y pasar al señor juez competente del circuito en lo penal, para que investigue el delito que se haya podido cometer (artículo 11 del C. de P. P.), y

"3º Costas a cargo del demandante".

La parte desfavorecida recurrió en apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y esta entidad, en providencia del día quince de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y cuatro, dirimió la contienda confirmando en todas sus partes la sentencia del señor juez del circuito.

Interpuesto por el personero de la parte demandante el recurso de casación para ante esta entidad jurisdiccional, y tramitado él con el lleno de las formalidades de la ley, se procede a resolverlo en los siguientes términos:

Demanda de casación

La demanda de casación ha sido presentada por el recurrente en un solo capítulo, que comienza en esta forma:

"Como es una sola la causal de casación invocada en el presente recurso, la primera del artículo 520 del Código Judicial, la expongo en un solo capítulo subdividido en dos partes, por ser dos los cargos que formulo contra la sentencia".

Se trata, pues, de una sola causal, la primera a que se contrae el artículo 520 del Código que reglamenta la materia.

Para las conclusiones a que ha de llegar la Sala, ha de ser suficiente el estudio del primero de los cargos, el cual se formula así:

"Primer cargo.—Violación de los artículos 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1502, 1530, 1531, 1532, 1536, 1542, 1602, 1603, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1618, 1620, 1661, en relación con el 1759 y 1769 del Código Civil, y 182, 183, 192 y 200 del Código de Comercio Terrestre, por infracción directa proveniente de su no aplicación al caso controvertido, infracción en que incurrió el Tribunal por errores de hecho en la estimación de diversas pruebas, y por acreditado como existente hechos que no están probados".

Las pruebas a que aludió el recurrente son: los recibos demostrativos del pago de las diversas cuotas (folios 4, 5 y 6 del cuaderno número 1); el título 0417, Grupo C, Serie 50; publicaciones en la prensa que obran a folios 40 del cuaderno número 1.

El recurrente después de desarrollar el cargo, lo sintetiza así:

"El Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho en la estimación de las pruebas:

"Primero.—Ignoró la existencia de la cláusula contenida en los recibos de que 'si fuere posterior —el pago— al cinco del mes que se indica arri-

ba, no participará en el sorteo de dicho mes', recibos que figuran a folios 4, 5 y 6, cuaderno primero, recibos que fueron acompañados a la demanda y aceptados por la parte demandada.

"Segundo.—Dio por probado, no estándolo en parte alguna, un especial sistema de sorteo, 'que hace imposible —son palabras del Tribunal— evitar que el número correspondiente a un determinado número deje de figurar en el sorteo.

"Tercero.—Ignoró la existencia de los recortes periodísticos y hojas volantes, publicaciones hechas por la misma Sociedad demandada (folios 7, 8 y 17 del cuaderno primero), y en las cuales la Compañía reconoce el hecho de que en el sorteo correspondiente al 24 de agosto de 1951, salió favorecido —entre otros— el Título número 0417, Serie 50, Grupo C, perteneciente al señor Luis Carlos Iglesias, de Santa Marta, por cantidad de $ 10.000.00.

"Por haber incurrido en tales errores de hecho, el Tribunal infringió directamente los preceptos contenidos en las normas sustantivas, civiles y comerciales, citadas en el encabezamiento de este cargo, y las infrigió directamente por no haberlas aplicado a la solución del caso concreto, siendo así que los supuestos de hechos demandaban la actuación de dichas normas. Y tales errores, como ya está acreditado, aparecen de modo manifiesto en los autos".

La Corte considera:

La sentencia del Tribunal contra la cual se ha interpuesto el recurso que motiva esta actuación, hace un pormenorizado estudio de casi todas las pruebas allegadas al expediente, especialmente de las cláusulas contenidas en lo que se ha llamado el Título de Ahorro, para concluir en que celebrado un contrato bilateral entre "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar" y el señor Luis Carlos Iglesias, éste lo incumplió y de ahí que carezca de derecho para exigir de la entidad demandada el cumplimiento de obligación alguna.

"La sociedad —dice el Tribunal— ha cumplido con la obligación de hacer los sorteos mensuales, pero el señor Iglesias no cumplió lo pactado para el sorteo del mes de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, y como los contratos deben ejecutarse de buena fe, si uno de los contratantes no cumple lo pactado, no puede exigir el cumplimiento a la otra parte, de acuerdo con la norma establecida en el artículo 1609 del Código citado".

La sociedad demandada sostiene que el convenio celebrado obligaba a Iglesias a pagar la cuota de agosto dentro de los cinco primeros días. Que éste hizo la cancelación de su cuota el día ocho de dicho mes. Que desde luego, ya estaba en mora y por ello perdía su derecho a exigir el pago de los diez mil pesos.

Precisa, pues, estudiar si en verdad al fallo del Tribunal se le puede hacer la tacha de que ignoró las tales pruebas, si ellas en realidad tienen algún valor legal y si de haberlas tenido en cuenta el Tribunal habrían alcanzado tales elementos a tener la fuerza que les da o imprime el recurrente al considerarlas como fuente de prueba de la intención de los contratantes.

Es evidente que tales documentos probatorios o elementos de probanzas se adujeron con la presentación de la demanda y figuraron en el juicio sin objeción alguna de la contraparte. Además, en el hecho undécimo de los fundamentales de la demanda, se hizo alusión a "una profusa divulgación tanto en los periódicos como en carteles y hojas volantes". Y ese punto fue aceptado por la parte demandada al afirmar, respondiendo ese hecho, que "en cuanto a la publicidad del resultado del sorteo, sólo es cierto que la sociedad hizo las publicaciones en la forma habitual".

Las publicaciones sí se hicieron y en los autos eso es un hecho evidente, notorio, que aparece con meridiana claridad.

Y en el orden del estudio anunciado, corresponde ahora definir si el Tribunal tomó en cuenta esos elementos. Leída con suprema atención la sentencia a la cual se le han hecho cargos, hay que llegar a la conclusión de que en realidad tal pieza jurídica fue prolija en el examen de otros elementos, y dedujo acertadas conclusiones, pero en lo que atañe a las pruebas que el recurrente anuncia como de estudio omiso, hizo o tuvo la sentencia un silencio extraordinario, particularmente en lo que hace relación a las publicaciones.

En su análisis el Tribunal llegó apenas hasta la dilucidación del tópico relativo a la fecha en que pudo pagarse la cuota correspondiente al mes de agosto; desmenuzó uno a uno los testimonios con los cuales la parte demandante quiso demostrar el pago aludido en determinado día; se refirió a la inspección ocular practicada como prueba solicitada por la parte demandada en los libros de la Agencia de la sociedad en Santa Marta, ins-

pección en la cual se alcanza a historiar algo que no llega a la verificación del sorteo, sino que apenas determina cómo pagó Iglesias unas cuotas, y cómo las canceló algún otro cliente de la sociedad.

Finalmente se entretuvo la sentencia explicando el alcance de la forma o manera de hacer unos sorteos, pero ahí también guardó notado silencio sobre lo de las publicaciones que echa de menos el mantenedor del recurso.

Como corroboración de lo anterior basta anotar que el abogado representante de la parte demandada, para responder esta parte del cargo, se limitó a decir que la sentencia sí apreció tales elementos de convicción, porque en una frase dijo esto: "mes de agosto de 1951 en cuyo mes y en el sorteo verificado el día 24, resultó favorecido el título 0417".

Esa frase es precisamente de la sentencia. Pero se produjo apenas al sentar premisas. El Tribunal afirmaba: "El problema, pues, se reduce sencillamente a saber si el suscriptor o dueño del título número 0417, señor Luis Carlos Iglesias, pagó la cuota correspondiente al mes de agosto de 1951, en cuyo mes y en el sorteo verificado el día veinte y cuatro, resultó favorecido el título 0417, pago que ha debido hacerse con fecha no posterior al día cinco del citado mes....."

Se observa que el Tribunal no hizo alusión a las publicaciones para reconocer la verificación del sorteo y la circunstancia de haber resultado favorecido el número del señor Iglesias. El Tribunal fallador en ese párrafo enunciaba únicamente en términos claros que de lo que se trataba era de saber si se había pagado la cuota determinada correspondiente al mes en que se realizó un sorteo.

La omisión del estudio de las pruebas a que se refiere el cargo, es evidente.

Basta ahora estudiar si conocida esa actuación de la parte demandada, ello influye en la interpretación del contrato. O mejor dicho, si de haber tomado en cuenta el Tribunal tales elementos de convicción, el resultado final de la instancia habría sido otro.

Es de toda evidencia la existencia de un contrato escrito con cláusulas impresas cuyo texto corre a folios 9 y 10 del primer cuaderno.

Allí se establecen los detalles del convenio y en el aparte titulado "Cuotas" se lee un párrafo cuyo texto exacto es como sigue:

"Si una cuota no fuera pagada en su fecha de vencimiento o antes, este Título quedará cancelado, salvo en los casos que más adelante se estipulan".

Parece muy claro que la norma general es que el título atrasado en una cuota debería ser cancelado. Es decir, no debería jugar en el sorteo siguiente a la fecha de la cancelación.

El aparte denominado "Sorteos" contiene un párrafo de este tenor:

"Cuando el número del presente Título sea favorecido en uno de los sorteos mensuales, el valor nominal será pagadero inmediatamente al propietario y el Título quedará cancelado, siempre que todas las cuotas con fecha de vencimiento anterior a la del sorteo hayan sido totalmente pagadas a más tardar el día primero del mes en el cual resulte favorecido. Si fuere sorteado el número de un título no expedido o favorecido en sorteo anterior, el sorteo se repetirá inmediatamente".

La parte final de la primera proposición de lo recientemente transcrito conduce a la idea de que se puede realizar el sorteo aún en los casos en que haya cuotas no pagadas en su oportunidad. Y ello envuelve una especie de contradicción con el texto de la otra cláusula transcrita.

Estudiadas conjuntamente las dos cláusulas, es difícil saber cuál es el criterio definitivo de la Compañía. Cancela el Título que tenga una cuota atrasada; o verifica el sorteo sin cancelarlo, pero se abstiene de pagar el valor del Título en el evento de ser favorecido por la suerte? En presencia de esos dos textos, nadie en verdad puede hacer una afirmación categórica. Hay que buscar fuentes de información en otros elementos para desentrañar la voluntad de las partes.

De la última parte de la segunda de las transcripciones, se llega a saber que la sociedad se comprometía a repetir inmediatamente un sorteo en el caso de que resultara agraciado un título no expedido o favorecido en sorteo anterior. Luego podían entrar en los sorteos los números de los títulos no expedidos y los antes favorecidos. Pero no se sabe si también los cancelados, que podrían considerarse como no expedidos.

Por el rigor literal de las cláusulas escritas del convenio y transcritas en esta providencia, no es posible alcanzar un dato exacto del pensamiento matriz de los pactantes acerca de cuáles debían ser los títulos sorteados y cuáles no, y, además, cuáles debían ser las consecuencias en uno u otro caso. Hay al respecto lugar al nacimiento de in-

portantes dudas, que precisa despejar mediante el estudio de otros elementos.

Lo mismo ocurre con la determinación del tiempo en que debían pagarse las cuotas. El texto del Título señala el día primero de cada mes; los recibos expedidos por la sociedad aparecen precisando los primeros cinco días del mes en que se realiza el sorteo. Datos hay que demuestran que la sociedad aceptó pagos el día ocho de ese mismo mes en que debía tener lugar un sorteo; y de la inspección ocular practicada a solicitud de la parte demandada y cuyos párrafos pertinentes aparecen transcritos en la sentencia, se desprende que las tres cuotas anteriores a la número trece, de agosto del 51, es decir, las números 10, 11 y 12, de los meses de mayo, junio y julio de 1951, fueron canceladas o pagadas por Iglesias el día veinte y uno de ese mes de julio. Es decir, estaban atrasadas todas, y la de julio fue recibida por la sociedad con posterioridad al cinco de dicho mes y en los mismos días dentro de los cuales debía verificarse el sorteo. Y ningún problema originó esa situación de demora en aquel entonces.

Todo esto indica que el contrato no se desarrollaba o ejecutaba con el rigor literal con que ahora pretende hacerlo la sociedad demandada.

Y es pertinente ahora desentrañar el alcance de los elementos que el recurrente considera ignorados por el fallador de segunda instancia. Esos elementos son las mencionadas publicaciones por medio de las cuales la misma sociedad demandada, en desarrollo de sus contratos dijo al público que el sorteo se verificó el día veinte y cuatro de agosto del año de 1951 y que resultó favorecido el señor Luis C. Iglesias con el Título número 0417.

Allí, en esa declaración, en ese despliegue de información periodística está precisamente una fuente de interpretación de la voluntad de los contratantes.

Es fácil advertir que si el Título del señor Iglesias hubiera sido cancelado al transcurrir los cinco primeros días de agosto sin que el propietario del Título hubiera pagado la correspondiente cuota mensual, dicho Título no habría jugado. Y si según las informaciones de la Sociedad todos esos títulos jugaron y no se les consideró en mora de pagar sus cuotas, fue porque la Compañía estimó que los pagos que ella misma reconoció, habían sido hechos en manera correcta y en desarrollo del contrato. De no haber sido así, al resultar premiado el del señor Iglesias, la sociedad no lo habría considerado agraciado y menos se hubiera dedicado a hacer la profusa publicación de prensa que en verdad realizó.

Para la Sala, la sociedad demandada entendía que no debía atenerse al tenor literal de cláusulas que aparecen a veces en contradicción con otras de la misma convención, sino que su intención era darle mayor amplitud a los clientes y realizar operaciones y ejecutar el contrato en la forma más equitativa y justiciera posible.

Es inobjetable que la sociedad hizo las publicaciones y que esa actitud de ella tiene en el presente alguna significación, porque no puede concebirse que "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar" realizara esos actos sin sentido alguno o para decirle posteriormente al señor Iglesias que ya carecía de derecho.

Y tampoco puede perderse de vista que en esa clase de contratos colectivos, a más de las vinculaciones jurídicas que nacen entre el contratante principal y cada uno de los llamados propietarios de Títulos, existe en cada uno de éstos algún derecho en lo que atañe a las consecuencias y desarrollo de los convenios de los demás. Es indudable que quienes han de intervenir en un sorteo deben saber cuáles y cuántos son los otros copartícipes y si sus Títulos son aptos para la diligencia. Y deben saber más: si en realidad los sorteados reciben o no el premio de su suerte, desde luego que cláusulas de los contratos les crea interés al respecto.

La sociedad, dada su seriedad, hizo la publicación del sorteo y de la circunstancia de haber sido favorecido el señor Iglesias, con la inocultable intención de pagar el valor del Título al agraciado. No es posible entender otra. No es posible suponerle otra cosa.

Y si esto es así, se evidencia que por el error de hecho de la sentencia de ignorar o desconocer entre otros elementos probatorios como el de la publicidad del sorteo y la de haber sido favorecido el señor Iglesias, dejó de tomar en cuenta disposiciones legales aplicables al caso del pleito. El Tribunal debió, conocida claramente la intención de los contratantes, con base en esos elementos, dirimir la contienda reconociéndola, y absteniéndose de aplicar lo literal de las palabras de una de las cláusulas.

En la interpretación de los contratos, lo ha dicho la Corte Suprema, deben tomarse en cuenta, no sólo los antecedentes de él y el mismo convenio, sino también la manera como entienden las partes que deben cumplirse y cómo lo ejecutan

en realidad. Si alguna cosa interpreta la voluntad de los pactantes es el desarrollo del mismo convenio.

A través de los errores anotados, violó el Tribunal las normas de los artículos 1494, 1495, 1496, 1498 y especialmente la del 1618 del Código Civil, que contiene reglas sobre la interpretación de los contratos, violación que lo llevó a la de las disposiciones sustantivas de los artículos 1602, 1603, 1608, 1617, 1761 y 1759 del mismo estatuto.

Múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia han desatado litis con el criterio de las siguientes palabras, pertinentes al caso que nos ocupa:

"Los Tribunales son soberanos para la apreciación de los hechos y la interpretación de los contratos, de tal suerte que la Corte sólo puede variar la sentencia objeto del recurso en el caso de que ésta contenga errores de derecho o de hecho, siempre que este último resulte evidente en los autos.

"Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas". (Sentencia de casación de 5 de febrero de 1938).

"La intención prevalece sobre las palabras cuando hay conflicto entre éstas y aquélla (C. C., artículos 1127 y 1618), y la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra es la luz que guía en la interpretación de las cláusulas de un contrato". (Casación de 10 de junio de 1938).

Y en sentencia de casación de 3 de junio de 1946, la Corte dijo:

"La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.

"Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede la facultad para que los contratantes estipulen libremente y sólo a falta de esto entran en juego las normas del C. C. para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esta clase de convenciones. En el caso que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o deficientes, la ley da normas para definir las dudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa". (Sentencia S. de N. G. 23 de agosto 1945).

Por todo lo anteriormente expuesto y transcrito, el cargo hecho a las sentencias ha de prosperar, y es el caso de que la Sala así lo declare, como lo declara.

Sentencia de instancia

Preceptúa el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil que si la Corte encuentra fundada alguna de las causales de casación alegadas, no considera las restantes, infirma el fallo y dicta en su lugar la resolución que corresponda.

La Sala ha considerado que el cargo estudiado ha de prosperar y de que al infirmar el fallo recurrido procede a proferir la sentencia de instancia correspondiente.

Dados los antecedentes expuestos en esta misma providencia, la Sala resolverá el problema planteado en la demanda original en forma breve y sencilla.

Presupuestos procesales

Demanda el señor Luis Carlos Iglesias, vecino de Santa Marta, quien firmó un contrato con la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, y tiene desde luego personería para exigir el cumplimiento de ese convenio.

Forma la parte demandada Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, entidad comercial con domicilio en esta ciudad de Bogotá, representada por su Gerente, señor Enrique Cortés R., según consta de certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, que corre a folio 3 del

cuaderno número 1, del expediente. La personería de la parte demandada está, pues, completa en autos.

Se impetra el cumplimiento del contrato contenido en el llamado Título de Ahorros, que figura en el folio número 9 del primer cuaderno, y de la demanda, que como se ha dicho, fue contestada en su oportunidad, se sabe que Luis C. Iglesias, reclama de "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", el pago de la cantidad de **diez mil pesos** moneda corriente ($ 10.000.00), valor del Título de Ahorro número 0417, Grupo C, Serie 50, expedido el 1º de agosto de 1950, título que resultó favorecido en el sorteo correspondiente al mes de agosto de 1951, más los intereses corrientes de dicha suma desde la mencionada fecha hasta el día en que el pago se realice, más la cantidad que resulte acreditada en el juicio por concepto de los perjuicios materiales y morales padecidos por el señor Iglesias en virtud del incumplimiento de la Compañía, y las costas, si hubiere oposición".

Como se ve, el actor funda su acción en la circunstancia de haber sido sorteado el Título de que es propietario y resultado favorecido.

El demandado al descorrer el traslado del libelo de demanda, estuvo de acuerdo en muchos puntos de vista del demandante, expuestos en los hechos fundamentales de la acción. Resultó apenas discrepancia notable entre las partes en el punto relacionado con la fecha en que pudo ser pagada la cuota correspondiente al mes de agosto del año de 1951.

Pero establecido como está en esta providencia que para la Sala las partes concurrieron a la diligencia de sorteo a sabiendas de la vigencia del convenio y con la plenitud de sus prerrogativas contractuales, y que favorecido el Título número 0417, del demandante Iglesias, la sociedad demandada lo consideró con derecho a la cantidad de dinero valor del Título mencionado e hizo por eso las publicaciones referidas, la litis que se dirime no puede desembocar por camino distinto del de la existencia de un contrato bilateral (artículo 1498 del C. C.) por medio del cual el señor Iglesias se comprometió a pagar determinadas cuotas de dinero a la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar y ésta contrajo la obligación de pagar a cierto lapso la suma de $ 10.000, o en el evento de salir favorecido el número del Título de Iglesias en uno de los sorteos que periódicamente realizara la sociedad.

Cumplidas las obligaciones del pactante Iglesias, desde luego que la intención claramente conocida de los contratantes (artículo 1618 del C. C.) era la de que se ejecutaba el contrato realizando el sorteo del mes de agosto, como así se llevó a cabo, con la intervención del Título del señor Iglesias y estando en plena vigencia los derechos de éste, corresponde a la sociedad demandada satisfacer la principal de las que a su turno contrajo por medio del mismo convenio.

No sobra repetir que si la sociedad realizó el sorteo del 24 del mes de agosto de 1951 con la inclusión del Título del señor Iglesias y a ello procedió habiendo recibido de antemano la cuota de agosto y no habia cancelado el aludido título por considerarlo en mora, é hizo las publicaciones conocidas y mencionadas en esta sentencia, es porque indudablemente estimó no sólo en vigor el convenio, sino que consideró ganador del sorteo al citado demandante Iglesias.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1602 del C. C.). Una de las fuentes de las obligaciones, dice el artículo 1494 de la misma obra, es el concurso real de las voluntades de dos personas.

Se trata en el presente de un contrato que creó obligaciones para las dos partes que lo celebraron y llenadas las exigencias de él por uno de los contratantes, el señor Iglesias, es del caso acceder a las solicitudes que hace para que la justicia imponga a la sociedad demandada el cumplimiento de sus deberes.

Con la petición principal se ha hecho además la de los intereses, que desde luego se deben, al tenor del artículo 1617 del C. C.

Las otras solicitudes no pueden despacharse, porque el actor no las mencionó con precisión y amplitud en los hechos fundamentales de la demanda, ni produjo pruebas acerca de ellas.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha quince de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que Luis Carlos Iglesias, vecino de Santa Marta, siguió a "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", y revoca la proferida en el mismo juicio por el señor Juez Cuarto Ci-

vil del Circuito de Bogotá, de fecha veinte y nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, y en su lugar dispone:

Condénase a la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", entidad comercial domiciliada en Bogotá, a pagar al señor Luis Carlos Iglesias, vecino de Santa Marta, la suma de diez mil pesos moneda corriente ($ 10.000.00), valor del Título de Ahorro número 0417, Grupo C, Serie 50, expedido el primero de agosto de 1950, más los intereses legales de dicha suma desde el día del sorteo, que lo fue el 24 de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, hasta el en que el pago se verifique.

Costas del recurso a cargo de la parte demandada.

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

Pablo Emilio Manotas — Jesús María Arias. Daniel Anzola Escobar — Guillermo Gaceito Durán — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

CONDENACION EN COSTAS AL OPOSITOR DEL RECURSO DE CASACION CUANDO PROSPERA DICHO RECURSO. — SE RESUELVE LA SOLICITUD DE ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR

Regulaba la cuestión de la condena en costas el artículo 575 del C. J., que ordenaba decretarla en los casos siguientes: contra el litigante que sostenía temeraria o maliciosamente acciones, excepciones, oposiciones e incidentes: contra el que perdía ante el superior el recurso interpuesto; contra el que dejaba caducar la instancia y contra el que desistía.

Pero en el año de 1951 fue expedido el Decreto Extraordinario número 243, que reformó el artículo citado. En el num. 1º del artículo 3º dispone el Decreto que se condenará en costas "al litigante vencido", de lo cual se desprende que el opositor al recurso de casación, en caso de que prospere dicho recurso, es litigante vencido en la litis, por lo cual no puede oponerse a que se le condene en costas; ni puede clamar por los antecedentes jurisprudenciales, en presencia del decreto citado, ya que según su mandato debe condenarse en costas siempre que haya un litigante vencido.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas Vélez)

Se resuelve el escrito que antecede, dirigido por el doctor Adán Arriaga Andrade, apoderado de la parte demandada en el juicio que Luis Carlos Iglesias siguió contra la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", en los siguientes términos:

Dice el doctor Arriaga Andrade:

"...vengo a impetrar la aclaración de algunos conceptos oscuros de que adolece la sentencia proferida por esa H. Sala el 3 de noviembre en curso...". "Pero a fin de que la sentencia que acaba de pronunciarse no desmoralice la clientela de los suscriptores de esa suerte de Títulos, es indispensable que la H. Sala aclare, para el futuro, los conceptos que invalidan la condición de estar al día en el pago de las cuotas para que el Título favorecido en un sorteo tenga que serle pagado al suscriptor moroso".

Ha entendido la Sala que el peticionario se acoge al artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, aunque no lo cita.

La Sala estima que en el fallo a que se refiere el doctor Arriaga Andrade no hay conceptos oscuros, ni ha menester de aclaraciones. Particularmente, la parte resolutiva de la sentencia es de una nitidez completa. Y así lo entiende el peticionario cuando se refiere en concreto a la posición firme de la Sala.

La solicitud que se resuelve no es propiamente de aclaración, sino que el peticionario vuelve sobre sus puntos de vista, pero ampliándolos: que la cuota del mes de agosto fue cancelada extemporáneamente y que ello privó de todo derecho al demandante. Y que el Tribunal al tomó en cuenta las publicaciones que la Sociedad hizo de la circunstancia de haber sido sorteado el número del Título del señor Iglesias.

La Sala, en gracia de discusión explica:

La sentencia de la Sala se funda en que el sentenciador de segunda instancia no dio la importancia que debía a todos los elementos del proceso, inclusive las publicaciones aludidas. Y que por ello no interpretó como debía el contrato celebrado entre la entidad demandada y el demandante Iglesias.

Son muy diáfanos estos conceptos de la sentencia de la Sala, que se transcriben a continuación y que no requieren aclaración alguna:

"... ... ...

"Para la Sala, la sociedad demandada entendía que no debía atenerse al tenor literal de cláusulas que aparecen a voces en contradicción con otras de la misma convención, sino que su intención era darle mayor amplitud a los clientes y realizar operaciones y ejecutar el contrato en la forma más equitativa y justiciera posible.

"Es inobjetable que la sociedad hizo las publi-

caciones y que esa actitud de ella tiene en el presente alguna significación, porque no puede concebirse que 'Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar' realizara esos actos sin sentido alguno o para decirle posteriormente al señor Iglesias que ya carecía de derecho.

"... ... ...

"La sociedad, dada su seriedad, hizo la publicación del sorteo y de la circunstancia de haber sido favorecido el señor Iglesias, con la inocultable intención de pagar el valor del Título al agraciado. No es posible entender otra. No es posible suponerle otra finalidad.

"Y si esto es así, se evidencia que por el error de hecho de la sentencia de ignorar o desconocer entre otros elementos probatorios como el de la publicidad del sorteo y la de haber sido favorecido el señor Iglesias, dejó de tomar en cuenta disposiciones legales aplicables al caso del pleito. El Tribunal debió, conocida claramente la intención de los contratantes, con base en esos elementos, dirigir la contienda reconociéndole y absteniéndose de aplicar lo literal de las palabras de una de las cláusulas.

"En la interpretación de los contratos, lo ha dicho la Corte Suprema, deben tomarse en cuenta, no sólo los antecedentes de él y el mismo convenio, sino también la manera como entienden las partes que deben cumplirse y cómo lo ejecutan en realidad. Si alguna cosa interpreta la voluntad de los pactantes es el desarrollo del mismo convenio".

En estos términos queda contestada esta parte del escrito que se resuelve.

—

Expresa el peticionario, finalmente:

"Más aún: contra todos los antecedentes jurisprudenciales de la H. Corte, el opositor resulta condenado en las costas del recurso de casación".

La Sala expresa:

Regulaba la cuestión de la condena en costas el artículo 575 del Código Judicial, que ordenaba decretarla en los casos siguientes: contra el litigante que sostenía temeraria o maliciosamente acciones, excepciones, oposiciones e incidentes; contra el que perdía ante el superior el recurso interpuesto; contra el que dejaba caducar la instancia y contra el que desistía.

Claro, que al rededor de ese artículo se hizo mucha jurisprudencia. Y ellos son los antecedentes jurisprudenciales que considera el peticionario que no se han tomado en cuenta.

Pero como en el año de 1951 fue expedido el decreto extraordinario número 243, que reformó el artículo 575 del C. J., la Sala tenía que aplicarlo.

El decreto dicho tiene un artículo que dice así: "Artículo 2º—El artículo 575 del Código de Procedimiento Civil quedará así: 'Se condena en costas, salvo las excepciones legales, en los casos siguientes: 1º Al litigante vencido. En caso de acogimiento parcial de la demanda el juez podrá no hacer condenación en costas o hacerla parcialmente, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 210 y dando en la sentencia las razones de su decisión.....'".

El peticionario no negará que su representado es el litigante vencido en esta litis, luego no puede oponerse a que se le condene en costas; ni puede clamar por los antecedentes jurisprudenciales, en presencia del decreto citado, ya que según su mandato debe condenarse en costas siempre que haya un litigante vencido.

Si la Sala interpreta con amplitud la disposición que el personero del demandado no ha querido tomar en cuenta, tendría que llegar a la conclusión de una condena en costas en todas las instancias y no en el simple recurso de casación, como se hizo con criterio de justicia en forma que ya no es modificable.

Los anteriores conceptos dejan definida la cuestión a que se refiere el escrito del personero de la parte que perdió el litigio.

Notifíquese.

Pablo Emilio Manotas — Jesús M. Arias — Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

DESISTIMIENTO Y TRANSACCION. — LA CORTE PUEDE ADMITIR EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION Y EL TRIBUNAL DEL CONOCIMIENTO PUEDE HACER LA DECLARACION DE TERMINACION DEL JUICIO POR TRANSACCION

Como la transacción es un acto extrajudicial que por la voluntad de las partes pone término al litigio pendiente, debe ser comunicada al juez que conoce del juicio para que éste lo declare terminado.

La terminación del juicio, antes de ser fallado por el juzgador, se produce también en virtud de desistimiento. Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que en el recurso de casación no puede promoverse el desistimiento del juicio, ni la Corte puede decretarlo. Esto porque la Corte no conoce del juicio sino exclusivamente del recurso de casación, cuyo fin principal es unificar la jurisprudencia. Por iguales motivos no corresponde a la Corte declarar terminado el juicio por transacción.

Pero en virtud de la transacción deben quedar sin valor las sentencias que se han pronunciado, porque la transacción no sólo implica que las partes han prescindido de las acciones y excepciones que habían escogido para hacer efectivos sus derechos, sino que el juicio debe quedar en el estado en que se hallaba en el momento en que las partes pusieron fin a su litigio. Esta declaración, sobre terminación del juicio por transacción, corresponde hacerla al Tribunal del Conocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, seis (6) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Gnecco Durán)

Por medio del escrito que antecede manifiestan los doctores Arturo Tapias Pilonieta y Pedro Posse Camargo, apoderados de las partes en el juicio ordinario adelantado por Luis Miguel Calderón contra Jorge Grillo, sobre rescisión de un contrato de compraventa, que han "transado el litigio de la referencia, sin costas para ninguna de las partes".

Con base en la transacción celebrada, el recurrente desiste del recurso de casación que había interpuesto, y ambas partes piden que se declare terminado el juicio por transacción, se ordene la cancelación de la inscripción de la demanda y se disponga la devolución al demandante de la suma que consignó como caución para responder de los perjuicios que pudieran causarse con la referida inscripción.

El memorial viene firmado también por la señora Sofía Valencia de Calderón, por razón del interés que allí se expresa, quien manifiesta que conviene expresamente en la transacción a que alude el escrito y en las demás peticiones contenidas en él. Sus manifestaciones las autorizan los mismos abogados titulados que firman el memorial.

Para resolver, considera la Sala:

El juicio se halla en la Corte por razón del recurso de casación concedido y admitido contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de abril de 1955.

Los apoderados doctores Tapias Pilonieta y Posse Camargo representan a las partes del presente juicio y tienen facultad especial para transigir y desistir. Tanto el demandante como el demandado son personas capaces. Al folio 182 del cuaderno 4º obra el oficio número 263, por medio del cual el señor Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá comunica al Tribunal que en el juicio de separación de bienes que en ese Juzgado adelanta la señora Sofía Valencia de Calderón contra el señor Luis Miguel Calderón se decretó el embargo de los derechos que le puedan corresponder a Calderón en el juicio que adelanta contra Jorge Grillo por lesión enorme. Este el motivo por el cual se presenta la señora Valencia de Calderón y expresa su consentimiento para la transacción.

El artículo 2469 del Código Civil dice que "la

transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Como la transacción es un acto extrajudicial que por la voluntad de las partes pone término al litigio pendiente, debe ser comunicada al Juez que conoce del juicio para que éste lo declare terminado.

La terminación del juicio, antes de ser fallado por el juzgador, se produce también en virtud de desistimiento. Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que en el recurso de casación no puede promoverse el desistimiento del juicio, ni la Corte puede decretarlo. Esto porque la Corte no conoce del juicio sino exclusivamente del recurso de casación, cuyo fin principal es unificar la jurisprudencia. Por iguales motivos no corresponde a la Corte declarar terminado el juicio por transacción, y así debieron entenderlo los peticionarios cuando en primer término manifiestan que el recurrente desiste del recurso de casación que había interpuesto.

Pero en virtud de la transacción deben quedar sin valor las sentencias que se han pronunciado, porque la transacción no sólo implica que las partes han prescindido de las acciones y excepciones que habían escogido para hacer efectivos sus derechos, sino que el juicio debe quedar en el estado en que se hallaba en el momento en que las partes pusieron fin a su litigio.

De conformidad con lo anterior, debe la Corte admitir el desistimiento del recurso de casación de que está conociendo, pero sin que se produzcan los efectos indicados en el artículo 463 del Código Judicial, esto es, sin declarar en firme la sentencia materia del recurso, y devolver el expediente al Tribunal para que se declare terminado el juicio por transacción y se atiendan las otras peticiones contenidas en el escrito que se estudia.

Como en la transacción, según lo expresan los peticionarios, se convino en que no habría costas para ninguna de las partes, deberá tenerse en cuenta esa manifestación.

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, admite el desistimiento que el recurrente hace por transacción del litigio, del recurso de casación que había interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de abril de 1955, en el juicio adelantado por Miguel Calderón contra Jorge Grillo sobre rescisión de un contrato de compraventa.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Esnbar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Darán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas.—Jorge Soto Soto, Secretario.

REGLAS PARA REALIZAR EL TRABAJO DE PARTICION EN JUICIO SUCESORIO. PARTICION MATERIAL DE UN PREDIO PARA ADJUDICARLO POR LOTES. — VIOLACION DEL ARTICULO 1394 DEL C. C. — HONORARIOS DEL PARTIDOR

1.—El partidor de una comunidad hereneial debe conformarse al verificar las adjudicaciones, a las normas generales que señala el Tít. X del Libro III del Código Civil y que singularizan los arts. 1394 y 1395 de la misma obra; DEBERAN CEÑIRSE a la equidad teniendo en cuenta el valor que a los bienes se les haya dado en el inventario; deberá BUSCAR LA CONTINUIDAD de la adjudicación al tenor de las reglas 3 y 4 del citado artículo 1394, siempre y cuando que esta continuidad no ocasione perjuicios mayores al mismo adjudicatario ni a los demás partícipes; procurará GUARDAR LA POSIBLE IGUALDAD, es decir, adjudicará a las consignatarias cosas de la misma naturaleza y calidad; deberá HACER LOS LOTES en forma que procure no sólo la IGUALDAD sino también la EQUIVALENCIA Y SEMEJANZA.

Son las anteriores, las principales normas que la ley previene para estos eventos y que ha impuesto el legislador con el ánimo de que el partidor se compenetre con el anhelo de equidad a que habrá de ajustarse, entre otros fines, con el de que se dé a cada uno de los herederos lo que en derecho y en justicia corresponda.

2.—La partición material de un predio para adjudicarlo por lotes a los copartícipes supone, es obvio, que el avalúo de éstos se haya hecho singularmente o por lo menos que conste que las fuerzas que deben repartirse sean de valor uniforme, a propósito de que el partidor pueda adjudicar las porciones a formarlas mediante mensuras practicadas por él mismo; y supone también, que si el inmueble ha sido avaluado en globo puede tener necesidad de adjudicarlo proindiviso pues es inseparable que él no ejerce funciones de perito avaluador.

3.—Las reglas del artículo 1394 del C. C. no son absolutas sino relativas, ni principios generales de derecho positivo cuya infracción constituya causal de casación consistente en violación de leyes sustantivas.

4.—El que el partidor adjudique un inmueble con la advertencia de que sobre él existe un derecho de retroventa por el antiguo propietario, derecho que se alegue caducado, no configura motivo para objetar la partición, porque el partidor no tiene funciones jurisdiccionales ni ningún principio legal le habilita para dar por vencido el plazo determinado en el contrato de compraventa.

5.—A falta de fijación testamentaria, y aún a veces con ella, el honorario del partidor se determina por acuerdo entre las dos partes, y ocurre con frecuencia que el partidor indica la cifra respectiva al hacerla figurar en las conclusiones de su trabajo; y si nadie la objeta, se presume que hay asentimiento tácito entre todos los interesados. Pero lo que no autoriza la costumbre ni mucho menos la ley en ningún caso al arbitrio es que el partidor se haga un fijuelo previo señalamiento del valor de los bienes que escoja o separe para cubrir el valor del honorario que el mismo se fije.

El partidor por razón esencial de su función no se convierte en acreedor del causante ni tampoco de la sucesión; cumplido el encargo lo será de los herederos, como tales, que es cosa muy distinta: la misión y atribuciones del partidor no dan para tanto, son en derecho restringidas y en forma que si no está facultado para resolver cuestiones de dominio mal puede estarlo para atribuírselo a sí mismo ni para disponer del destino de los bienes sucesorales a no ser para adjudicarlo y distribuirlo entre los herederos; la diligencia de inventarios y avalúos es la base para el trabajo del partidor quien distribuye y liquida de acuerdo con la inventariado y avaluado; y apenas habrá para qué recordar que los honorarios de éste por no ser deuda o crédito a cargo de la

sucesión ni del causante no podrá ser nunca materia de adjudicación especial en la partición.

Es más: para prevenir dificultades, entre otras el difícil pago de los honorarios del partidor, ha establecido la ley que en toda partición habrá de hacerse la necesaria hijuela de gastos en los que puede comprenderse aquella agencia, para que luego, en su caso, y por la vía adecuada obtenga el interesado la satisfacción del honorario. Con la tesis o supuesto de que el honorario discutido pueda considerarse como deuda conocida del causante y de que fuera aceptable de que a cada acreedor pudiera hacérsele su correspondiente hijuela con bienes avaluados por el propio partidor, se llegaría a la conclusión absurda de que en no pocos casos no es el heredero el sujeto dueño de disponer de los haberes sucesorales sino que lo es el partidor.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación propuesto por el apoderado de Eduardo Rubio, representante legal de la menor Angelina Rubio Palma, contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 1º de agosto de 1955 aprobatoria de la partición practicada en el juicio de sucesión de Angel María Palma, en el que se reconoció como heredera a la citada menor, en representación de su madre Concepción Regina de Rubio, hija legítima del causante.

Antecedentes

El 1º de febrero del año de 1904, Angel María Palma contrajo matrimonio católico con la hoy señora Santos Molinares v. de Palma, unión de la cual nacieron Angel María, Eduardo Octavio y Concepción Regina, quien casó con Eduardo Rubio en diciembre del año de 1935; doña Concepción Regina falleció dejando como hija de su matrimonio a la menor Angelina Rubio, apersonada en este juicio por su padre como su representante legal.

En el juicio mortuorio de Angel María Palma fueron reconocidas como partes la viuda Santos Molinares de Palma en su condición de cónyuge sobreviviente: los hijos del matrimonio Angel María y Eduardo Octavio; y la menor Angelina, en representación de su madre Concepción Regina de Rubio.

En la diligencia de inventarios el heredero Angel María, en representación de los tenedores de los bienes herenciales, manifestó que los denunciados a la Sindicatura eran exactamente los que pertenecían a la sucesión; más tarde, el 15 de noviembre de 1949, el denunciante en asocio de los peritos designados para su avalúo presentó al juzgado el acta de inventarios que pasó con el proceso al estudio del partidor nombrado en el juicio, quien en su oportunidad entregó el trabajo que fue puesto en conocimiento de las partes con el resultado de que el representante de la menor objetó la cuenta por las razones que a continuación se indican:

Las objeciones

En siete numerales formula el apoderado las objeciones que opuso al trabajo de partición. El contenido de cada una se compendia haciendo referencia a lo que dice relación con el recurso de casación planteado.

Primera objeción.—En la diligencia de inventarios, partidas 72 y 73, figuran en el haber de la sucesión dos lotes contiguos avaluados por el precio de $ 215.136.00 y $ 234.848.00 respectivamente, igual en total a $ 349.984.00. A la menor se le adjudicó la sexta parte del valor de esos lotes, o sea la suma de $ 50.330.66, y no la sexta parte de los terrenos como ha debido hacerse, porque el partidor, reservó en favor del Municipio de Barranquilla determinadas porciones con destino a parques, plazas y calles para beneficiar la urbanización que había proyectado en esos mismos predios. Siendo que los dos lotes unidos formaban el todo de la urbanización, proyectada sin la intervención de la menor, el partidor en lugar de adjudicarle la sexta parte del terreno global le señaló lotes en sitios distintos dentro de la urbanización, pero descontando para todos los interesados lo que señaló para plazas, parques y calles con destino al Municipio.

Con estos procederes se marmó —dice— el derecho de la menor y se la perjudica notablemente, entre otras razones, porque el partidor por sí y ante sí señaló precio a los lotes que adjudicó a la menor; porque sólo se repartieron 111.245.60 metros cuadrados siendo el total de metros de los

dos lotes 117.800.75, porque en la partición no ha debido hacerse reserva alguna para el Municipio; porque los lotes adjudicados a la menor han debido, por lo menos, tener continuidad y en forma, de que sumadas sus áreas vinieran a constituir un cuerpo conjunto y unido como lo dispone la regla tercera del artículo 1394 del C. C.

Dice en síntesis, "como se dejó de repartir la totalidad de los dos lotes del inventario y el partidor hizo avalúos parciales sin estar autorizado para ello resultan violadas las normas de los artículos 1392 y 1394 del mismo código".

No se explica el objetante —agrega— por qué siendo el valor conjunto de los lotes inventariados el de $ 349.994.00 y habiendo dejado de repartirse parte de esos mismos lotes y correspondiéndole a la menor la sexta parte de esos terrenos, pudo adjudicársele sin embargo, lotes por ese mismo valor en sitios distintos de la urbanización para pagarle su hijuela con precios fijados por el partidor, "siendo que éste no desempeña funciones de perito avaluador para estimar por sí mismo el valor de esos lotes repartidos en número de tantos extralimitándose en forma ilegal cuanto hace a este proceder".

Segunda objeción. -A la menor se le adjudica para pagarle su hijuela la sexta parte proindiviso del inmueble "El Zulia" "con cargo de cumplir el pacto de retroventa a favor del señor Julio R. Consuegra de que da cuenta la escritura pública número 1.002 de fecha 16 de abril de 1947 de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla". Extraña —dice el objetante— "toda esa agrupación en la diligencia de inventarios tanto más cuanto que el derecho para el vendedor de readquirir el bien vendido se extinguió por habérsele vencido el plazo pactado para poder retrocomprar. La adjudicación a la menor de su cuota parte en dicha finca debió hacérsele pura y simple, no en la forma modal como la hizo el partidor".

Tercera objeción.—Se relacionó en los inventarios un crédito a favor de la sucesión y a cargo de la "Compañía Ganadera Palma" por la suma de $ 10.023.67 valor declarado en los libros de contabilidad del causante. Ese crédito se adjudicó en su totalidad a la menor debiendo haberse adjudicado a todos los copartícipes a prorrata de sus respectivas cuotas "por tratarse de un crédito —chimbo— (sic) por cuanto en el juicio de rendición de cuentas que a esa sociedad de hecho le han promovido los herederos y la cónyuge sobreviviente, se ha establecido que en esos libros no se habían hecho los descargos respectivos que lo redujeron a su mínima expresión o suma baladí".

Cuarta objeción.—No se hace referencia a esta objeción porque como en el recurso de casación no se la comprende, la circunstancia obliga a considerar que el recurrente acepta la determinación que sobre el particular fija la sentencia del Tribunal.

Quinta objeción.—A ésta proceden las observaciones anteriores toda vez que no ha sido materia del recurso de casación.

Sexta objeción.—La objeción viene formulada en estos términos: "Objeto la adjudicación que se ha hecho el partidor en la partida respectiva, de un lote de terreno avaluado en la suma de $ 20.000 en la diligencia de inventarios y avalúos, como pago de sus honorarios como partidor en el punto a) a que se contrae en la Sección Quinta —Adjudicaciones— de esa misma partición y para lo que ahí mismo llama Deducciones Generales, inmueble urbano distinguido en el activo bajo el numeral 2º y que es el mismo que se identifica en el plano oficial de dicha urbanización con el número 6 del bloque número 94 y cuyas medidas y linderos ahí mismo determina. Para este efecto hago saber al señor juez que mi representada **Angelina Rubio Palma** está dispuesta a cancelar los honorarios que ese mismo juzgado debe regular como valor de su trabajo ejecutado".

Séptima objeción.—Proceden las observaciones dadas a las marcadas con los números 4 y 5, toda vez que lo que dispuso el Tribunal no es del recurso de casación.

Las sentencias de instancia

Tramitado el incidente, el juzgado declaró probadas varias de las objeciones propuestas. Consecuencialmente ordenó rehacer la partición a términos de su proveído fechado el 1º de marzo del año próximo pasado que apelado por las partes, fue **reformado** por el Tribunal mediante sentencia de 1º de agosto del mismo año del siguiente tenor:

"**Primero**—Declárense infundadas todas las objeciones formuladas por el curador de la menor

Angelina Rubio Palma contra el trabajo de partición de bienes presentado por el partidor, en el juicio de sucesión de don Angel M. Palma Miranda;

"Segundo. — Apruébase la partición presentada por el doctor Edgardo Márquez Wilches, en su carácter de Partidor;

"Tercero.—La mencionada partición se inscribirá en los libros de causas mortuorias de las oficinas de registro de Barranquilla y de los circuitos en que estén ubicados los inmuebles adjudicados;

"Cuarto.—Antes de que se proceda a realizar el registro de la presente sentencia, vuelva el expediente al Síndico Recaudador para los efectos contemplados en el artículo 80 de la ley 63 de 1936; y

"Quinto. — Ordénase la protocolización en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla del expediente que contiene el juicio de sucesión de don Angel M. Palma Miranda y expídase a cada asignatario su hijuela respectiva.

"Queda así reformada la providencia de primero (1º) de marzo de este año proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito".

Fundamentos del fallo del Tribunal

La negativa a la primera de las objeciones la fundamenta el sentenciador en hechos, consideraciones y apreciaciones de derecho que la Corte sintetiza para tomar en cuenta lo que dice relación con el recurso de casación, así:

Las resoluciones números 181 de 23 de junio de 1948 y 61 de 24 de enero de 1951 evidencian que el causante proyectó la urbanización de dos lotes contiguos de su propiedad, los mismos a que se refiere la objeción y en forma, que los planos de la urbanización "Alturas de San Vicente" que así se la designó, recibieron en vida del causante la respectiva aprobación municipal. Ante esta situación de hecho el partidor, para fines de su encargo, solicitó del ingeniero autor de los planos, doctor Teodosio Moreno, que elaborara "sobre la base de la reunión de los dos predios un proyecto de partición de los lotes en los cuales dividió las manzanas en que distribuyó el globo de tierra que se formó por la unión de los dos predios"; "el ingeniero dividió a 'Las Alturas de San Vicente' en dos secciones; la sur, en catorce manzanas y la norte en tres, las que subdividió en los 42 lotes que el partidor adjudicó indistintamente a la cónyuge y a los herederos, es decir, no en forma continua o en bloque sino indiscriminadamente".

A los anteriores procederes se objeta que han debido repartirse entre los copartícipes los predios tal como fueron inventariados y sin consideración a la proyectada urbanización porque ésta se convino sin anuencia de la menor; porque en la adjudicación de los lotes no se observaron las reglas sobre igualdad, equivalencia y semejanza indicadas por el Código Civil, porque para las adjudicaciones ha debido tenerse en cuenta el avalúo dado en los inventarios, no el que dio el partidor a cada uno de los lotes; porque se dejó de adjudicar la extensión que reservó el partidor para parques, plazas y calles "para darla gratuitamente al Municipio"; porque a la cónyuge y a los demás herederos se les adjudicaron lotes unidos, no así a la menor, a quien se le señalaron en distintos lugares y sitios de la urbanización.

Luego de detenidas consideraciones sobre lo que en sentir del Tribunal jurídicamente encierra el contenido de los vocablos igualdad, equivalencia y semejanza, se anota en el fallo:

"La urbanización 'Alturas de San Vicente' es un hecho oficial de interés público para la ciudad de Barranquilla, dentro de cuyo perímetro se encuentra la mencionada urbanización, sometida —por acuerdos municipales vigentes— a una reglamentación pública que no puede desconocer el partidor...". "....el partidor se encontraba frente a una situación creada por actos del propio causante que lo obligaban a estimar para su trabajo de partición, no globos de terrenos incultos sino una urbanización proyectada y aprobada por las autoridades competentes..." "para acomodarse al principio dominante en la materia, que es la igualdad y equivalencia de los lotes por adjudicar, distribuyó los que les corresponden a cada partícipe en forma de que a cada adjudicatario le correspondiera adjudicación en todas y cada una de las manzanas de la urbanización...." "...el partidor consideró a los predios con un valor uniforme e idéntico, ajustándose en ello a la estimación pericial. Dentro de ese criterio dividió los dos lotes generales en seis partes, adjudicando tres a la cónyuge sobreviviente y una a cada uno de los tres herederos. En ese orden di-

miento "no jugó ningún papel el precio de los lotes...".

A la segunda objeción —adjudicación a la menor del lote "El Zulia" con cargo de cumplir en lo que a ello correspondía el pacto de retroventa convenido por el causante— explica el Tribunal:

Julio R. Consuegra por escritura pública número 1002 de 16 de abril de la Notaría 1ª de Barranquilla vendió al causante el terreno "El Zulia", reservándose el derecho de retrocomprar el inmueble al vencimiento de determinado plazo; en la diligencia de inventarios no se incluyó el inmueble con esta referencia, pero como el partidor tenía que atenerse a los términos de la escritura y a lo declarado en los inventarios hizo la adjudicación en la forma modal anotada en la partición. Como el juzgado oficiosamente declara que el plazo para la retroventa había vencido y que por ello la adjudicación procedía hacerse en forma pura y simple, este funcionario —dice— no sólo extralimitó sus funciones al hacer la declaración pertinente sino al declarar probada la objeción con base en esa consideración. Y agrega: "si no se hubiera adjudicado en la partición el inmueble objeto del pacto de retroventa a favor del señor Julio R. Consuegra, en la forma en que se hizo, ese hecho sí habría dado motivo a una objeción muy fundada pues se habría desconocido la situación jurídica creada en la diligencia de inventarios y avalúos...". "...el hecho de que el plazo del pacto está ya vencido, ello quiere decir que la referencia hecha por el partidor al deber de cumplirlo, no los obliga en principio si la controversia se encauza en la vía de un debate judicial".

Con esta motivación el Tribunal declaró no probada la objeción.

A la **tercera objeción** —adjudicación del crédito a favor de la sucesión y a cargo de la "Empresa Ganadera Palma"— dice en síntesis el Tribunal:

"En la diligencia de inventarios se relacionó el crédito en cuestión por el valor denunciado de $ 10.028.47. Durante el término probatorio del incidente practicó el juzgado una inspección ocular con intervención de peritos sobre el juicio de rendición de cuentas promovido por los herederos del causante contra la sociedad deudora del crédito con el resultado, de que los peritos lo avaluaron en la suma de $ 1.632.67. El Partidor adjudicó el crédito por el valor del inventario como era su deber hacerlo porque "el fijar o descubrir la cuantía exacta del crédito a que se refiere esta objeción tercera, sólo puede darse en el juicio de rendición de cuentas que ya mencionó el Tribunal. Adoptar una decisión contraria conduciría o podría conducir a que se creara una situación extraña y anómala, procesalmente hablando, es decir, que en aquel juicio y a la postre la referida cuantía sea señalada en un monto determinado, distinto del que ha fijado el juzgado en el auto de primero (1º) de marzo al declarar fundada esta objeción...". "...La prueba pericial practicada en el incidente de las objeciones recayo sobre un peritazgo realizado en otro juicio, el de rendición de cuentas que se mencionó ya, hecho que muestra que aquella prueba no tiene validez o eficácia en el incidente de objeciones...". "Al margen de un juicio de rendición de cuentas se ha querido señalar o descubrir la cuantía de un crédito vinculado a esa rendición".

El Juzgado declaró probada la objeción pero el Tribunal, con base en los razonamientos anteriores, revocó la determinación del inferior y declaró infundada la objeción.

Cuarta y quinta objeción.—Lo resuelto por el Tribunal en cuanto a éstas no son materia del recurso.

Sexta objeción. — Fijación de honorarios del partidor hecha por él mismo y señalamiento de un lote por ese valor para cubrirlos.

Considera el Tribunal que el problema planteado lo dilucidan los artículos 1343, 1390 y 1393 del Código Civil, que disponen en su orden:

"Sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de sus deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas".

"Las costas comunes de la partición serán de cuenta de los interesados en ella, a prorrata".

"El partidor, aún en el caso del artículo 1375 y aunque no sea requerido a ello por el albacea o los herederos, estará obligado a formar el lote o hijuela que se expresa en el artículo 1343, y la omisión de este deber le hará responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores".

Y aplicando el contenido de estas normas sienta el Tribunal sus conclusiones: "Por deudas **conocidas** habrá de entenderse no solamente las pecuniarias y cuya exigibilidad no admita dudas, sino también la deuda relativa al pago de honorarios del partidor". "Como las costas comunes

de la partición son de cuenta de los interesados, a prorrata, obviamente, sobre dichas cuotas debe ubicarse la obligación de sufragar esos honorarios.....". ".....El último artículo es aún más diáfano en el sentido de imponer al partidor el deber legal de incluir en la partición el lote o partida necesario para pagar sus honorarios porque ya dijo el Tribunal que entre las "deudas conocidas" a que se refiere el artículo 1363, debe ubicarse la obligación de sufragar esos honorarios".

Con base en los anteriores considerandos declaró el Tribunal infundada la objeción y revocó la decisión del inferior.

Séptima objeción.—La objeción no ha sido materia del recurso.

El recurso de casación

El recurrente "invoca como causal de casación la contenida en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. por los conceptos que en cada caso expresaré".

Refiriéndose a la primera objeción arguye: "Para el Tribunal no está justificada la primera objeción, pues en su concepto la partición no quebranta las reglas sobre continuidad, igualdad y semejanza establecidas en el artículo 1394 del Código Civil...". "Para el sentenciador, la transformación que hace el partidor de los inmuebles determinados en el inventario bajo las partidas 72 y 73 es legal, porque sus facultades no son precisas sino flexibles y ondulantes...". "...La alteración que de los dos inmuebles verifica la partición salta a la vista. Para verificarla basta comparar los inmuebles inventariados, por su cabida y linderos, con las adjudicaciones que de ellos se hacen, en pequeñas parcelas, en la partición, por su cabida y linderos...". "...En vez de la división proindiviso de las dos especies, que era la que correspondía efectuar conforme a las determinaciones del inventario y las prescripciones de la ley, se hace una partición material, para lo cual el partidor asume la triple función de agrimensor, perito y partidor". "Numéricamente la partición se ajusta al avalúo del inventario. Realmente es distinta. Y lo es, porque lo que según el inventario representa el valor de $ 115.136.00, es un lote de 32.856 m. c. y lo que representa un valor de $ 234.848.00, conforme al mismo acto, es un lote de 117.424 m. c." "Dichos valores los alteran la partición".

Finalmente, agrega: "Al haber aceptado el fallador la legalidad de la partición con tan graves anomalías, viola de modo directo por no haberlos aplicado al caso de autos, o por errónea interpretación, los siguientes preceptos del Código Civil: "Los artículos 1391, 1392 y 1394, porque todos ellos exigen, para alterar las reglas que gobiernan la partición, el consentimiento unánime y legítimo de todos los consignatarios. Uno de los consignatarios, la menor Angelina Rubio, no convino en las alteraciones, pues su representante legal, don Eduardo Rubio Rubio, no les dio su asentimiento. Y como tales requisitos los establecen, para la validez de la transformación que el partidor hizo de las especies inmuebles y el cambio de avalúo, los indicados preceptos, rectamente se concluye que al aceptar la legalidad de la partición, con pretermisión de las formalidades anotadas, se quebrantan dichas normas"...". "Los artículos 1115, 1494, 1495 y 1502, por estas razones: Conforme a la primera de dichas normas, los herederos representan al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y de acuerdo con las demás disposiciones, el contrato es una de las fuentes de las obligaciones, ya sean éstas de dar, hacer o no hacer, y para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, se requiere, entre otras condiciones, el consentimiento y la capacidad...". "Pues bien: la cesión de zonas de la urbanización 'Alturas de San Vicente' al Municipio de Barranquilla, no fue obligación contraída por el causante Angel M. Palma. Quien la contrajo, con mucha posterioridad a la delación de la herencia, fue el heredero Angel M. Palma Molinares, sin intervención de los demás partícipes de la sucesión. Así aparece de los considerandos y de la parte dispositiva de la Resolución número 61 de 1951".

"La partición impone a todos los consignatarios la obligación de ceder a la entidad municipal citada antes una zona de 6.529 metros para parques y plazas"...". "Se trata de una obligación de hacer convenida en un contrato consignado en un acto administrativo, respecto del cual mi mandante fue extraña, pues no intervino en la celebración de aquél su representante legal. Como los contratos obligan a las partes y no a terceros, sobreviene la infracción por el Tribunal de los preceptos citados antes".. "...A virtud de la cesión referida, no se dan a los sucesores del causante todos sus derechos transmisibles, pues tal acto los cercena, produciéndose así nuevo quebranto del artículo 1130, por falta de aplicación

al caso sub-lite"... "La obligación de ceder mencionada entraña también infracción, por falta de aplicación, del artículo 1394, que en su primer inciso le ordena al partidor liquidar "lo que a cada uno de los cosignatarios se deba".... "Es obvio que si se reduce la cabida de los lotes 72 y 73 para ceder una parte de ellos a extraños, la partición no adjudica a los partícipes todo lo que se les debe y a que tienen derecho...". "...La partición, en el fondo, dispone de bienes de los cosignatarios, pues tal es la finalidad de la cesión que ellos deben hacer al Municipio de Barranquilla de zonas para plazas y parques, desconociendo así la doctrina del artículo 669 del Código Civil, que le otorga la facultad de goce y disposición de bienes al titular de su dominio únicamente. Al hallar correcto dicho acto el Tribunal, viola tal precepto por falta de aplicación"... "...El Partidor deja sin adjudicar a los partícipes una zona para calles públicas, que es de 1.565 m. c., no obstante lo preceptuado en los artículos 1155 y 1394, inciso primero del C. C., y como tal proceder lo encuentra correcto el Tribunal, viola de modo directo dichos textos por falta de aplicación al caso de autos"

Consideraciones de la Corte

El juicio de sucesión es por su naturaleza de jurisdicción voluntaria pero incidentalmente se torna en contencioso cuando, como en el caso, surgen objeciones a la partición; entonces, el memorial de objeciones asume el carácter de verdadera demanda a la que debe recaer un fallo susceptible en todos los casos de recurso de casación, como que no es únicamente la sentencia aprobatoria la que puede someterse a este especialísimo trance procesal.

Estudio de los cargos en relación con cada objeción.

A la sentencia aprobatoria de la partición proferida por el Tribunal cuanto hace a la primera objeción, le hace el recurrente estos reparos:

Primer cargo

No estaba el partidor autorizado para la transformación que hace de los inmuebles determinados en el inventario bajo las partidas 72 y 73 en los 42 lotes que relaciona el plano de la urbanización convenida con prescindencia de la menor. Hubiera podido hacerla pero con el consentimiento legítimo y unánime de todos los cosignatarios. Como no medió tal consentimiento y el Tribunal en su fallo encuentra ajustado a derecho este proceder, incurrió en violación de los artículos 1391, 1392 y 1394 del Código Civil.

Considera la Corte:

Disponen en su orden los artículos citados:

El 1391, que el partidor está obligado a realizar el encargo dando estricto cumplimiento a las reglas prescritas por el Título X del Libro III del Código Civil a menos que los cosignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa; el 1392, que el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; el 1394, puntualiza y determina las reglas que el partidor debe tener en cuenta al proceder a la distribución del caudal hereditario.

La violación de estos principios se hace derivar, principalmente, de estas consideraciones: a) El representante legal de la menor no autorizó al partidor para subdividir los dos lotes del inventario en los 42 a que refieren las adjudicaciones de las hijuelas; b) No lo autorizó para señalarle precio a los 42 lotes del plano de la urbanización; c) No está acreditado que en la división o fraccionamiento de los lotes quedaran éstos con un valor igual en equivalencia y semejanza; d) En la partición no se observaron las reglas sobre igualdad equivalencia y semejanza que debió tener en cuenta el partidor al hacer la adjudicación de las especies; e) A la menor no se le adjudicaron, como si a los demás cosignatarios, lotes en forma continua; f) El caudal hereditario se mermó considerablemente con la cesión al municipio de parte de los dos lotes inventariados con destino a parques, plazas y calles; g) El partidor no estaba autorizado por el representante de la menor para señalarle precio a los lotes singulares de la urbanización, ni para hacer agrupaciones parciales de éstos, ni para señalarle precio a la agrupación y hacer luego con este cómputo la adjudicación de la sexta parte de lo correspondiente al avalúo dado por los peritos del inventario a los dos lotes generales.

Se explica:

Como quedó advertido, el partidor al estudiar lo relacionado con la adjudicación de los dos lo-

tes del inventario y a que hace referencia la objeción, encontró creada una situación que entendió que por motivo ni pretexto alguno podía desconocer. El causante señor Palma planeó la urbanización "Alturas de San Vicente" de los dos lotes del inventario y en su tiempo obtuvo la aprobación municipal del proyecto, previa presentación de los respectivos planos en donde, como es de rigor, debían figurar los señalamientos de extensiones para parques, plazas y calles; ésta la razón de las resoluciones oficiales expedidas por la Alcaldía de Barranquilla relacionadas al comienzo de este fallo. No fue, pues, este proyecto acto planeado por los herederos, lo fue por el propio causante, y como esa determinación, proyecto y convenio pactado con el municipio lo recibieron los continuadores del causante tan pronto como se sucedió el llamamiento de la ley a recoger la herencia del litigio, el proceder del partidor que se critica en la objeción resulta adecuado, como que éste limitó su actividad a respetar la voluntad del causante y la tácita de los herederos, pues no aparece que con posterioridad a la defunción del señor Palma hubiese mediado intervención contraria a éstos ni de la entidad municipal. En consecuencia este proceder del partidor no merece reparos de ninguna clase y los que se han hecho carecen de fundamento tanto más cuanto que las adjudicaciones se hicieron respetando el plano de la urbanización que era ya de carácter oficial.

Segundo cargo

Resulta cierto que los coasignatarios no dieron facultad al partidor para señalarle precio a los lotes de la urbanización y que adjudicó luego para pagarles el valor de sus hijuelas. La facultad la tomó del contenido de las normas legales que presiden la materia, las mismas que el objetante considera que han sido violadas. Se explica:

El partidor de una comunidad herencial debe conformarse al verificar las adjudicaciones, a las normas generales que señala el Título X del Libro III del Código Civil y que singularizan los artículos 1394 y 1395 de la misma obra: deberá ceñirse a la equidad teniendo en cuenta el valor que a los bienes se les haya dado en el inventario; deberá buscar la continuidad de lo adjudicado al tenor de las reglas 3 y 4 del citado artículo 1394, siempre y cuando que esta continuidad no ocasione perjuicios mayores al mismo adjudicatario o a los demás partícipes; procurará guardar la posible igualdad, es decir, adjudicará a los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad; deberá hacer los lotes en forma que procure no solo la igualdad sino también la equivalencia y semejanza.

Son los anteriores las principales normas que la ley previene para estos eventos y que ha impuesto el Legislador con el ánimo de que el partidor se compenetre con el artículo de equidad a que habrá de ajustarse, entre otros fines, con el de que se dé a cada uno de los herederos lo que en derecho y en justicia corresponda.

Ahora bien: ante el hecho evidente de la urbanización, sus lineamientos, determinaciones, número, localización, condiciones y calidad de los distintos lotes, debió atenerse el partidor al efectuar la distribución, es decir, debió tener en cuenta la demarcación y calidad de lotes según los planos de la urbanización. Y efectivamente, buscando la equivalencia, igualdad y semejanza de los lotes e inspirándose en la equidad hizo las adjudicaciones no en forma continua o en bloque, como entiende el objetante que ha debido hacerse, sino teniendo en cuenta, como se advierte en el trabajo, su localización en las manzanas, la ubicación de éstas, su proximidad a las extensiones para plazas y parques, lo que es lo mismo, apreciando los factores que estaban a su alcance para en justicia poder señalar a cada uno, lotes en sitios diferentes de la urbanización para así procurar justa compensación y equivalencia en los precios respectivos. Considera la Corte que si así no se hubiera procedido, es decir, si a la menor se le hubiesen adjudicado lotes en una sola manzana, para evitarle los perjuicios de su separación como lo quiere el objetante, se habrían dejado para las demás hijuelas, seguramente, lotes de mejor o de menor calidad, lo que en uno u en otro caso repugna a los anhelos de una división equitativa y justa. Y eso fue lo que evitó el partidor al hacer la distribución asignando precisamente lotes a los adjudicatarios en sitios y manzanas diferentes.

Es más: si se hubiesen adjudicado todos los lotes en común, a más de haber establecido el partidor una nueva comunidad, podría estarse arguyendo, que habiendo éste recibido el expediente en circunstancias ocasionadas a no crear indivisiones ni comunidades dentro de la misma comunidad universal cuyo encargo fácito era ponerle fin en lo posible, había incumplido su deber al cambiar ésta —la comunidad universal— por otras tantas con perjuicio, ese sí evidente no sólo

para los consignatarios sino para la economía procesal que propugna porque los litigios no se perpetúen. Apenas habrá que anotar que siendo 42 los lotes, el haberse adjudicado todos en común habría creado el partidor 42 comunidades más.

A la consideración, que el partidor no podía ponerle precio a cada uno de los lotes para luego adjudicarlos, explica la Sala:

La partición material de un predio para adjudicarlo por lotes a los copartícipes, supone, es obvio, que el avalúo de éstos se haya hecho singularmente o por lo menos que conste que las tierras que deben repartirse sean de valor uniforme, a propósito de que el partidor pueda adjudicar las porciones o formartas mediante mánsuras practicadas por él mismo; y supone también, que si el inmueble ha sido avaluado en globo puede tener necesidad de adjudicarlo proindiviso pues es innegable que él no ejerce funciones de perito avaluador.

Pero el anterior no es el caso del proceso. De un lado, porque los dos predios del inventario estaban antes de la partición divididos en lotes como lo revela el proyecto de urbanización planeado y convenido por el causante; de otro, porque el partidor no le puso precio a cada uno de los lotes, agrupó para cada adjudicatario lotes separados dentro del plano general buscando su igualdad, semejanza, calidad y ubicación dentro de la urbanización. Y teniendo en cuenta el precio global de los dos predios inventariados, mediante las proporciones consiguientes adjudicó a cada copartícipe tantos lotes cuantos cabían en sus respectivas cuotas —en el caso de la menor la sexta parte del valor de los dos inmuebles—. Es decir, señaló un precio global para la totalidad de los lotes de la menor pero teniendo en cuenta el proceso que igualmente siguió con la misma finalidad para hacer adjudicaciones globales de lotes a los demás adjudicatarios.

Este proceder lo encuentra la Sala ajustado a derecho, porque las reglas del artículo 1391 que el recurrente supone infringidas no son absolutas sino relativas, ni principios concretos de derecho positivo cuya infracción constituya causal de casación consistente en violación de leyes sustantivas.

Hubiérase demostrado que el valor de los lotes adjudicados a la menor en pago de su hijuela en relación con el que a su turno se señaló también globalmente a cada uno de los demás copartícipes es inequitativo, inequivalente, injusto, que hubo equivocación, falta de pericia o fraude en la apreciación y la acusación ante la Corte hubiese enfocado estos planteamientos, entonces, posiblemente, otras hubieran sido las consideraciones de este fallo. Pero se repite, no se queja el objetante de que el valor de los lotes adjudicados a la menor, guardadas proporciones con los adjudicados a los demás copartícipes, tengan alguna desigualdad o que medie indicio o conjetura que evidencie el más leve perjuicio; el ataque se enfoca en el sentido de que el partidor señaló precio a todos los lotes singularmente o a cada uno y que este precio fue arbitrario en general —lo que no resulta comprobado— y no que fue irregular o inequitativo el que en globo fijó para la adjudicación que se hizo a la menor.

Como la acusación en lo referente al cargo que se estudia la hizo el recurrente en forma global, la Corte se ha visto precisada a estudiar también globalmente los motivos aducidos; y como los encuentra carentes de eficacia los desecha para declarar infundado este primer cargo.

Tercer cargo

Los artículos 1115, 1494 y 1502 que se afirma resultan violados con ocasión del trabajo de partición y consiguientemente por efecto de la sentencia aprobatoria del respectivo trabajo, disponen:

El 1115, regula lo referente a asignaciones o legados para pobres; el 1494, consagra la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones (el acto jurídico, el acto ilícito, el enriquecimiento sin causa, la ley); el 1495, trae la definición de "contrato o convención"; y el 1502, señala las condiciones que exige la ley para que una persona se obligue a otro por un acto o declaración de voluntad.

Como se nota, las normas sustantivas citadas no tienen ninguna incidencia en los hechos materia del recurso de casación si se considera el ámbito, contenido y forma como ha sido planteado.

Pero se arguye que la cesión de zonas de la urbanización "Alturas de San Vicente" en favor del Municipio de Barranquilla con destino a parques, calles y plazas no fue obligación contraída por el causante sino que fue convenida por los copartícipes con prescindencia de la menor. De esta afirmación deduce el recurrente el quebranto de las normas anteriores, entre otras razones porque "la partición, en el fondo, dispone de bienes de los consignatarios, pues tal es la finalidad

de la cesión que ellos deben hacer al Municipio de Barranquilla de zonas para plazas y parques, desconociendo así la doctrina del artículo 669 del Código Civil, que le otorga la facultad de goce y disposición de bienes al titular de su dominio únicamente. Al hallar correcto dicho acto el Tribunal, viola tal precepto por falta de aplicación".

En relación con este cargo se advierte, la Sala estima adecuadas y justas la razones del Tribunal y que llevándolo a darle negativa a la objeción, porque está debidamente demostrado que la urbanización —se repite— la planeó el causante y que el convenio con el municipio sobre cesión de zonas para los fines indicados lo concertó el mismo señor Palma, siendo consiguientemente, la cesión de las áreas al Municipio resultado de un acto voluntario del causante cuyas consecuencias transmitió a sus herederos. Es más, el partidor no impuso como lo cree el recurrente, la obligación de ceder las zonas en cuestión; al contrario, las adjudicó en común para que a su turno, si lo estimaban conveniente, en su tiempo cumplieran con la obligación que les dejó el causante si en fin de fines la urbanización se realizaba.

Son suficientes las consideraciones anotadas para desestimar el cargo estudiado en último término y consiguientemente para declarar, que no prosperando ninguno de los otros como se ha venido viendo, lo procedente es declarar infundada la objeción.

Segunda objeción

Se adjudica a la menor la sexta parte de la finca "El Zulia" con cargo de allanarse, si fuere el caso, a cumplir el pacto de retroventa convenido en la escritura declarativa de la venta que le hizo el señor Consuegra al causante.

Ya viene copiado el texto de la motivación fundamento del cargo que se contrae a afirmar que como el plazo para el ejercicio del derecho de retrocomprar estaba vencido, no debió hacerse en la adjudicación memoria de la expresada condición pactada en la escritura sino que ha debido hacerse la asignación en forma pura y simple "y que como el Tribunal no vio esta circunstancia —el vencimiento del plazo— al estudiar este instrumento, incurrió en error de hecho al apreciarlo, error que lo condujo al quebranto de los artículos 1759, 1494, 1495, 1602 y 1603 del Código Civil".

Considera la Corte:

El sentenciador apreció debidamente el instrumento criticado en la parte que dice relación al cargo, porque su texto evidencia que el traslado del dominio del inmueble quedó condicionado, en el tiempo, al derecho del vendedor de retrocomprar el bien dentro del plazo convenido. Consiguientemente si el partidor al hacer las adjudicaciones hizo constar tal circunstancia en las hijuelas, apenas si constató la obligación correlativa contraída por el causante y que intacta pasó a sus herederos. En cuanto a que el plazo para el ejercicio del derecho de retrocomprar había caducado y por esta razón no ha debido hacer la adjudicación en la forma modal anotada en la cartilla, sólo puede responderse que como el partidor de bienes no tiene funciones jurisdiccionales ningún principio legal le habilitaba para dar por vencido el plazo determinado en el contrato. Más aún: el tenor de las disposiciones que se dicen quebrantadas por el sentenciador al no haber declarado probada la objeción, ponen de manifiesto que no inciden en el caso. Precisamente, porque como la escritura a términos legales "no hace plena fe en cuanto a las declaraciones que en ella hagan los contratantes" (artículo 1759 del C. C.) no podía el partidor determinar por sí y ante sí lo relacionado con el vencimiento del plazo para la retroventa. Será el juez competente mediante los pedimentos adecuados quien previa postulación podrá avocar el estudio de estos planteamientos.

Toda obligación pactada, la de autos naturalmente (artículo 1494 del C. C.) nació al otorgarse el instrumento; el partidor al respetar este mandato en su trabajo de partición no pudo quebrantar la disposición. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1602 del Código Civil), y además como las partes deben desarrollar sus convenios de buena fe (artículo 1603 del Código Civil), natural era que el partidor hubiera hecho la adjudicación del inmueble "El Zulia" con la constancia expresa de la obligación deducible del pacto de retroventa.

Evidencia lo brevemente expuesto que el sentenciador ni directa ni indirectamente quebrantó las expresadas normas. Siendo así, deberá declararse infundado el cargo y consecuencialmente no fundada la objeción.

Tercera objeción

El crédito adjudicado a la menor y a cargo de la "Empresa Ganadera Palma", se alistó en los inventarios por valor de $ 10.023.67 cuando en realidad para el día de la muerte del causante, por abonos hechos a la cuenta, estaba reducido a la suma de $ 1.683.67 como se acreditó durante el término probatorio del incidente.

El abogado de la parte actora al fundamentar la objeción ante el juzgado de la primera instancia advierte, que por tratarse de un crédito de cuantía discutida ha debido adjudicarse por su valor en los inventarios pero en común a todos los asignatarios. Así lo estimó el juzgado, pero el Tribunal al revocar la decisión apreció lo contrario en vista de las razones que ya vienen anotadas.

Pero ocurre que ante la Corte no se atacan las razones de la determinación del Tribunal ya que el recurrente formula el cargo en los siguientes términos: "Al reconocer el sentenciador como verdaderamente existente el crédito inventariado por $ 10.023.67, y al exigirle a la menor Angelina Rubio la prueba de que ese es un crédito averiado o inexistente, viola directamente el artículo 1757 del Código Civil y el 595 del Código Judicial, en cuanto se pide prueba de una negación". Como se ve, desvió el recurrente el fundamento de la objeción planteada en las instancias para adentrarse en simples apreciaciones relativas "al litigante o parte que debió haber demostrado en el incidente de objeciones que el crédito era averiado o inexistente"; hubiera el recurrente insistido en su primitiva posición y otras seguramente habrían sido las consideraciones de la Sala. Confirma el anterior aserto la letra de los artículos 1502, 1757 del C. C., y 595 del C. J. que en orden al recurso se consideran quebrantados por el sentenciador y que establecen "a quién incumbe probar las obligaciones", "los requisitos de fondo necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad", "que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas".

Sin más consideraciones se rechaza por improcedente o como no vinculante a la materia cuestionada el cargo fundamento de la objeción.

Sexta objeción

Refiriéndose el recurrente a esta objeción —honorarios del partidor— formula a la decisión del Tribunal dos cargos:

a) Como "el partidor no puede transferir a nadie ni menos a él mismo los bienes de la herencia, para incorporarlos a su patrimonio es preciso adjudicarlos a los herederos por el modo de la sucesión, y después, adquirirlos de ellos por el modo de la tradición". Tal es el régimen legal que se desprende de los artículos 669, 673, 740 a 753 y 1008, 1011 y 1013 del Código Civil.

b) "Como el Tribunal declaró que el partidor puede adjudicarse en pago de sus honorarios el dominio de bienes de la sucesión, ha infringido los artículos 1494 y 1502 del Código Civil, toda vez que si las hubiera aplicado rectamente habría tenido que concluir que los bienes hereditarios no se transmiten, al menos por regla general, sino por el modo y forma de la sucesión hereditaria y que la transferencia a extraños no puede operarse sino por medio de la tradición, previo contrato, que presupone el concurso de voluntades capaces de contratar y obligarse.

Considera la Sala:

No se discute por el recurrente lo relacionado con el **quantum** del honorario estimado por el partidor como retribución de su trabajo. Al contrario, como atrás se vio, manifiesta que la menor está dispuesta a sufragar el valor de ese honorario, expresa condición de que el lote que el partidor se adjudicó se le agregue a su respectiva hijuela; lo que no acepta es que el partidor para el fin indicado —el pago de sus honorarios— se haya adjudicado un bien de la sucesión por el avalúo que él mismo fijó.

A falta de fijación testamentaria, y aún a veces con ella, el honorario del partidor se determina por acuerdo entre las dos partes, y ocurre con frecuencia que el partidor indica la cifra respectiva al hacerla figurar en las conclusiones de su trabajo; y si nadie la objeta, se presume que hay asentimiento tácito entre todos los interesados. Pero lo que no autoriza la costumbre ni mucho menos la ley en ningún caso ni pretexto es que el partidor se haga su hijuela previo señalamiento del valor de los bienes que escoja o separe para cubrir el valor del honorario que él mismo se fijó.

El partidor por razón de su especial función no se convierte en acreedor del causante ni tampoco de la sucesión; cumplido el encargo lo será de los herederos, como tales, que es cosa muy distinta. La misión y atribuciones del partidor no dan para tanto, son en derecho restringidas y en

forma que si no está facultado para resolver cuestiones de dominio mal puede estarlo para atribuírselo a sí mismo ni para disponer del destino de los bienes sucesorales a no ser para adjudicarlo y distribuirlo entre los herederos; la diligencia de inventarios y avalúos es la base para el trabajo del partidor, quien distribuye y liquida de acuerdo con lo inventariado y avaluado; y apenas habrá para qué recordar que los honorarios de éste por no ser deuda o crédito a cargo de la sucesión ni del causante no podrá ser nunca materia de adjudicación especial en la partición.

Es más: para prevenir dificultades, entre otras el difícil pago de los honorarios del partidor, ha establecido la ley que en toda partición habrá de hacerse la necesaria hijuela de gastos en los que puede comprenderse aquella agencia, para que luego, en su caso, y por la vía adecuada obtenga el interesado la satisfacción del honorario. Con la tesis o supuesto de que el honorario discutido puede considerarse como deuda conocida del causante, como lo cree el Tribunal y de que fuera aceptable que a cada acreedor pudiera hacérsele su correspondiente hijuela con bienes avaluados por el propio partidor, se llegaría a la conclusión absurda de que en no pocos casos no es el heredero el sujeto dueño de disponer de los haberes sucesorales sino que lo es el partidor.

Explicado lo anterior procede concluir que incurrió el sentenciador en ostensible violación de las normas legales relacionadas en el cargo en cuanto su contenido dispositivo incide en las consideraciones que ha hecho la Corte.

Deberá pues, declararse probada esta objeción, y en esa consonancia y por los razones dichas, procede infirmar la sentencia recurrida, para previa reforma del fallo de primer grado, proferir la sentencia que a la Corte como Tribunal de instancia le corresponde dictar.

LA SENTENCIA

Las consideraciones anteriores constituyen la motivación de la sentencia que corresponde dictar a la Corte como tribunal de instancia con motivo de la casación del fallo revisado, consecuencia del recurso extraordinario que ha prosperado en relación con la objeción sexta estudiada en último término, por cuanto a la séptima no se hizo extensiva la demanda. Habiendo prosperado aquélla, el partidor en su nuevo trabajo deberá adjudicar en común a todos los consignatarios por el precio de $ 20.000.00 moneda corriente el lote materia de la objeción, si la menor, legalmente representada, u otro de los herederos optare por pagarle al partidor el valor del honorario de $ 20.000.00, que sin objeción alguna señaló como valor de su trabajo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia aprobatoria de la partición dictada en el presente juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha primero de agosto de 1955, reformada la dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad y falla el negocio así:

1º—Declárase infundadas y no probadas las objeciones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 7ª propuestas por el curador ad-litem de la menor Angelina Rubio Palma al trabajo de partición presentado por el partidor nombrado en este juicio.

2º—Declárase probada la objeción sexta propuesta por el curador ad-litem de la menor Angelina Rubio Palma al trabajo de partición, la que deberá rehacerse dentro del término de treinta días contados a partir de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que habrá de proferir el juez del conocimiento.

3º—Al rehacerse la partición, procederá el partidor a adjudicar en común y proindiviso a todos los coparticipes, y por el precio de $ 20.000.00 moneda corriente, el lote materia de la objeción que se declara probada.

Parágrafo.—Si la menor, por conducto de su representante legal, u otro de los coparticipes optare por pagarle al partidor el valor del honorario de $ 20.000.00 moneda corriente en que éste, sin objeción alguna, estimó como precio de su trabajo, se le hará a quien corresponda la adjudicación del lote previas las respectivas constancias en su hijuela.

4º—Cumplido lo anterior, el señor juez del conocimiento dictará las demás disposiciones pertinentes en orden a hacer viable la protocolización legal del expediente.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. **Jesús María Arias**—**Guillermo Gerardo Durán. Juan M. Pachón Padilla**—Francisco de P. Vargas. **Jorge Soto Soto**, Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — DIVERSAS FORMAS DE VIOLACION DE LA LEY.—VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA.—ERRORES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — DEMANDA DE CASACION. — TECNICA DEL RECURSO. ELEMENTOS DE LA POSESION

1. — Con extremada frecuencia, los recurrentes en casación, antes de estructurar y desarrollar sus cargos contra la sentencia que acusan, enuncian la violación de la ley bajo los términos literales que da el artículo 520 del C. J. —causal primera— como si éstos implicaran un concepto acumulativo o conjuntivo, y no disyuntivo o alternativo como lo es, para que se invoque de las tres formas, la pertinente, salvo que se dé el caso de diversas violaciones ubicadas en cada forma o concepto de la violación, mediante la discriminación y separación técnicas, con la demostración precisa y fundamental de cada cargo, para que la Corte se vea avocada al estudio exhaustivo, si no hallare la violación en los que se vayan aduciendo en su origen lógico.

La causal primera mencionada, contempla tres formas o conceptos diferentes de violación de la ley sustantiva, que deben invocarse separadamente, por la naturaleza y fines, al igual que por sus efectos doctrinarios: en la primera forma, se ataca la sentencia por OMISION INDEBIDA, es decir, por no haber aplicado el texto legal sustantivo que en el derecho objetivo está destinado a resolver con acierto el hecho litigioso planteado por las partes; en su segunda forma, se ataca la sentencia por ACCION DESACERTADA, es decir, por haberse aplicado a la solución de la litis un texto legal que es extraño a los hechos demostrados y pretensiones de las partes; y en su tercera forma, se ataca la sentencia por INTERPRETACION ERRONEA de la ley sustantiva, aplicada o no al caso controvertido con error jurídico en el significado sustancial y alcance estricto de la norma legal que regula los derechos sustantivos. Son tres formas de violación directa de la ley que proyectan sus efectos al ámbito doctrinal, de manera diferente, según se trate de volver por el imperio, fuerza y aplicación de la norma que el fallador no aplicó, por considerarla ajena al caso, por inadvertencia, ignorancia, etc., a pesar de consagrar claramente, por acción o por excepción el derecho reclamado; o que aplicó indebidamente, y por iguales circunstancias, sin que ella regulara tal derecho; o que se analizó e interpretó erróneamente para darle o negarle su aplicación, caso éste que ocasiona con mayor intensidad y frecuencia la formación doctrinaria para generalizar y aplicar uniformemente la ley en toda la nación, con igual alcance para todos y que permita a la vez dentro de una sabia y sana hermenéutica, desentrañar conceptos nuevos en función de perfeccionar los sistemas jurídicos para el avance funcional de las instituciones, adaptando la ley a las crecientes exigencias de la vida jurídico-social, con lo que suele entenderse por nuevas creaciones del derecho en su esencia y fines que deben responder a la Justicia.

Por eso, la técnica de casación, bastante dominada por el formulismo, no permite que una sentencia se acuse como violatoria de la ley, en términos generales y forma global, sino que exige, como cosa de excepcional trascendencia, que se discriminen específicamente los diversos casos de violación directa contemplados en la causal primera del artículo 520 del C. J. Sólo así se atiende a la naturaleza especial y extraordinaria del recurso que obedece a una sistematización legal técnica, de mecanismo estricto y preciso para presentar la sentencia sustancialmente enfrentada con la ley, demostrando el fundamento de ello y la necesidad de infirmar aquélla, para obtener como cosa primordial el predominio y defensa de ésta y salvar, como cosa accesoria, el derecho conculcado de la parte recurrente.

Pero en las más de las veces, ocurre que

la violación de la ley no se produce de manera DIRECTA, sino INDIRECTA, es decir, originada en errores MANIFIESTOS DE HECHO, por pasar inadvertida una prueba o tenerse como tal una que no existe; o en ERRORES DE DERECHO, al estimar la prueba, dándole fuerza o efecto que no le da la ley o negándole el que sí le da. Entonces, sólo por medio o al través de tales errores, se llega a la violación directa de la ley, en cualquiera de las formas especificadas. En tal caso debe el recurrente demostrar que por causa de tales errores, no se llegó por el fallador hasta el momento preciso de aplicar la ley sustantiva que debió aplicar, o que por la misma causa aplicó indebidamente la no aplicable, resultando entonces la violación directa de que habla el inciso primero de la causal mencionada, previa la violación medio, en la estimación o apreciación de orden probatorio.

2.—La Corte ha exigido que la demanda fundamental del recurso de casación, debe presentarse con sujeción estricta al formulismo legal y técnico obligatorio, por especificación discriminada y no disyuntiva u opcional, para que el opositor pueda puntualizar el cargo y rebatirlo y no se entorpezca el poder decisivo de aquella entidad, que en el análisis de los problemas planteados tiene que seguir sólo la ruta clara que le señala el acusador, por no tener ella la amplia facultad del fallador de instancia. Si tal ruta resulta imprecisa, ambigua y desviada, el recurso fracasa, aunque el fallo sea en realidad violatorio de la ley sustantiva, cuyo imperio no puede restablecer la Corte de manera opcional y oficiosa.

3.—La POSESION no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia como hecho externo a CORPUS, aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, —ANIMUS DOMINI— o de hacerse dueño —ANIMUS REBUS SIBI HABENDI—, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias)

El presente fallo decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora, en el ordinario de Rafael Casallas H. contra Isidora Nava v. de Nieto y otros, sobre declaratoria de pertenencia, por prescripción adquisitiva de dominio.

CAPITULO PRIMERO

Síntesis de hechos y del juicio

1.—Los señores Hermógenes González y Petronila Nava, cónyuges entre sí, fueron dueños proindiviso, de un inmueble rural ubicado en jurisdicción de Zipaquirá, definido dentro de los siguientes linderos y denominado "La Tibia" o "Crisantema": "Por un costado quebrada de 'La Tibia' al medio con terrenos que fueron de Vicente Algarra y Salustiano Guarín, hoy de las sucesiones de las señoritas Elisa y Clementina Bernal Morales; por otro costado hoy con terrenos de las mismas sucesiones de Elisa y Clementina Bernal Morales; por otro costado, con camino que de Zipaquirá conduce a Cogua, y por el último costado con terreno que fue de Luis A. Rodríguez, hoy de sus herederos".

2º—Teresa González Nava, hija de los citados dueños del predio, contrajo el 5 de febrero de 1910, matrimonio con el señor Rafael Casallas H. (fl. 7 vto. C. número 1).

3º—Isidora Nava, hija de la cónyuge, Petronila Nava, contrajo el 30 de noviembre de 1912, matrimonio con Celedonio Nieto (fl. 22, cuaderno número 1).

4º—De este matrimonio procedieron los siguientes hijos: Alfonso, Hernando y Cecilia Nieto Nava.

5º—Por la escritura número 280 de 2 de mayo de 1918, otorgada ante la Notaría de Zipaquirá, los cónyuges Hermógenes González y Petronila Nava, transfirieron a sus citadas hijas, Teresa González de Casallas e Isidora Nava de Nieto, la nuda propiedad del inmueble descrito en el numeral 1º, a título de venta, por quinientos pesos ($ 500.00) que declararon recibidos por iguales

partes, de manos de las adquirentes. Son términos literales de la escritura los siguientes: "Los vendedores se reservan el derecho de goce y usufructo del terreno vendido, por los días de la vida de éstos. Presentes los compradores e impuestos del contenido de esta escritura, la aceptaron lo mismo que la venta que se les hace, que ya tienen cubierto el precio de ella y que reconocen en favor de los vendedores el derecho de goce y usufructo que éstos se reservan por los días de su vida, y que cumplirán las deberes de su cargo". (Fls. 19 a 20, C. número 1).

6º—Ni la adquirente, Isidora Nava de Nieto, ni su cónyuge Celedonio Nieto, volvió a intervenir en nada relativo a su derecho de nuda propiedad, quizá porque de los vendedores, con reserva de usufructo, la señora Petronila Nava sólo murió en 1928 y Hermógenes González en 1944.

7º—En cambio, la otra adquirente proindiviso, Teresa González, se trasladó con su marido Rafael Casallas a vivir al lado de sus padres vendedores, inmediatamente, y Casallas se dedicó a trabajar en la finca, habitar en la casa, dirigir trabajos, vender productos, hacer pagos y mejoras, etc., al lado de sus suegros ya de avanzada edad y físicamente imposibilitados para hacerlo personalmente, dejándolo todo a su yerno que con ellos vivía. Así aparece de múltiples declaraciones por él aportadas y que en su lugar serán analizadas.

8º—Parece que por las expresadas circunstancias de que la adquirente Isidora Nava, siguió viviendo independientemente de sus vendedores, y no así Teresa González de Casallas, quien continuó al lado de sus ancianos padres, quizá atendiéndoles con la solicitud debida, los cónyuges González Nava, resolvieron vender a su hija Teresa González de Casallas, cuanto derecho les quedara en la finca de que se ha hecho referencia, y el 20 de octubre de 1928, comparecieron ante la misma Notaría de Zipaquirá y por la escritura número 821 de esa fecha declararon que Isidora Nava de Nieto no les había pagado el precio de la mitad vendida por la escritura número 280 de 1918, aunque en ésta expresaron claramente que lo habían recibido; que Isidora les debía seiscientos pesos, que no le habían entregado la finca vendida en 1918, porque no les había pagado y porque se reservaron el usufructo; y dicen literalmente, con la aprobación de Teresa González y de su esposo Rafael Casallas, quienes concurrieron a aceptar y recibir la escritura: "Que por tanto, Petronila Nava y Hermógenes González en su calidad de poseedores usufructuarios de las fincas y con consentimiento y a ciencia y paciencia de Isidora Nava y esposo, mejoraron dichas fincas (dos lotes en uno), edificando en uno de ellos una construcción de piezas de teja y tapia, ventanas, puertas, etc., y en la otra, paredes, cercas, divisiones y demás obras necesarias para darle más valor a las mismas fincas y por consiguiente, mayor comodidad para su uso". Agregan luego, que venden a su hija Teresa González de Casallas todo derecho y acción, usufructo, mejoras, edificaciones que tengan sobre las mencionadas fincas' "inclusive la 'posesión material y real que sobre ellas han tenido". Al acto compareció Rafael Casallas, para aprobarlo y suscribirlo con su cónyuge doña Teresa, sin reclamar nada contra las declaraciones de posesión, mejoras, construcciones, etc., que hacían sus suegros y que vendían a su cónyuge (fls. 8 vto. a 10, C. número 5).

9º—A los diez y seis meses de hecha la escritura y venta a que se contrae el numeral anterior, el 5 de febrero de 1928, murió la cónyuge vendedora, doña Petronila Nava de González (fl. 49, C. número 1).

10.—A su vez, el otro cónyuge vendedor, don Hermógenes González, sólo murió el 16 de marzo de 1944, a la edad de 88 años (fl. 27, C. número 1).

11.—La compradora, por mitad, de la nuda propiedad, doña Isidora Nava, quedó viuda, por muerte de su marido don Celedonio Nieto, el 1º de marzo de 1935 (fl. 22, C. número 1).

12.—Por lo tocante a la otra compradora, doña Teresa González de Casallas, murió el 14 de junio de 1948 (fl. 8, C. número 8) quedando viudo y como representante de la sociedad conyugal disuelta e iliquida, su esposo don Rafael Casallas II. pues no consta que en el matrimonio hubiera hijos.

13.—A los dos meses de muerta Teresa González de Casallas, su hermana, Isidora Nava v. de Nieto, el 16 de agosto de 1948, como copropietaria de aquélla en la finca de que se ha venido hablando, inició a nombre de la sociedad conyugal que formó con su marido Celedonio Nieto, juicio divisorio contra la sociedad conyugal disuelta e iliquida que formaron su hermana Teresa González y Rafael Casallas II., a quien se demanda como representante de dicha sociedad. El señor Casallas comparece a oponerse a la división y al contestar la demanda funda la oposición expresando claramente que como Hermó-

genes González y Petronila Nava vendieron el 29 de octubre de 1926 a Teresa González, todo lo que les pertenecía en dicha finca, desde entonces doña Teresa se posesionó de ella y más tarde lo hizo su esposo don Rafael Casallas, sin reconocer dominio, por lo cual niega el derecho de propietaria que invoca Isidora Nava v. de Nieto al pedir la participación a nombre de la sociedad conyugal para la cual adquirió en 1918, conforme a la ley (fl. 11, C. número 1).

14.—La actora en ese juicio, acompañó la escritura por la cual adquirió la mitad de la finca en 1918 y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá en el cual consta que sigue figurando, a la fecha de la demanda, como dueña proindiviso con su hermana Teresa (fl. 20). Con esa y otras pruebas se tramitó el juicio que terminó con providencia adversa para ella en la primera instancia, pero favorable en la segunda, mediante estupendo estudio que hizo el Tribunal, sobre los elementos de hecho y derecho, en fallo de 22 de octubre de 1943, ejecutoriado y traído como prueba de la partición decretada. (Fls. 10 a 19, C. número 1)

15.—Ante esa situación jurídica, que puso en poder de doña Isidora Nava v. de Nieto, la mitad de la finca que había comprado en 1918, y usufructuado largos años don Rafael Casallas, éste ideó otro medio de obtener se le declarara propietario de ella, o sea que al año de haberse decretado contra él la aludida partición, ejerció la acción de pertenencia, por prescripción adquisitiva de dominio. Para tal efecto, dio poder al doctor Honorato García, el 13 de octubre de 1949, en el cual dice: "...para que a mi nombre y representación ejercite las acciones que mi poderdante (sic) creyere oportuno y necesario, especialmente la acción adquisitiva de dominio, por prescripción, a fin de que en virtud de esta acción se me reconozca dueño legítimo de un inmueble ubicado en el partido o lugar denominado 'La Tibia' o 'Crisantema' de esta jurisdicción de Zipaquirá, y que está delimitado así:..... (Transcribe los linderos del inmueble varias veces mencionado en los puntos anteriores, especialmente en el numeral 1º).

16.—El mandatario judicial, presentó su libelo en la misma fecha del poder, 13 de octubre de 1949, ante el Juez del Circuito en lo Civil de Zipaquirá, contra Isidora Nava v. de Nieto y sus hijos Alfonso y Cecilia Nieto Nava, como representantes de la sucesión de Celedonio Nieto, libelo adicionado el 31 de marzo de 1950 para hacerlo extensivo a Hernando Nieto Nava. Pide que se declare que Rafael Casallas H. ha estado en posesión permanente durante treinta años, como dueño y señor, sin reconocer dominio ajeno, del lote mencionado y que se declare: "que mi poderdante Rafael Casallas H. ha adquirido el dominio, por prescripción adquisitiva con mejoras, y esos inmuebles son de su propiedad".

Casallas pide exclusiva y personalmente para él y nada para la sociedad conyugal que formó con doña Teresa González, compradora en parte de ese lote en 1918, ni para la sucesión de ésta, muerta en 1948. Tampoco demanda a la sociedad conyugal que don Celedonio Nieto formó en 1912, doña Isidora Nava, compradora de la otra mitad en 1918, sino a la sucesión de Celedonio Nieto, quien no fue el adquirente.

17.—Admitida la demanda y tramitado el juicio en la primera instancia, terminó en ella con la sentencia de 17 de febrero de 1954, legible al folio 72 al 76 del C. número 1, que relaciona los hechos y peticiones de la litis, la personería de las partes en cuanto a su representación en el juicio, la situación de mero tenedor que el actor tuvo del inmueble cuya propiedad pretende, la confesión de haber reconocido a sus suegros como poseedores y también de haberlo aceptado así al firmar la escritura 824 de 1928 y haber concurrido al juicio divisorio en 1948, a nombre de la sociedad conyugal, etc., con base en todo lo cual se declaró no probada la prescripción adquisitiva del dominio reclamado.

18.—Recurrido dicho fallo para ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, previa la tramitación de la segunda instancia, se confirmó la sentencia apelada el 12 de marzo de 1955, previo detenido análisis de pruebas y estudio jurídico para concluir que el actor no tiene el derecho que pretende.

19.—No satisfecho el demandante con el fallo del Tribunal, interpuso el recurso de casación contra él y previa estimación pericial de la cuantía, en quince mil pesos ($ 15.000.00) se le concedió el recurso el 3 de agosto de 1955; la H. Corte lo declaró admisible el 7 de septiembre siguiente.

20.—Dentro del término legal, con fecha 5 de octubre de 1955, el recurrente produjo su libelo acusatorio de la sentencia recurrida, solicitando la infirmación de ella, sobre lo cual procede a decidir esta Corporación.

CAPITULO SEGUNDO

El libelo acusatorio

El recurrente al hacer la síntesis de hechos y del juicio, conforme al mandato del artículo 531 del C. J., expresó que ha pedido se le reconozca el derecho de dominio sobre la finca materia del pleito, por haberla adquirido por prescripción extraordinaria, poseyéndola durante el tiempo determinado en las leyes vigentes. Su alegato de segunda instancia sirve para aclarar que ese tiempo es el extraordinario de treinta años, aunque ahora considera que le bastan veinte, estimando que puede acogerse a la ley 50 de 1936, como adelante se verá.

Hace una breve referencia y somero análisis de las pruebas aducidas por las partes, la que amplía al fundamentar los diversos motivos que invoca para demostrar sus cargos. Pero se detiene de modo especial, en la prueba testifical que aportó la parte demandante y se queja de que el juez de primera instancia haya repreguntado a los declarantes, sin que aparezca el pliego de repreguntas, que en realidad no aparece, pero sí está dictado y ejecutoriado, sin reclamación alguna, el auto que ordena repreguntar a los testigos, de conformidad con el pliego de repreguntas presentado (C. número 5, fl. 3 vto.) con memorial expreso que aparece en los autos. Entra luego, antes de formular los cargos, a esbozar la motivación que el Tribunal hace para fundamentar su sentencia adversa a las pretensiones del demandante, y expresa que el planteamiento jurídico no deja margen a observación alguna, si se hubiera rectamente aplicado al caso controvertido, lo que no se hizo, por errores de hecho y de derecho en la estimación y apreciación de las pruebas, lo que ha motivado el recurso extraordinario que sustenta en su libelo.

La casación, su enunciación y técnica

El recurrente enuncia los cargos, de la siguiente manera: "Invoco como causal de casación la primera de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, pues la sentencia recurrida viola la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, y la violación de la ley proviene de apreciación errada de las pruebas aducidas al juicio por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la estimación de varios elementos probatorios aducidos al juicio, y en error de hecho al no haber estimado otros que se adujeron al juicio, error que aparece de manifiesto en los autos, como lo voy a demostrar".

Como se ve, el recurrente afirma que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", agregando claramente que la violación proviene de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los elementos probatorios aducidos al juicio.

Con extremada frecuencia, los recurrentes en casación, antes de estructurar y desarrollar sus cargos contra la sentencia que acusan, enuncian la violación de la ley bajo los términos literales que da el artículo 520 del C. J. —causal primera— como si éstos implicaran un concepto acumulativo o conjuntivo, y no disyuntivo o alternativo como lo es, para que se invoque de las tres formas, la pertinente, salvo que se dé el caso de diversas violaciones ubicadas en cada forma o concepto de la violación, mediante la discriminación y separación técnicas, con la demostración precisa y fundamental de cada cargo, para que la Corte se vea avocada al estudio exhaustivo, si no hallare la violación en los que se vayan aduciendo en su orden lógico.

La causal primera mencionada, contempla tres formas o conceptos diferentes de violación de la ley sustantiva, que deben invocarse separadamente, por la naturaleza y fines, al igual que por sus efectos doctrinarios: En su primera forma, se ataca la sentencia por **omisión indebida**, es decir, por no haber aplicado el texto legal sustantivo que en el derecho objetivo está destinado a resolver con acierto el hecho litigioso planteado por las partes; en su segunda forma, se ataca la sentencia por **acción desacertada**, es decir, por haberse aplicado a la solución de la litis un texto legal que es extraño a los hechos demostrados y pretensiones de las partes; y en su tercera forma, se ataca la sentencia por **interpretación errónea** de la ley sustantiva, aplicada o no al caso controvertido, con error jurídico en el significado sustancial y alcance estricto de la norma legal que regula los derechos sustantivos. Son tres formas de violación directa de la ley que proyectan sus efectos al ámbito doctrinal, de manera diferente, según se trate de volver por el imperio, fuerza y aplicación de la norma que el fallador no aplicó, por consideraría ajena al caso, por inadvertencia, ignorancia, etc., a pesar de consagrar claramente, por acción o por excepción el dere-

cho reclamado; o que aplicó indebidamente, y por iguales circunstancias, sin que ella regulara tal derecho; o que se analizó e interpretó erróneamente para darle o negarle su aplicación, caso éste que ocasiona con mayor intensidad y frecuencia la formación doctrinaria para generalizar y aplicar uniformemente la ley en toda la nación, con igual alcance para todos y que permite a la vez dentro de una sabia y sana hermenéutica, desarrollar conceptos nuevos en función de perfeccionar los sistemas jurídicos para el avance funcional de las instituciones, adaptando la ley a las crecientes exigencias de la vida jurídico-social, con lo que suele entenderse por nuevas creaciones del derecho en su esencia y fines que deben responder a la justicia.

Por eso, la técnica de casación, bastante dominada por el formulismo, no permite que una sentencia se acuse como violatoria de la ley, en términos generales y forma global, sino que exige, como cosa de excepcional trascendencia, que se discriminen específicamente los diversos casos de violación directa contemplados en la causal primera del artículo 520 del C. J. Sólo así se atiende a la naturaleza especial y extraordinaria del recurso que obedece a una sistematización legal técnica, de mecanismo estricto y preciso para presentar la sentencia sustancialmente enfrentada con la ley, demostrando el fundamento de ello y la necesidad de infirmar aquélla, para obtener como cosa primordial el predominio y defensa de ésta y salvar, como cosa accesoria, el derecho concreto de la parte recurrente.

Pero en las más de las veces, ocurre que la violación de la ley no se produce de manera **directa**, sino **indirecta**, es decir, originada en errores **manifiestos de hecho**, por pasar inadvertida una prueba o tenerse como tal una que no existe; o en errores de derecho, al estimar la prueba, dándole fuerza o efecto que no le da la ley o negándole el que sí le da. Entonces, sólo por medio o al través de tales errores, se llega a la violación directa de la ley, en cualquiera de las formas especificadas. En tal caso debe el recurrente demostrar que por causa de tales errores, no se llegó por el fallador hasta el momento preciso de aplicar la ley sustantiva que debió aplicar, o que por la misma causa aplicó indebidamente la no aplicable, resultando entonces la violación directa de que habla el inciso primero de la causal mencionada, previa la violación medio, en la estimación o apreciación de orden probatorio.

La Corte ha exigido que la demanda fundamental del recurso de casación, debe presentarse con sujeción estricta al formulismo legal y técnico obligatorio, con especificación discriminada y no disyuntiva u opcional, para que el opositor pueda puntualizar el cargo y rebatirlo y no se entorpezca el poder decisivo de aquella entidad, que en el análisis de los problemas planteados tiene que seguir sólo la ruta clara que le señala el acusador, por no tener ella la amplia facultad del fallador de instancia. Si tal ruta resulta imprecisa, ambigua y desviada, el recurso fracasa, aunque el fallo sea en realidad violatorio de la ley sustantiva, cuyo imperio no puede restablecer la Corte de manera opcional u oficiosa.

Pero si el libelo acusatorio no es de estricta técnica en el enunciado de sus cargos, tampoco puede rechazarse de plano, si enunciados aún de manera genérica o conjuntiva, al desarrollarse, el ataque se orienta con claridad y demuestra la pugna real entre la sentencia y la ley, en defensa del derecho objetivo, que es el fin esencial del recurso de casación y al través de ello en defensa de la justicia que todo ciudadano reclama y merece como tal. En el caso de autos, el recurrente es muy claro y preciso en señalar como causa de la violación, varios errores de hecho y de derecho, al través de los cuales considera que se produjo la violación de la ley sustantiva, y por eso la Corte entra a estudiar su libelo acusatorio.

Los cargos

El recurrente, para fundar su acusación con mejor método y claridad, dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J., la estructura y divide en cuatro motivos, que contemplan situaciones jurídicas distintas, desde el punto de vista probatorio y con referencia a diversas normas sustantivas en que estima se reglamentan y sustentan los derechos que reclama. Se estudian uno a uno, para adoptar la solución que se considera pertinente.

Primer motivo (cargo)

Lo expone así:

"El Tribunal quebrantó en su fallo lo establecido en los artículos 601, 680, 693 del Código Judicial en relación con los artículos 2519, 2531 y 2532 del Código Civil, 2º de la ley 50 de 1936".

El artículo 601 estatuye que las pruebas se

aprecian de acuerdo con su estimación legal: el 690 reconoce derecho a cada parte para repreguntar verbalmente o por escrito a los testigos de la otra; y el 693, en armonía con el anterior, estatuye que se aprecian los testimonios recibidos o ratificados en juicio cuando se han pedido en oportunidad de que la otra parte pueda repreguntar o infirmar la prueba.

A base de estas normas del derecho probatorio, el recurrente cita las diez declaraciones de **Zoilo Martínez, Lorenzo Sánchez, Vicente Quintero, Carlos J. Garzón, Vicente García, Salomón Riaño, Luis Alberto Jiménez, Alcides y Joaquín Romero,** con las cuales considera demostrar lo siguiente:

Que Rafael Casallas ha estado en posesión pacífica, ininterrumpida, pública y notoria, del terreno denominado "La Tibia" o "Crisantema" por un lapso mayor de treinta años, considerándose como dueño y señor del inmueble y considerado así por sus vecinos, posesión demostrada con actos, como vivir en una de las casas y arrendar la otra, fabricar materiales, cultivar partes del terreno y dedicar la otra al pastoreo de animales, etc.

Es verdad que ese número plural de testigos declara tales hechos. Pero de ellos hubo varios que al ser repreguntados, infirman su dicho anterior, como **Vicente Quintero** (fls. 7 v. C. número 2, 7 C. número 4), **Zoilo Martínez** (fls. 9 C. número 2 y 4 C. número 4), **Gerardo Sánchez** (fls. 9 v. a 10 C. número 2 y 5 v. C. número 4), **Vicente García** (fls. 11 y 11 v. C. número 4), y **Julio Carzón** (fls. 12 v. C. número 2 y 5 y v. C. número 2).

Estas declaraciones no son de recibo para el caso de autos, porque quienes las rinden dicen que siempre conocieron a Rafael Casallas como poseedor del inmueble y en cuanto se les repregunta dicen que hasta su muerte poseyó don Hermógenes González y luego administró Casallas, etc., de modo que contestan sí y contradictoriamente a los interrogatorios. El recurrente se queja de que se les hicieron repreguntas, sin aparecer el pliego respectivo; pero aparecen el memorial que las solicita y el auto que las decreta, sin oposición del demandante. Mas no es del caso insistir en ellas, porque si fuera la prueba testifical lo predominante, aquí, aparece, fuera de las mencionadas, otro número plural de testigos no repreguntados que podrían acreditar el hecho de la posesión, si otras pruebas no lo contradijeran con mayor fuerza demostrativa.

Alcides Romero (fls. 4 y v. C. número 2), Luis Alberto Jiménez (fl. 7, ibidem), Francisco Carzón (fl. 8 ibidem), José Mileiodes Rodríguez (fl. 14, C. número 5) y Salomón Riaño (fl. 16 C. número 5), declaran que Casallas poseyó por más de treinta años el inmueble en litigio y explican los actos materiales de posesión de que atrás se habló, es decir, en la misma forma y circunstancias que los declarantes repreguntados.

El numeroso grupo de los diez declarantes traídos a demostrar los hechos de posesión por más de treinta años, que invoca el actor, señor Rafael Casallas, está dividido en dos, como queda visto: cinco que declaran primero haber visto que en la finca rural de cuya pertenencia se trata, vivía dicha Casallas con su esposa doña Teresa González, que aquél trabajaba allí, arrendaba, explotaba, etc., y agregan luego que al mismo tiempo allí vivían los esposos Hermógenes González y Petronila Nava y que éstos poseyeron "durante toda su vida" pero que luego de su muerte siguieron poseyendo Casallas y su esposa. Los otros cinco dieron esta segunda explicación porque no se les interrogó. En esas condiciones, el Tribunal estudia y analiza expresamente el contenido demostrativo y claro de esa prueba para concluir que el hecho real consistió en que Hermógenes González y su esposa Petronila, dueños de la propiedad, vivían en ella, trabajándola y explotándola para todos, Casallas su yerno y Teresa de Casallas, su hija. Que sólo a la muerte de aquéllos, entraron en posesión éstos. No se detiene a analizar las otras declaraciones, por considerar que, vistas las aclaciones o explicaciones de las ya analizadas, "las declaraciones de los otros testigos nada agregan a lo dicho en primer término por éstos", de manera que no es que las haya pasado inadvertidas, por error manifiesto, sino que consideró superfluo analizarlas una a una, máxime cuando otras pruebas más claras y fehacientes demostraron que en realidad lo dicho por todos los declarantes, sólo incide sobre el elemento **tenencia material**, sin la posibilidad del **animus domini**, como elemento esencial de la posesión adquisitiva. No hubo pues, el error manifiesto de hecho que sostiene el recurrente, porque el Tribunal lo que hace es desechar la prueba testifical en presencia de otros elementos de mayor convicción sobre el hecho debatido.

La Corte estima que tampoco hubo error de derecho, porque los testimonios se adujeron al juicio, para demostrar la posesión adquisitiva del dominio que pretende el actor en acción de pertenencia, y la posesión no se configura jurídica-

mente con los simples actos materiales o mera tenencia que percibieron los declarantes como hecho externo o corpus aprehensible por los sentidos sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño animus domini o de hacerse dueño animus rem sibi habendi —, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo. Pero en el caso de autos aparecen otros hechos que desvanecen tal presunción y en presencia de éstos, el Tribunal no podía, en derecho, aceptar como plena prueba de la posesión el dicho de los testigos que sólo acreditan hechos comunes al mero tenedor y al verdadero poseedor, como pasa a expresarse, para concluir que no hubo el error de derecho en el campo probatorio y por ende no se quebrantó, al través de él, norma legal sustantiva en la sentencia recurrida.

El Tribunal expresa que el propio demandante, confesó en posiciones, de primera instancia, que sus suegros habían poseído el inmueble que, pretende en propiedad, y que más tarde, muerta su esposa, lo denunció en la sucesión de ésta, como propiedad de la misma, con lo cual demuestra que no lo poseyó para sí, que no lo tuvo durante el lapso que afirma, con ánimo de dueño. Dice el Tribunal: "En efecto, después de manifestar Rafael Casallas en la diligencia de absolución de posiciones de la primera instancia que era cierto que Teresa de Casallas, su mujer, lo había llevado a vivir a la casa de sus padres Hermógenes González y Petronila Nava o sea el inmueble materia de este juicio, y que éstos los habían posesionado de la casa, confiesa ser cierto el hecho a que se refiere la pregunta cuarta que a la letra dice: 'Diga el absolvente si es cierto que él habitaba en el inmueble a que se refieren estas posiciones, por ser el esposo de doña Teresa González, pero siempre reconociendo a sus suegros como dueños y poseedores de dicho inmueble". Y al contestar la pregunta primera de las posiciones que le fueron formuladas en la segunda instancia, confiesa ser cierto que el inmueble denominado 'La Tibia' o 'Crisantema', por los linderos que figuraron en la demanda, "lo denunció el absolvente dentro del juicio de sucesión de su esposa Teresa González de Casallas, como bienes de propiedad de su citada esposa".

Al verificar estos hechos que relaciona el Tribunal, en los folios 5 a 6 tanto del C. número 4, como del número 8, se ve que ello es así, de lo cual dicha entidad, concluye que Casallas fue cuando más un mero tenedor del inmueble que reclama para sí.

Luego se refiere el Tribunal a la escritura número 824 de 29 de octubre de 1926, Notaría de Zipaquirá, por medio de la cual Hermógenes González y Petronila Nava de González como poseedores de la finca, venden a Teresa de Casallas "todo derecho y acción, usufructo, mejoras, edificaciones...; inclusive la posesión material y real que sobre ella han tenido", expresando que Casallas compareció a firmar con su esposa esa escritura, con la aceptación de que sus suegros vendían inclusive la posesión, lo que demuestra que no la tenía ni reclamaba para sí en octubre de 1926, de donde mal puede aceptarse que había poseído por treinta años, el día de la demanda. Esto es así, porque en el expediente aparece la citada escritura con esos términos precisos en la copia auténtica, cuyo original fue firmado por Casallas, quien no ha afirmado que ello sea falso.

Dice también el Tribunal que sobra citar y analizar otras pruebas que corroboran el hecho de que Casallas siempre admitió a terceros como poseedores de ese inmueble. En verdad, la propia escritura número 280 de 1918, que al vender la nuda propiedad, se reserva para Hermógenes González y su esposa Petronila Nava, el usufructo durante la vida de ellos, demuestra que la compradora Teresa González y su cónyuge Casallas vivían con los vendedores y eran los Casallas simples acompañantes y aquéllos dueños. La propiedad y posesión sólo se consolidaba a la muerte del último de los vendedores, que lo fue para Hermógenes González en marzo de 1944 ya que Petronila murió el 5 de noviembre de 1928. Y también existe la prueba de que al pedir Isidora Nava la partición del inmueble, como comunera con Teresa González, en 1948, demandó a Rafael Casallas, no en persona propia, sino como representante de la sociedad conyugal que formó con Teresa González, dueña de la otra parte, y él compareció en tal condición y la partición se ordenó, reconociéndose en el juicio, que la mitad del inmueble era de Teresa González de Casallas y no de éste.

Todos estos hechos, demostrados no con meras declaraciones, sino con documentos públicos, acreditan plenamente que Rafael Casallas no tuvo el animus domini sobre el inmueble cuya perte

nencia pretende que se le declare, durante veinte ni treinta años, y que si en esas condiciones, el Tribunal no aceptó como prueba de la posesión las declaraciones aportadas por la parte demandante, es porque los demás hechos demostraban la ausencia del **animus** y aquéllos sólo el **corpus** o elemento externo, que por sí mismo no es suficiente prueba de la posesión. Pudo no haber repregunta alguna, pudo hacerse inválidamente, pudo aceptarse cada declaración original en todo su contenido, y siempre subsistir la deficiencia probatoria anotada.

En tal virtud no se desatendieron los artículos del C. J. citados por el recurrente, ni hubo el error de derecho en materia probatoria, y por consiguiente, no se podía llegar a la aplicación de los textos sustantivos de la ley civil que estima violados, no siendo del caso, infirmar por ese concepto, el fallo recurrido.

Segundo motivo (cargo)

El recurrente lo enuncia así: "El Tribunal quebrantó el artículo 609 del Código Judicial en relación con los artículos 762, 2518, 2531 y 2532 del Código Civil".

Funda su cargo procurando demostrar que hubo error en la estimación de la confesión judicial, como prueba, pues dice que no tuvo en cuenta el contenido total de las posiciones, sino que se concretó sólo a la pregunta cuarta que contiene dos hechos diversos o sean: si habitaba el inmueble por ser esposo de Teresa González y si al hacer esto reconocía a sus suegros como dueños y poseedores del inmueble, según la acusación. Al estudiar la diligencia de posiciones (fl. 5 del C. número 5), se observa que la primera pregunta y su respuesta para nada inciden en el juicio; la segunda y su respuesta expresaron que su esposa lo llevó a vivir a la casa de sus suegros, porque éstos lo posesionaron de ella. No dice por qué, o a título de qué y cuándo los posesionaron y aunque lo dijera, ello no sería prueba en su favor, menos cuando no dice que lo posesionaron a él, sino a él y su esposa, que fue la compradora de nuda propiedad en 1918, y de la posesión en octubre de 1926; la tercera pregunta y su respuesta expresan que la posesión la tenían él y su cónyuge; la cuarta pregunta está concebida en los siguientes términos: "Diga el absolvente si es cierto que él habitaba el inmueble a que se refieren estas posiciones, por ser el esposo de doña Teresa González, pero siempre reconociendo a sus suegros como dueños y poseedores de dicho inmueble". Contestó: "Sí es cierto". En esta última pregunta, es donde el recurrente halla inaceptable que el Tribunal acoja como una confesión el hecho de que Casallas sí reconocía a sus suegros como poseedores, ya que en la tercera dice que la posesión la tenían él y su esposa. La pregunta es clara y lo más importante y ostensible de ella es lo referente a la posesión, a la vez que la parte final de la misma, por lo cual no es dado pensar que al contestar "sí es cierto" se podía referir a lo menos importante de la pregunta y primeros términos de la misma, o sea que Teresa González era su esposa, y no al resto de la pregunta. Su afirmación simple, sin las explicaciones que da a las otras preguntas, debe tomarse como confesión de ser ciertas las dos cosas que ella implica. Por lo demás, en el resto de las posiciones, cuando menos da a comprender que la poseedora del inmueble era su esposa, quizá por razón de la escritura número 824 de 1926.

Y en cuanto a las posiciones de segunda instancia respecto de las cuales el Tribunal tuvo en cuenta la respuesta afirmativa del demandante cuando dice que en el juicio sucesorio de su esposa Teresa González denunció como de ésta el inmueble a que este juicio se refiere, el recurrente manifiesta que si la confusión sólo puede versar sobre hechos ejecutados por el absolvente, lo relativo a la liquidación de la sociedad conyugal sólo puede demostrarse con las copias pertinentes. Se olvida que al absolvente se le preguntó sobre un hecho propio y personal, o sea si había denunciado el inmueble como propiedad de su esposa, lo que él podía afirmar o negar. Lo afirmó así y eso es todo. De manera que la fundamentación del cargo no tiene la fuerza convincente, la razón clara, de que el Tribunal hubiera cometido errores de hecho o de derecho al estimar lo pertinente de las confesiones judiciales del actor, que son precisas y terminantes sobre las preguntas y los hechos. En conclusión, bajo este concepto, tampoco podía trasladarse el Tribunal, a dar aplicación a los artículos de la ley sustantiva, que por falta de tal aplicación estima violados el recurrente. No hay base para infirmar la sentencia.

Tercer motivo (cargo)

El recurrente lo enuncia así: "El Tribunal quebrantó en la sentencia el contenido de los artícu-

los 830 del Código Judicial, 762, 665, 1759, 1806, 2518, 2591 y 2592 del Código Civil".

Se relaciona el cargo con el hecho de que el Tribunal, al referirse a la escritura 824 de 1926, por la cual Hermógenes González y Petronila Nava de González venden a Teresa González de Casallas todos sus derechos en el inmueble, en su condición de poseedores, usufructuarios de bienes y mejoras, Casallas intervino para autorizar a su mujer y que este lo toma el Tribunal como una aceptación de que los vendedores sí estaban poseyendo y no dicho Casallas, quien en esas condiciones no podía alegar posesión de treinta años. En verdad esa es la tesis del Tribunal sobre tal punto, o sea que la intervención de Casallas firmando esa escritura después de leída y hacerlo para autorizar que su cónyuge adquiriera la posesión del inmueble, es porque aceptaba implícita y aún explícitamente, que él no era el poseedor, como pretende, pues de serlo, no podía autorizar que su mujer le comprara a un tercero lo que era del citado Casallas. Lo autorizó así y firmó con ella, porque en el fondo, en su conciencia veía y sabía que él no era el poseedor, ni el propietario. El Tribunal tomó tal acto como indicio o manifestación reveladora de que Casallas no se daba ni tenía entonces por poseedor. Otra conclusión no puede deducirse y error de hecho o de derecho, no puede aparecer en tal apreciación.

El artículo 620 del Código Judicial, que el recurrente estima violado establece que se tiene como prueba la escritura pública cuando se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. El Tribunal no le ha negado a la citada escritura su valor probatorio y se limitó a lo dicho antes, sobre la concurrencia de Casallas a firmarla. Tampoco niega que la posesión que tenían los cónyuges González-Nava, no se hubiera transferido a Teresa González, persona distinta al actor en este juicio, por lo que mucho menos puede haberse violado el artículo 1759 que cita el recurrente, como violado, pues el mismo párrafo en que analiza lo referente a la citada escritura, no niega que Teresa de Casallas hubiera adquirido la posesión, sino que la tenía él y concluye: "Por consiguiente, si en octubre de 1926 aceptó el demandante que sus suegros estaban en posesión del inmueble precitado, mal puede alegar posesión de treinta años a su favor".

Dice también el recurrente que si por la escritura 824 de 1926 citada, Teresa González de Casallas adquirió expresamente la posesión del inmueble cuya propiedad él reclama, es cosa evidente que en presencia del artículo 1806 del Código Civil él se hizo dueño de ese inmueble ante terceros, como jefe de la sociedad conyugal que tenía formada con la compradora, y en consecuencia, la posesión la tenía él, cosa que dice le desconoce el Tribunal, con violación de tal texto legal.

Consta de autos (fl. 7 v. C. número 5) que Rafael Casallas y Teresa González contrajeron matrimonio el 5 de febrero de 1910 y por consiguiente formaron sociedad de bienes conforme al artículo 180 del C. C. y sociedad conyugal en los términos del artículo 1774, a cuyo haber ingresó lo adquirido por Teresa González a título oneroso, por la escritura 824 de 1926, para administrarlo el marido conforme al artículo 1805 y aún disponer según el artículo 1806, en presencia de terceros, pero únicamente durante la existencia de la sociedad conyugal que se disolvió el catorce de junio de 1946 por muerte de Teresa González, de modo que si la sociedad tuvo la posesión desde el 29 de octubre de 1926 hasta el 14 de junio de 1948 y durante ese lapso no se dispuso de ese bien o posesión, luego volvió exclusivamente a la sociedad y el señor Casallas no reclama para ésta, disuelta e ilíquida sino para él, dejando puertas afuera a los herederos de Teresa González, si los hubiere. Significa esto que Casallas inclusive carece de personería sustantiva para actuar a nombre propio y exclusivo en este juicio, pero como el problema no se planteó ni en las instancias ni en la casación, la Corte no puede dilucidarlo y resolverlo, debiendo atenerse a los cargos de acusación frente al fallo recurrido.

Era, pues, legalmente imposible que en esas condiciones el Tribunal lo considerara poseedor y dueño en presencia de la mencionada escritura, y es inoperante e inepto el cargo de que por eso se violó el artículo 1806 del C. C. Expresa que el Tribunal violó el artículo 762 del C. C. en cuanto se negó a reconocerle la posesión, pero ello queda analizado atrás, donde se vio que no hubo de parte del actor el elemento *animus domini*, durante el tiempo necesario para adquirir por prescripción y que la posesión menor de treinta años, que pudo tener, sólo fue a nombre de la sociedad conyugal que representaba.

De consiguiente, no aparecen demostradas las violaciones señaladas por el actor en este motivo que invoca y el cargo no puede prosperar.

Cuarto motivo

Se anuncia así: "El Tribunal quebrantó en la sentencia recurrida lo establecido en los artículos 601, 632, 722, 730 del Código Judicial, 762, 1752, 2518, 2531, 2532 del Código Civil, artículo 1o de la ley 51 de 1943, 21 de la ley 50 de 1936".

El acusador de la sentencia, en este punto se refiere primeramente a la copia que obra en autos, de la providencia de 22 de octubre de 1918 proferida en el juicio divisorio promovido por Isidora Nava v. de Nieto, a nombre de la sociedad conyugal que formó con Celedonio Nieto el 30 de noviembre de 1912 (fl. 22, C. número 1), juicio contra la sociedad conyugal de Teresa González y Rafael Casallas, así como contra los herederos de aquélla, para que se ordenara la división material del inmueble a que este juicio se refiere, ya que Isidora fue una de las adquirentes, proindiviso en 1918, como atrás se vio. Y dice el recurrente que como se ordenó la división y en el punto cuarto de la parte resolutiva se dispuso que en articulación especial se determinara lo de mejoras y edificaciones de la parte demandada, ello significa que dicha parte tenía la posesión del inmueble y el Tribunal en nada tuvo este hecho como existente. Parece que esto lo expresa para demostrar la violación de los artículos 601 y 632 del C. J. que cita, pues en el desarrollo de su cargo no los concreta así. En todo caso, el Tribunal no tenía que estimar esa copia, por inconducente, ya que en el juicio a que ella se refiere, no fue contra Casallas, ni el ordenamiento 4º del proveído fue a favor de Casallas, sino todo en relación con la sociedad conyugal que Casallas no ha tenido en cuenta en el presente juicio. Lo que aquí invoca el recurrente refuerza lo decidido por el Tribunal, porque demuestra que en ese divisorio tampoco se le reconoció en 1948 la posesión a dicho recurrente.

Se extiende luego en lo relativo a la inspección ocular practicada por el Juez en la primera instancia con la concurrencia de peritos y en la cual éstos dicen que el fundo a que este juicio se contrae tenía mejoras y algunas edificaciones que revelaban ser de época anterior a treinta años y que el funcionario observó los mismos hechos, pero el Tribunal no tuvo en cuenta ni la inspección, ni el peritazgo, violando así los artículos 722 y 730 del C. J. según los anuncia al formular el cargo, aunque tampoco los concreta para señalar el concepto de la violación, y demostrar que por error de hecho o de derecho, se llegó a la violación de las normas sustantivas que cita, de modo que este cargo está defectuosamente desarrollado.

Para no entrar en nuevas y largas consideraciones que no llevan a resultado práctico ni favorable en este punto, para el recurrente, basta expresar lo siguiente: por la escritura 280 de 1918 se vendió a Teresa González de Casallas, la mitad de la nuda propiedad en el inmueble que ahora pretende Rafael Casallas, reservándose el usufructo de por vida, para los vendedores; por la escritura 824 de 1926, se vendió a la misma lo referente a mejoras, edificaciones, posesión material, etc.; por la sentencia de partición en 1948, se ordenó ésta, contra la sociedad conyugal de Teresa González y Rafael Casallas, por no aparecer éste como poseedor, sino la sociedad demandada; en el denuncio de bienes de la sucesión de Teresa González, confiesa Rafael Casallas que ese inmueble lo denunció él como de su cónyuge. Todo demuestra que de octubre 29 de 1926 en adelante, la mitad del inmueble y las mejoras y edificaciones del mismo, fueron de la sociedad conyugal, disuelta en 1948. Como Rafael Casallas nada demanda para esa sociedad, sino para él, resulta que para nada podían apreciarse en su favor las pruebas que dice no analizó ni tuvo en cuenta el Tribunal, y por ello los cargos resultan infundados e improcedentes.

RESOLUCION

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,

FALLA:

No es el caso de infirmar y por eso no lo hace, la sentencia de doce (12) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Rafael Casallas contra Isidora Nava v. de Nieto y otros, como herederos de Celedonio Nieto.

Se condena en las costas del recurso, a la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas — Jesús M. Arias—Daniel Anzola Escobar—Guillermo Gaviria Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

MANDATO COMERCIAL. — SU NATURALEZA.—OBLIGACION ENTRE COMITENTE Y COMISIONISTA.—PARA LA DEDUCCION DE UN SALDO LIQUIDO A CARGO DE UNO Y OTRO CONTRATANTE, ES NECESARIA LA ACCION PREVIA DE RENDICION DE CUENTAS POR PARTE DEL MANDANTE

1. — De esta figura del mandante sin representación, la Corte en varias ocasiones se ha ocupado de ella, para darle la eficacia del caso, y con tal fin ha dicho: "En Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto: el testaferro: la interpretación de todas sus formas lícitas; y aún el jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse. Las partes pueden tomar dos actitudes: una ostensible, como la del comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su responsabilidad existe la del comitente, aun que no les importa saberlo, porque es la solvencia de aquél, no la de éste, la que ellos toman en cuenta. Otra secreta, en donde el comisionista presta su nombre para un negocio en realidad de terceros".

Nuestros Códigos Civil y de Comercio, con la obvia diferencia de que el segundo se refiere a negocios comerciales, definen el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, teniendo como obligación esencial el mandato comercial la de dar cuenta de su encargo. De tal manera que no se confunde con la procuración. Lo desligan del arrendamiento de servicios porque en vez de hablar de éstos se refieren a negocios. Distinguen la representación del interés al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Y así se deduce de los artículos 2146 y 2177 del Código Civil cuando dicen: "Que el negocio puede interesar al mandatario únicamente y que éste puede contratar a su propio nombre, respectivamente y así lo disponen también los artículos 366 y 367 del Código de Comercio".

En el mandato sin representación puede afirmarse "que el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante"; de aquí que el comisionista deba sujetarse estrictamente a las órdenes del comitente: que en ningún caso puede obrar contra sus instrucciones claras y terminantes, que en caso de falta de instrucciones deba suspender la ejecución de la comisión.

2. — El contrato de mandato comercial —comisión— es por su naturaleza bilateral; así es considerado por los autores y la jurisprudencia, dadas las circunstancias de que si no se estipula remuneración entonces el comitente está en la obligación legal de retribuir al comisionista competente sus servicios de acuerdo con el uso general en la plaza donde se hubiere desempeñado la comisión —artículo 379 del Código de Comercio—. Pero las demás obligaciones que nacen directamente de él están a cargo del mandatario —comisionista—: así, está obligado a cumplir el mandato mientras dure el encargo y responder por los daños que procedan del incumplimiento de aquél; debe dar cuenta de su actuación, responde de su sustituto en el encargo recibido, si no estaba facultado, o para nombrarlo con indicación expresa de la persona del delegatario. El comitente no asume sino obligaciones eventuales, que no dimana del mandato —comisión— sino de estipulaciones accidentales incorporadas a él. Así, asume para con el mandatario, en caso de estipulación de anticipos, la de su reembolso, intereses en la forma convenida, aunque el asunto haya fracasado sin culpa del mandatario.

3.—Cuando los contratantes, en uso de la facultad legal, dan por terminado el contrato de común acuerdo, su inmediata consecuencia no es otra que la extinción del man-

dato en cuanto hace a las relaciones entre mandatario y mandante, a partir de la fecha de ese acuerdo, particularmente cuando se trata del mandato comercial —comisión para la venta o para la compra—, donde el comisionista se presenta cobrando en nombre propio y donde aparece la figura jurídica del mandato sin representación, que regulan los artículos 331 y 332 del Código de Comercio en armonía con las normas de los artículos 2142, 2146 y 2177 del Código Civil.

Si bien el mandatario está obligado a dar cuenta de su gestión una vez terminado el mandato, no incurre en mora hasta que se le exija el cumplimiento de esa obligación. Lo cual no obsta para que las partes hagan la liquidación de sus cuentas en los términos que mejor les parezca y convenga. Pero, el deber que al mandatario impone la ley de rendir cuentas, no excluye ni obsta al derecho que el mandante tiene para exigir, desde luego, de aquél el saldo de la cantidad líquida que estime serle en deber, como resultado de las operaciones y relaciones jurídicas entre ellos existentes, pues como tales deberes y derechos son respectivos y se derivan de la naturaleza y alcance del contrato de mandato, sólo tienen aplicación estricta los artículos 2181 del C. C. y 383 del Código de Comercio cuando el mandante, para el ejercicio de acción, tenga absoluta necesidad de una previa rendición de cuentas.

Así las cosas las doctrinas y la jurisprudencia expuestas cobijan al mandato comercial o comisión y, en consecuencia, en la ejecución del contrato, particularmente, en la definición de saldos líquidos a cargo de uno y otro contratante, se destaca e impera el principio de la necesidad de la acción previa de rendición de cuentas por parte del mandante, antes de procederse a la condena de saldo líquido, por cualquier otra vía distinta a la anotada.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La Empresa "Arrocera Central Limitada", con domicilio principal en la ciudad de Medellín, suministraba dinero al señor Arturo Henao L., con el objetivo de que éste lo invirtiera, en la zona de Puerto Berrío, en la compra de arroz "Pergamino" para la sociedad; y, en los libros de contabilidad de ésta se anotaban en la respectiva cuenta de entregas de dinero y de arroz que uno y otro efectuaban.

El señor Henao L., dio cumplimiento a las obligaciones durante varios años, pero, más tarde, comenzó a incumplirlas. Así, según corte de cuentas en los libros de contabilidad de la Empresa, ellas arrojaban un saldo, en el mes de enero de 1952, contra Henao L. de $ 17.690.19; en el mes de marzo del mismo año, este saldo subió a la suma de $ 19.620.50. Al revisar nuevamente los libros se halló otra partida a cargo del mismo Henao L. de $ 8.759.00.

La Empresa hizo algunos requerimientos verbales y por escrito a Henao L., y éste se negó, no solamente al pago de la cantidad de $ 28.379.50 sino también a aceptar las propuestas de arreglo, que con descuentos en la deuda se le formularon.

Estos hechos sirvieron de fundamento a la demanda que, por la vía ordinaria, promovió la Compañía "Arrocera Central Limitada" contra Arturo Henao L., ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, antes de promoverse el respectivo juicio de cuentas, y en la cual se hacen estas súplicas:

"a) Que el demandado Arturo Henao L. adeuda a la Compañía Comercial denominada "Arrocera Central Limitada", entidad domiciliada en Medellín, la suma de veintiocho mil trescientos setenta y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 28.379.50 m. l. c.), por concepto de los saldos que arroja su cuenta en los libros de la Compañía y de acuerdo con los extractos que se acompañan a la demanda, siendo el primer extracto por la suma de $ 19.620.50 y el segundo por la suma de $ 8.759.00.

"b) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el señor Arturo Henao L. debe pagar todos los gastos de este juicio y los honorarios de abogado".

El demandado contestó los hechos de la demanda negativamente manifestando, que "según los términos de la demanda hay un estado de cuentas sin liquidar y sin que se hayan rendido hasta la fecha", y que según la misma "demanda tuvo

un alcance de cuentas que no se han liquidado y parece que se trata de buscar tal liquidación por medio del presente juicio".

Asimismo, se opuso a las peticiones de la demanda y a sus fundamentos de derecho.

Culminó la primera instancia con la sentencia de 10 de julio de 1954, que en su parte resolutiva dice:

"1º — Arturo Henao L. adeuda a la Compañía Comercial 'Arrocera Central Limitada', la cantidad de seis mil doscientos ochenta y cinco pesos con diez y ocho centavos m. l. ($ 6.285.18), que está en la obligación de pagar una vez ejecutoriada esta sentencia;

"2º No se hacen las demás declaraciones impetradas;

"3º—Se condena en costas a demandante y demandado, así: al primero por el excedente de su demanda, y al segundo de acuerdo con la cantidad a que fue condenado".

Esta decisión fue apelada por ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató la segunda instancia en sentencia definitiva de 21 de octubre de 1954, confirmatoria de la revisada en grado de apelación.

Confirma la sentencia del Tribunal, en su motivación, un estudio sobre la clase de contrato existente entre las partes y lo califica de "mandato comercial". El señor Henao L. fue, por tanto, un mandatario comercial de "Arrocera Central Limitada".

Este estudio está complementado con el análisis, en primer término, de la prueba compuesta: inspección ocular y dictamen pericial practicada en el juicio; y segundo, con el de la carta de fecha 16 de mayo de 1953, dirigida por el demandado al Gerente de la Empresa demandante y reconocida en la diligencia de absolución de posiciones por el último de los nombrados. De ese análisis saca algunas conclusiones relativas a las distintas rebajas al saldo primitivo demandado a cargo de Henao L., para reducirlo a la suma de $ 6.285.18. Emite el Tribunal algunos conceptos generales, de los cuales sólo se transcribirá los que tienen relación con el recurso de casación, y que en su oportunidad ha de decidirse. Tales conceptos son:

"En caso de mandato, tanto civil como comercial, ha sido práctica judicial la de no condenar por saldo alguno a mandante o mandatario sin que preceda por parte de éste la rendición de cuentas de su administración a que está obligado por la ley; y cuando se ha demandado a uno u otro por saldo líquido, sin esa previa rendición de cuentas, el fallo ha sido el de la declaratoria de la excepción temporal de petición antes de tiempo. Pero en casos como éste tal jurisprudencia no debe aplicarse porque, como se vio, en la carta que el señor Henao L. dirigió a la Sociedad, se declara conforme con el saldo que ésta dedujo en su contra, por la cantidad de seis mil doscientos ochenta y cinco pesos con diez y ocho centavos ($ 6.285.18), lo que implica, por su parte la aceptación de una liquidación hecha por ella cuando ya habían cesado las relaciones contractuales que los ligaban por motivo del mandato.

"Por otra parte, así se dará cumplimiento al artículo 481 del C. J., que reza: 'Los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito' ".

Recurso de casación

El demandado recurrió en casación de la sentencia del Tribunal de Medellín. Sustanciado reglamentariamente este recurso extraordinario la Corte lo decide.

Está fundado el recurso en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y la impugnación comprende tres cargos que se sintetizan así:

Cargo primero

"Por error de derecho en la apreciación de la llamada prueba de la confesión, con la cual en la sentencia recurrida se han desconocido los artículos 597, numeral 1º, 603, 604 y 609 del Código Judicial, y por este camino se han violado los artículos 1757, 1758 y 1769 del Código Civil por no aplicación".

El cargo se hace consistir en el hecho de haber dado el Tribunal a la carta de 16 de mayo de 1953, el carácter de una confesión o aceptación de Henao L. al saldo de $ 6.285.18 de que hablan los peritos en su dictamen. Cuando ella fue escrita por aquél mucho antes que la demanda y reconocida en la diligencia de absolución de posiciones con la explicación: "De acuerdo con la carta que me presentó, convinimos un saldo de seis mil y pico de pesos en cuanto correspondía a la Gerencia del señor González. En la misma conversación éste me manifestó que estaba listo a ayudarme a arreglar el saldo anterior en cuanto la gerencia del señor Márquez, y de eso he estado pendiente"; cuando ella no estaba destinada a servir de prueba y entonces debía tomarse como

una confesión extrajudicial y apreciarla en toda su integridad y conjunto".

Que, aun cuando bajo el supuesto de que la carta constituya una confesión sobre el saldo a que ha sido condenado el demandado, "no se trataría de una confesión simple sino cualificada, que había que tomarla en su conjunto, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones". El recurrente transcribe esas explicaciones para decir que están "en íntima conexión y no se pueden desarticular para dejar en pie sólo lo favorable al que se sirve de la confesión, haciendo a un lado lo que le perjudica", quebrantando así el principio de la indivisibilidad de esa prueba.

Que, por otra parte, lo que podría haber aceptado Henao L. en su carta no era un saldo líquido sino un saldo débito a su cargo, sujeto a la liquidación definitiva de su cuenta total que comprendía las etapas de la Gerencia de los señores Márquez y González; y por último, que la carta es "un documento extraño a la litis, que no ha debido ser considerado, y que no ha debido servir de base para una condenación.

Cita el recurrente el artículo 597 del Código Judicial, para afirmar que como esa carta no fue aliegada al expediente en las oportunidades que allí se señalan, sino en la diligencia de absolución de posiciones para su reconocimiento, no debió estimarse como prueba.

Cargo segundo

"Error de hecho evidente en la apreciación de la demanda y de las pruebas del juicio que se citarán en seguida, con lo cual el Tribunal no tuvo en cuenta los artículos 471, inciso 4º, 593, 601 del Código Judicial, y violó por no aplicación los artículos 37, 40, 47, 48, 49, 332, 383 del Código de Comercio, y 1763 y 2181 del Código Civil".

Hace el recurrente un estudio comparativo entre la demanda, los extractos de cuentas acompañados a ésta, el dictamen pericial y su ampliación, para sacar estas conclusiones:

"Que en los libros de la Compañía hay asientos sin comprobantes; y que hubo unas cuentas que sólo figuraban en el libro auxiliar sin tocar los libros principales, con lo cual se violan los artículos 24 y 52 y otros del Código de Comercio".

Cargo tercero.—Excepción perentoria

Se acusa la sentencia "por infracción directa de los artículos 329, 343 del Código Judicial, 331, 383 y 384 del Código de Comercio y 2181 del Código Civil, por falta de aplicación al caso de la litis".

La violación alegada se hace consistir en que el Tribunal dio la calificación de contrato de mandato comercial al sometido al estudio de la justicia, y en la sentencia se afirma, a la vez, "que de acuerdo con la jurisprudencia no se hace condenación a saldo sin que preceda la rendición de cuentas, y que cuando se ha demandado por el saldo líquido, sin esa rendición, el fallo ha sido el de la declaratoria de la excepción de petición antes de tiempo".

En que en la sentencia "se habla de una aceptación por parte de Henao, lo cual es inaceptable porque no hay prueba de que la liquidación se hubiera hecho"; y en distintas ocasiones e insistentemente el demandado ha negado.

En que el demandado no ha aceptado liquidación alguna y la Compañía por sí sola no puede deducir saldo a cargo del demandado, pues, la carta de donde se infiere la aceptación de la liquidación, antes por el contrario, afirma que ésta se haya verificado. Y por último, en que: "Terminado el mandato, queda el mandatario con una obligación: rendir cuentas, de acuerdo con los artículos 2181 del Código Civil y 383 y 384 del Código de Comercio. Rendidas las cuentas, entonces sí hay lugar a demandar por un saldo. Aquí las cuentas no se han rendido, por lo cual cualquier reclamo que se haga de un saldo no aceptado en ningún momento, es inoperante, es festinado".

Estudio de los cargos

La Corte considera:

Estima la Corte que la impugnación contenida en el cargo tercero de la acusación es fundada, y quebranta la sentencia recurrida. Además, incido en los demás de la demanda de casación, por lo que la Sala en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 538 del Código Judicial, procede a su estudio en primer término.

No hay duda de orden jurídico en cuanto a la calificación del contrato sub-lite y a que se ha hecho referencia en la primera parte de este fallo, la de que se trata de un mandato comercial, comisión para la compra de arroz "Pergamino", con

todas las consecuencias legales e inherentes a esa clase de convenios.

Para la ejecución de la comisión se consignaron por el comitente las sumas necesarias, a órdenes del mandatario, en la forma de provisiones por medio de los Bancos o giros hechos directamente a éste, o cargando a su cuenta el pago de algunas acreencias que tenía en Medellín, como se hace generalmente en esta clase de negocios.

Así las cosas, el problema a resolver es el de establecer, si el comitente podía reclamar, por la vía ordinaria, de su mandatario un saldo débito a cargo de éste, deducido por aquél de unas conversaciones sobre la liquidación de cuentas de la administración y de la carta de 16 de mayo de 1953, confirmatoria de esas conversaciones.

Cuando los contratantes, en uso de la facultad legal, dan por terminado el contrato de común acuerdo, su inmediata consecuencia no es otra que la extinción del mandato en cuanto hace a las relaciones entre mandatario y mandante, a partir de la fecha de ese acuerdo, particularmente cuando se trata del mandato comercial —comisión para la venta o para la compra—, donde el comisionista se presenta cobrando en nombre propio y donde aparece la figura jurídica del mandato sin representación, que regulan los artículos 331 y 332 del Código de Comercio, en armonía con las normas de los artículos 2142, 2146 y 2177 del Código Civil.

De esta figura del mandato sin representación, la Corte en varias ocasiones se ha ocupado de ella, para darle la eficacia del caso, y con tal fin ha dicho: "En Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aún el jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse. Las partes pueden tomar dos actitudes: una ostensible, como la del comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su responsabilidad existe la del comitente, aunque no les importa saberlo, porque es la solvencia de aquél, no la de éste, la que ellos toman en cuenta. Otra secreta, en donde el comisionista presta su nombre para un negocio en realidad de terceros".

Nuestros Códigos Civil y de Comercio, con la obvia diferencia de que el segundo se refiere a negocios comerciales, definen el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, teniendo como obligación esencial en el mandato comercial la de dar cuenta de su encargo. De tal manera que no lo confunde con la procuración. Lo deslindan del arrendamiento de servicios porque en vez de hablar de actos se refieren a negocios. Distinguen la representación del interés al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Y así se deduce de los artículos 2146 y 2177 del Código Civil cuando dicen "Que el negocio puede interesar al mandatario únicamente y que éste puede contratar a su propio nombre, respectivamente y así lo disponen también los artículos 366 y 367 del Código de Comercio".

En el mandato sin representación puede afirmarse "que el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante"; de aquí que el comisionista deba sujetarse estrictamente a las órdenes del comitente; que en ningún caso pueda obrar contra sus instrucciones claras y terminantes, que en caso de falta de instrucciones deba suspender la ejecución de la comisión.

De acuerdo con este mandato sin representación, el comitente "Arrocera Central Limitada" y su comisionista Arturo Henao L., desde la fecha de la terminación del mandato —fecha no determinada en los autos— quedaron ligados solamente por las relaciones entre mandante y mandatario, para que éste diera cuenta de su encargo, le rindiera cuentas y le reembolsara el saldo correspondiente, si era el caso, y con la facultad legal, para ambos, también según la situación, para hacer uso de los derechos que les otorgan los artículos 383, 393 y 391 del Código de Comercio.

El contrato de mandato comercial —comisión— es por su naturaleza bilateral: así es considerado por los autores y la jurisprudencia, dadas las circunstancias de que si no se estipula remuneración entonces el comitente está en la obligación legal de retribuir al comisionista competentemente sus servicios de acuerdo con el uso general en la plaza donde se hubiera desempeñado la comisión —artículo 379 del Código de Comercio—. Pero las demás obligaciones que nacen directamente de él están a cargo del mandatario —comisionista—; así, está obligado a cumplir el mandato mientras dure el encargo y responder por los daños que procedan del incumplimiento de aquél; debe dar cuenta de su actuación, responde de su sustituto en el encargo recibido, si no es-

taba facultado, o para nombrarlo con indicación expresa de la persona del delegatario. El comitente no asume sino obligaciones eventuales, que no dimanan del mandato —comisión— sino de estipulaciones accidentales incorporadas a él. Así, asume para con el mandatario, en caso de estipulación de anticipos, la de su reembolso, intereses en la forma convenida, aunque el asunto haya fracasado sin culpa del mandatario.

Si bien el mandatario está obligado a dar cuenta de su gestión una vez terminado el mandato, no incurre en mora hasta que se le exija el cumplimiento de esa obligación. Lo cual no obsta para que las partes hagan la liquidación de sus cuentas en los términos que mejor les parezca y convenga. Pero, el deber que al mandatario impone la ley de rendir cuentas, no excluye ni obsta al derecho que el mandante tiene para exigir, desde luego, de aquél el saldo de la cantidad líquida que estime serle en deber, como resultado de las operaciones y relaciones jurídicas entre ellos existentes, pues como tales deberes y derechos son respectivos y se derivan de la naturaleza y alcance del contrato de mandato, sólo tienen aplicación estricta los Artículos 2181 del C. C. y 383 del Código de Comercio cuando el mandante, para el ejercicio de su acción, tenga absoluta necesidad de una previa rendición de cuentas, como lo es en el caso concreto en estudio.

En efecto, el Tribunal previó en su sentencia la necesidad de una previa rendición de cuentas, y así afirmó que en estos casos tales eran la doctrina y la jurisprudencia vigentes. Pero que en el concreto en estudio, concurría la circunstancia del reconocimiento o aceptación por parte del mandatario del saldo deducido, a su cargo, por el mandante, con base en la carta de 16 de mayo de 1953, confirmatoria de las conversaciones habidas entre las partes, donde fuera de la aceptación de aquel saldo débito, no líquido, había explicaciones, aclaraciones y modificaciones concernientes al mismo hecho del reconocimiento, olvidando así, el principio de la indivisibilidad de la confesión consistente "en prohibir que se descompongan las respuestas del confesante para atribuir eficacia sólo a las que le perjudican".

El sentenciador no tuvo en cuenta que el reconocimiento y aceptación del saldo débito en la carta mencionada, obedeció a conversaciones habidas entre demandante y demandado, en vía de arreglo amigable de sus cuentas y para producir una liquidación definitiva de ellas, que la aceptación de aquel saldo débito estaba condicionado a la liquidación de cuentas correspondiente a la Gerencia del señor Márquez, en cuanto que su reconocimiento fue sujeto a que la partida a que él se refería fuera tenida en cuenta para su compensación en uno u otro sentido en la cuenta general y definitiva de la totalidad de la administración y que con posterioridad debía rendir el mandatario.

Lo propio aconteció con la apreciación del dictamen pericial. El Tribunal para estimarlo lo fraccionó y entresacó las conclusiones favorables al demandante para deducir las suyas en el mismo sentido; en cambio, las conclusiones que beneficiaban al demandado las desechó: por ejemplo, se olvidó que el saldo débito, que él estima líquido, no aparece asentado en los libros principales de la Empresa Comercial demandante sino en el "Auxiliar de diversos deudores, compuesto de hojas desprendibles o tarjetas", según constancia del Juez del conocimiento, y fundamentó, a este respecto, sus proposiciones en aquéllas; que las partidas, o mejor varias de éstas, incorporadas en los extractos de cuentas presentados por el mandante al mandatario, no corresponden con las asentadas en los libros; que los peritos no examinaron a éstos, sino a partir de enero de 1946, cuando la administración de Henao venía de varios años atrás.

Todo lo anterior, para concluir que la aplicación que hizo el Tribunal de las doctrinas y la jurisprudencia que se han dejado expuestas, fue restrictiva, pues, su imperio si cobija a la comisión que se estudia en los autos, y que en consecuencia, en la ejecución del contrato, particularmente, en la deducción de saldos líquidos a cargo de uno y otro contratante, se destaca e impera el principio de la necesidad de la acción previa de rendición de cuentas por parte del demandante, antes de procederse a la condena de saldo líquido, por cualquiera otra vía distinta a la anotada. Y porque, "al margen de un juicio de rendición de cuentas que se ha querido señalar o descubrir la cuantía de un crédito —vinculado a esa rendición—".

Entre la Empresa "Arrocera Central Limitada" de Medellín, y el señor Arturo Henao L. se celebró por lo dicho con las consignaciones de dinero para la compra de arroz "Pergamino", por una parte, y los reembolsos en especie de la calidad estipulada, por otra, el contrato de mandato sin representación, que regulan los artículos 350, 231 numeral 1o del Código de Comercio, en relación con los artículos 2142, 2146 y 2177 del Código Ci-

vil. Pero por la errónea interpretación que el Tribunal de Medellín dio a las pruebas de donde se deducía la existencia de aquel contrato con sus modalidades, no cayó en cuenta de lo anterior, y no aplicó, como ha debido hacerlo las normas que regulan el mandato sin representación citadas, con lo cual las violó, así como los artículos 383 del Código de Comercio y 2181 del Código Civil. De donde resulta que el cargo es fundado y por tal motivo debe casarse la sentencia.

Lo anterior constituye, también, la motivación de la sentencia de instancia que corresponde dictar a la Corte con motivo de la casación de la revisada por vía de ese recurso extraordinario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 21 de octubre de 1954, y revoca la de 10 de julio de 1954 del Juzgado Sexto Civil del Circuito de aquella ciudad y falla este negocio así: declárase probada la existencia de la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo en este juicio.

Costas a cargo del demandante en las instancias.

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

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de F. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR VIAS DE HECHO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

La Corte, en otra ocasión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y los recurrentes han acogido, en este pleito, el siguiente resumen de los hechos:

"En los días 6, 7, 8 y 9 de enero de 1950 el Inspector Octavo Municipal de Barranquilla, señor Manuel Agustín Carbonell, envió unos Agentes de la Policía con el objeto de decomisar y destruir las máquinas expendedoras mecánicas que estaban funcionando en la ciudad. Al efecto, dichos Agentes procedieron a incautarse de doce máquinas fabricadas por Mills Novelty (U. S. A.) amparadas por la patente de invención número 2739 de 25 de septiembre de 1930, cuyo funcionamiento estaba autorizado por la Resolución número 129 de 17 de julio de 1941, emanada de la Gobernación del Atlántico y por el Acuerdo del Concejo de dicha ciudad, Nº 6 de 1935, máquinas que pertenecían en número de 10 al Sr. Rafael Llanos Montes y 2 al Sr. Juan S. Robles, actores en esta litis. Llevadas las referidas máquinas a los patios del Cuartel de Policía, fueron destruídas, se les sacó el dinero contenido en ellas, que se remitió en cantidad de $ 32.00 a la Tesorería Municipal. Hecho lo anterior, el mencionado Inspector 8º Municipal de Barranquilla, dictó la Resolución número 252 de 10 de enero de 1950, por medio de la cual pretendió legalizar ex post facto las vías de hecho anteriormente consumadas, Resolución que ni siquiera llegó a ser notificada.

"Con base en los hechos resumidos y en los artículos 2347, 2349, 669 y 762 del C. Civil y 20 de la Carta Fundamental, los señores Llanos Montes y Robles, por medio de apoderado demandaron al Municipio de Barranquilla para que se los indemnizara los perjuicios que el proceder arbitrario del señor Inspector 8º les había causado.

"Surtidos los trámites del juicio ordinario, el señor Juez Segundo Civil del Circuito de la citada ciudad, desató la litis absolviendo a la entidad demandada, "por no estar acreditados en autos los hechos generantes de la responsabilidad civil que se le imputa en el escrito de demanda".

"Interpuesto el recurso de alzada contra el anterior fallo y tramitado conforme al ritual de ley, la parte demandante produjo probanzas encaminadas a subsanar la deficiencia observada por el Juzgador de primera instancia.

"Agotado el procedimiento, el Tribunal Superior de Barranquilla falló así: "REVOCASE el fallo apelado para el solo efecto de resolver, como en efecto se resuelve, que este asunto no es de la competencia de la justicia ordinaria". Contra esta decisión de segunda instancia se interpuso por el demandante recurso de casación.

La Corte casó esta primera sentencia del Tribunal de Barranquilla y ordenó que volviera el negocio para que ésta entidad fallara el fondo del asunto.

En cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema, el Tribunal de Barranquilla dictó la de fecha 17 de mayo de 1955 contra la cual la entidad demandada interpuso el actual recurso de casación que va a decidirse.

El Tribunal sentenciador estudia las pruebas allegadas al juicio, y la responsabilidad civil que le puede caber al Municipio de Barranquilla y afirma que, "dada la índole civil de este proceso y el objeto del mismo, la Sala estima que debe prescindirse de ese texto de la Constitución Nacional y limitar el problema a las normas del Código Civil en las cuales se deba fundamentar la decisión que el Tribunal adoptará en la parte resolutiva de esta sentencia". En seguida considera el sentenciador las bases de la acción intentada, en largo y detallado estudio, para concluir que, "las observaciones precedentes llevan a la conclusión de que el Municipio de Barranquilla es civilmente responsable por los daños y perjuicios causados a los demandantes por el acto del Inspector 8º Municipal al ordenar la destrucción de las "máquinas para vender dulces" que fueron decomisadas y destrozadas en virtud de la orden impartida por el mencionado funcionario".

El Tribunal considera, asimismo, el problema

de la cuantía de los daños y perjuicios para fijar su decisión en los siguientes términos: "Resuelve: Revócase la sentencia proferida en este juicio el día trece (13) de julio de mil novecientos cincuenta y uno (1951) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito y en su lugar se dispone:

"Primero.—Declárase civilmente responsable al Municipio de Barranquilla por los perjuicios que sufrieron los señores Rafael Llanos Montes y Juan S. Robles en virtud de haberles sido destruídas unas máquinas para vender dulces que eran propiedad de los mencionados señores.

"Segundo—Condénase al Municipio de Barranquilla a pagar como daño emergente al señor Rafael Llanos Montes la cantidad de diez mil ochocientos pesos ($ 10.800.00) y al señor Juan S. Robles la suma de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00).

"Tercero.—Las cantidades que como lucro cesante deberá pagar también el Municipio de Barranquilla a los señores Rafael Llanos y Juan S. Robles se fijarán siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial y las bases fijadas en la parte motiva de esta sentencia; y

"Cuarto.—Sin costas".

Demanda de casación

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y acusa la sentencia "por violación indirecta de los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal y 147, numeral 3º del Código Judicial, porque el Tribunal fallador dejó de apreciar las pruebas que habrían de llevarlo al cumplimiento de tales preceptos".

Para fundamentar el cargo el recurrente hace una relación detallada de las pruebas que considera se dejaron de apreciar en la sentencia, que son todas las allegadas al juicio, para afirmar que: "No sólo, pues, del libelo de demanda mismo, sino de los anteriores elementos de convicción se deduce sin la menor duda que el hecho considerado por los demandantes como fuente de la indemización civil y sobre el cual apoyan su acción, constituye al mismo tiempo un hecho delictuoso con todas sus características o elementos constitutivos, una infracción penal investigable de oficio; más concretamente un delito de "abuso de autoridad" previsto y sancionado por el Código Penal en el Capítulo VI, Título III del Libro 2º".

Inmediatamente se transcribe en la demanda de casación el texto de los artículos 171 y 181 del Código Penal, 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal y 147 —numeral 3º— del Código Judicial, para concretar la acusación así:

"Es forzoso concluir, pues, que si el Tribunal fallador hubiera tenido en cuenta las probanzas antes relacionadas las cuales demuestran ampliamente que el hecho generador de los perjuicios civiles que se demandan en esta litis constituyen una infracción penal perseguible de oficio, hubiera dado aplicación cabal a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal y 147, numeral 3º del Código Judicial, es decir, hubiera dado inmediatamente noticia del delito a la autoridad competente suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia auténtica de los autos o documentos conducentes para que se investigara penalmente el hecho, en los términos de los artículos 10 y 11, inciso 1º citados; y como consecuencia lógica y directa hubiera suspendido la decisión del negocio civil mientras la justicia penal pronunciaba auto de sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva irrevocable, al tenor de lo estatuido por el mismo artículo 11, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 147, numeral 3º del Código Judicial, puesto que, en este caso, el fallo penal necesariamente podía venir a influir en la sentencia civil. Pero como el Tribunal fallador dejó de apreciar tales elementos de prueba, por eso violó indirectamente los preceptos tantas veces citados".

La Corte considera:

Primero.—La Corte Plena en sentencia de fecha seis de diciembre de 1951, al decidir sobre la exequibilidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, determinó el alcance de la influencia del fallo penal en el juicio civil en los siguientes términos:

"Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos 28 y 29 del C. de P. P., pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir

sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del Código Penal. b) En general, los jueces penales no están llamados a estatuir hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.....

"El legislador colombiano ha deslindado la culpa penal de la culpa civil. Nuestros artículos 8 y 27 del Código de Procedimiento Penal contribuyen a demostrar este concepto. Los artículos 11, 25, inciso 2º, 28 y 29 ibidem configuran la interdependencia de las acciones civil y penal. El artículo 12 del Código Penal, delimita la culpa penal. No cabe duda por lo tanto de que, conceptualmente, la apreciación de la conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, es distinta cuando viola un mandato o una prohibición del Derecho Penal que cuando la violación se refiere a un mandato o prohibición del Derecho Civil...

"Desde el ángulo de la exégesis del artículo 20 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuera de su ámbito de aplicación todo lo que no sea la infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

"Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así porque cuando establece que la infracción no se ha realizado, queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad...

"Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

"En tratándose de infracciones intencionales, no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer el daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo, como se deduce de lo establecido por el inciso 2º del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción penal culposa, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

"Resulta de lo dicho que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que, aun sin una norma legal preestablecida, puede haber **un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial—** determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

"En consecuencia, es conforme a un todo los principios que externa y psicológicamente configuren del mismo modo la culpa civil y la infracción culposa penal, sostener que cuando el Juez Penal ha declarado la inexistencia del acto material o externo, esa decisión deba ser respetada por las demás jurisdicciones; de otra suerte el Estado quedaría en la posibilidad de proferir sentencia contradictoria, porque es contradictorio el fallo de la inexistencia del hecho, pronunciado por el Juez Penal, con la declaratoria de existencia que respecto de ese mismo hecho pudiera hacer otra jurisdicción".

Segundo.—En el caso de que trata esta controversia, el Juez de primera instancia después de un somero análisis y de apreciar las pruebas allegadas al juicio, afirmó: "Para que el acto antijurídico de una autoridad administrativa genere la correspondiente indemnización de perjuicios, es necesario que en forma concreta vulnere derechos adquiridos, **que en el campo a que se contrae este pleito, deben ser necesariamente de carácter civil** (subraya la Sala) y así, debió probarse que el contenido más o menos teórico de la Resolución cuya copia obra en autos, sigue como lógica consecuencia, el acto material de decomisar y destruir los traganiqueles, y no cualquiera de ellos, sino precisamente los que eran de propiedad de los demandantes en este pleito".

El Tribunal en su sentencia de 19 de julio de 1952, fue del mismo concepto del Juez del conocimiento con la diferencia que éste sostuvo que se trataba de una acción indemnizatoria de perjuicios por culpabilidad civil y aquél de una acción o asunto propio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según las voces de la Ley 167 de 1941.

La Corte, al revisar la decisión del Tribunal por la vía del recurso extraordinario de casación, acogió el concepto del Juez del conocimiento y casó la sentencia de segunda instancia, ordenando fallar el fondo del asunto, o sea, la acción meramente indemnizatoria de perjuicios por culpabilidad civil. Esto es, que todas las entidades falladoras excluyeron totalmente la posibilidad de la existencia de una infracción penal culposa, no dejando así el campo abierto para el examen y calificación de otros motivos de culpabilidad distintos del acto material de la destrucción de las máquinas decomisadas, so pretexto de la vigencia de una Resolución dictada ex post facto.

De donde hay que deducir que, el juzgador no fue que no apreciara las pruebas a que alude el recurrente, sino que por el contrario de su enjuiciamiento dedujo la ausencia de infracción penal y la existencia de una culpabilidad meramente civil que determina para su autor la obligación de resarcir el perjuicio causado.

Así las cosas, no puede haber error de hecho en la apreciación de las pruebas, lo que existe es dos criterios opuestos: por una parte el del sentenciador y por otra el del recurrente; ni error de derecho desde el momento en que aquél no le dio mayor ni menor mérito probatorio a esos elementos, sino que les señaló el que la ley les asigna. Luego a través de estos supuestos errores mal pudo haber violación indirecta de los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal y 147 —numeral 3º— del Código Judicial, entre otras cosas, porque el juzgador no tuvo oportunidad de aplicarlos.

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 Barranquilla, de fecha 17 de mayo de 1955.

Sin costas en el recurso.

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

Pablo Emilio Manotas — **Daniel Anzola Escobar** — **Jesús María Arias** — **Guillermo Caravito Durán** — **Juan M. Pachón Padilla** — **Francisco de P. Vargas** — **Jorge Soto Soto**, Secretario.

EN QUE CONSISTE EL DOLO—LA EJECUCION DE UN ACTO ILEGAL O NULO NO IMPLICA POR SI SOLA LA COMISION DE DOLO. — FINALIDAD DEL JUICIO ORDINARIO DE CUENTAS. — CUANDO OPERA LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN ESTOS JUICIOS. — EN EL JUICIO SOBRE RENDICION DE CUENTAS PUEDEN PROPONERSE CUESTIONES RELACIONADAS CON LA MALA ADMINISTRACION DEL MANDATARIO. — AL OBJETANTE DE LAS CUENTAS CORRESPONDE LA PRUEBA DE SU OBJECION. — ERROR DE DERECHO

1.—Para los tratadistas, el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de "intención positiva" de inferir injuria (artículo 63 C. C.). De consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión.

2.—Es verdad que a los albaceas, como a los demás administradores de bienes ajenos, les está vedado aprovechar en beneficio propio los bienes que administran, pero por la sola ejecución de un acto que la ley desautoriza al mandatario no puede presumirse el dolo, si la naturaleza del acto ejecutado con todas las circunstancias que lo acompañan no revelan el propósito delictuoso de inferir injuria a la persona o propiedad del mandante, porque una cosa es la ilegalidad y aun la nulidad de un acto y otra que su ejecución comporte dolo.

3.—El juicio ordinario de cuentas tiene como finalidad examinar las cuentas que se presenten y las objeciones que a éstas se formulan, para deducir los saldos, dando lugar a que se modifiquen las partidas iniciales mediante el examen de los comprobantes y pruebas que se aduzcan, por lo que las modificaciones que se hagan no demuestran por sí solas dolo del cuentadante, si éste no ha recurrido a maniobras engañosas para hacer aparecer egresos no efectuados u ocultar ingresos efectivos.

4.—El juicio ordinario de cuentas resulta de las objeciones que formule el que examina las cuentas presentadas, si el responsable no asiente en tales objeciones. De consiguiente, el pliego que contiene los motivos por los cuales se impugnan las cuentas, demarca los límites de interés jurídico que el objetante propone y deduce para la decisión del juzgador, y la respuesta que el responsable o cuentadante dé a esas objeciones, marca el interés deducido por éste.

Por tanto, el fallo que pone término al juicio ordinario de cuentas, por razón de la materia que en tal caso se contempla, ha de versar sobre las objeciones y las explicaciones que fueron objeto del debate en la instancia. Para que pueda predicarse inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es preciso que el juzgador se salga de la contienda así fijada, o en otros términos, que deje sin decidir todas o alguna de las objeciones propuestas.

5.—Debe rectificarse el concepto del Tribunal de que la ocupación de un bien de la sucesión en provecho propio del albacea y el no hacerlo producir en beneficio del patrimonio que administra, da campo para otros recursos contra el albacea pero no para objetar las cuentas por esos motivos. Considera la Sala que quien examina la cuenta presentada por un administrador tiene facultad amplia para objetarla y exigir que se deduzcan a cargo del responsable ingresos dejados de percibir por mala administración o ejercicio incorrecto de sus funciones. Sólo que, para que las deducciones puedan hacerse, es necesario que quien hace las observaciones pruebe plenamente la mala administración o el ejercicio inco-

exceso de funciones y que a consecuencia de tales vicios el administrador dejó de percibir ingresos que debían beneficiar al patrimonio que administra.

Esta tesis, de que en el juicio sobre rendición de cuentas pueden ventilarse cuestiones sobre la mala administración o la extralimitación de funciones del mandatario, ha sido confirmada por la doctrina de la Corte (diciembre 10 de 1942, G. J. 2001 a 2005, 351) y la de los autores ("Procedimiento Civil Colombiano" por Luis Felipe Latorre, pág. 268).

3.—La diligencia de inventarios de bienes de una sucesión es una simple relación de los bienes relictos que no quita ni confiere derechos, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Corte. Entonces, la inclusión de un inmueble en el inventario sucesoral no es prueba ni del dominio ni de la posesión del bien, porque esa inclusión no muda el derecho de terceros ni les arrebata la posesión.

7—Cuando a la técnica de la casación quien dice que el fallo viola por ERROR DE DERECHO al no aplicar una disposición legal, porque la violación de ella por error de derecho acaece siempre en la estimación de las pruebas, por atribuirle al juzgador una fuerza o efecto que la ley no le da o negarle la que la ley le asigna.

8.—Puede decirse en términos generales que en el juicio de cuentas no se alteran los principios jurídicos que regulan las probanzas. De acuerdo con esos principios el que alega un cargo debe demostrarlo y con mayor razón cuando ese cargo agrava la obligación o deuda. Entonces si el cuentadante al rendir la cuenta indica una cantidad como ingresos por determinado concepto y el objetante afirma no ser cierta esa cantidad, le corresponde a éste demostrar que la deuda es distinta, es decir, comprobar la objeción.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Caravito Durán)

Rosa Uribe viuda de Gómez y María Uribe de Hoyos, por medio de apoderado, demandaron a Pedro Uribe Mejía y Eduardo Uribe Mejía, albaceas de la sucesión de la señora Isabel Mejía viuda de Uribe, con tenencia y administración de bienes, para que rindieran las cuentas de su administración en el tiempo comprendido desde la muerte de la testadora hasta la fecha en que los bienes fueron entregados al secuestre nombrado por el Juez del conocimiento del juicio de sucesión.

Aceptada la demanda por el Juez 3º Civil del Circuito de Manizales a quien correspondió el conocimiento del negocio, se corrió traslado a los demandados y el Juez falló ordenando a éstos rendir las cuentas solicitadas, dentro del término de cuarenta y cinco días contados a partir de la ejecutoria de esa providencia. Dentro de ese término los albaceas, por medio de apoderado, rindieron las cuentas de su administración, las que fueron objetadas por el apoderado de las demandantes. De las objeciones se dio traslado a los demandados y como su apoderado manifestara que no las aceptaba, el Juzgado ordenó continuar el negocio por la vía ordinaria como lo dispone la ley.

Surtidos los trámites de rigor, el Juzgado de la primera instancia dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 1951, en la cual declaró probadas algunas objeciones, no probadas otras y dedujo un saldo a cargo de los albaceas y a favor de la sucesión por la cantidad de $ 28.696.97, además del valor del arrendamiento de un local para garage y otros locales ocupados por los albaceas, cuyo monto debía establecerse por el procedimiento del artículo 553 del C. J. No hizo condenación en costas.

Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de 9 de marzo de 1954, lo reformó y resolvió lo siguiente:

"1º—Se declaran probadas las objeciones distinguidas por el objetante doctor Guillermo Hoyos Villa en este juicio con los números 4, 8, 9, 10, 13, 17, 20, 24, 26, 43, 46, 48, 49, 50, 52, 53 y 54; y por el Tribunal, en esta providencia, con los números 2, 3, 4, 5, 7, 9, 13, 16, 20, 27, 28, 29, 30, 32, 33 y 34 respectivamente.

"2º—Se declaran no probadas las demás objeciones propuestas por el mismo apoderado doctor Hoyos Villa en este mismo juicio.

"3º—Como consecuencia de lo anterior, se declara que el saldo en contra de los albaceas seño-

res Pedro y Eduardo Uribe Mejía y a favor de la sucesión de Isabel Mejía de Uribe, o herederos de ésta, por razón del manejo de los bienes de dicha sucesión, es de veintiocho mil novecientos setenta y seis pesos con noventa y siete centavos ($ 28.976.97), el cual deben pagar dichos albaceas una vez quede en firme esta providencia (artículos 513 y 1367 del C. Civil); y

"4º Se declara igualmente que no hay lugar a ninguna otra declaratoria contra dichos albaceas, y en consecuencia, se revoca el numeral **Cuarto** de la sentencia apelada; y

"5º—Sin costas".

Tanto la parte demandante como la demandada recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal, recurso que les fue admitido y hoy se estudia, principiando por la demanda del actor en el juicio.

Demanda de casación de la parte actora

En su extenso escrito de demanda que ocupa 85 páginas, la parte actora hace seis cargos a la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados en su órden.

Primer cargo

Invocando la causal primera a que se refiere el artículo 520 del C. J., acusa la sentencia "por falta de apreciación de las pruebas y error de hecho manifiesto surgido de esa misma no apreciación, y violación de la ley sustantiva, y concretamente por aplicación indebida de los arts. 1359 y 2308 del Código Civil e infracción de los artículos 1357 del Código Civil y 481 del Código Judicial, por cuanto señaló como remuneración a los albaceas Pedro y Eduardo Uribe Mejía la suma de nueve mil seiscientos pesos ($ 9.600.00), a razón de $ 400.00 mensuales para los dos en veinticuatro meses, y al contrario, desechó, sin razón, la excepción de dolo propuesta a dicha erogación en las cuentas rendidas por parte de mis representados".

Dice el recurrente que si no podía el Tribunal, como Juez de cuentas, eximirse de hacer la regulación de los honorarios de los albaceas cuentadantes, bien podía rechazar el derecho a tales honorarios por haber procedido los albaceas con dolo y que como ambas partes sometieron este punto a la decisión del Juez, y, además, versaba sobre una de las partidas de la rendición de cuentas, sin incurrir en incongruencia no podía eximirse de rechazar dicha partida pretextando que el cargo relacionado con la compra que para sí hizo al albacea Pedro Uribe Mejía de unos semovientes de la sucesión, aunque ilegal, como contrario a lo dispuesto en los artículos 1351 y 501 del Código Civil, la nulidad de tal venta no se había pedido ni podía ser declarada dentro del mismo juicio de cuentas, y agrega:

"El sentenciador de instancia no ha debido señalar o regular los honorarios de los albaceas cuentadantes, haciendo caso omiso del cargo relativo al dolo en el desempeño del albaceazgo, punto propuesto como defensa por la parte que pidió las cuentas, con la correspondiente repercusión al liquidar el saldo acreedor o deudor de las cuentas; y como en vez de hacerlo así rechazó de manera absoluta el cargo relativo al dolo en el desempeño del albaceazgo, quebrantó indirectamente el artículo 1357 del Código Civil y resulta, así, fundado este primer cargo contra el fallo recurrido por la parte que represento, como se verá al analizar los varios casos de dolo y la prueba respectiva en el desempeño del albaceazgo".

A continuación expone el recurrente los casos que considera como constitutivos de dolo en la administración de los albaceas, los que pueden resumirse así:

a) El albacea Pedro Uribe Mejía compró para sí veinte terneros pertenecientes a la sucesión que como albacea administraba, en la módica suma de mil pesos, beneficiándose de esa manera con perjuicio de la sucesión, negociación que le estaba expresamente prohibida por los artículos 1351, 501, 1856, 2170, 1358, 2175 del Código Civil y 167 del Código Penal.

b) Los albaceas Pedro y Eduardo Uribe Mejía se usufructuaron en provecho propio para sus casas particulares de "sendos cuarterones" de leche que diariamente les enviaba el mayordomo de la parte baja de la finca "La Florida", de nombre de Jesús María Rojas, no solamente durante los dos años de administración, sino hasta el 21 de septiembre de 1949, fecha ésta en la cual logró el secuestre de los bienes sucesorales doctor Néstor Echeverri, que por sentencia de lanzamiento le entregara dicho mayordomo la parte baja del inmueble en referencia, con lo cual violaron también las disposiciones citadas en el párrafo anterior.

c) Los albaceas se aprovecharon en beneficio propio del pasto, sal y administración de la finca "La Florida", ya que en ella tuvieron pastando ganados de su exclusiva propiedad y de la de su

hermano José María Uribe Mejía, sin que obste decir que tales ganados pastaban en dicha finca con consentimiento de la causante, ya que con motivo de su muerte terminó el privilegio familiar aludido, con violación de normas prohibitivas para los albaceas, tales como los artículos 2173, 2183 y 1351 en relación con el 501 del Código Civil.

d) Los albaceas se usufructuaron en su propio beneficio de bienes de la sucesión en perjuicio de los intereses de los coherederos, mediante la ocupación de unos locales y un garage, y permitieron que Bernardo Uribe Arango, hijo del albacea Pedro Uribe Mejía, usufructuara otro local y que el coheredero José María Uribe Mejía usufructuara otro inmueble de propiedad de la sucesión, con lo cual infringieron los artículos 2173 y 2183 del Código Civil, y

e) El albacea Pedro Uribe Mejía compró con fondos inventariados como de propiedad de la sucesión 19 bonos del Empréstito de Carreteras de Caldas, bajo un costo de $ 19.992.00, debiendo saber que tal cantidad era indispensable para atender al pago de los derechos de lazareto, de los legados hechos por la testadora, amén del impuesto predial y del de renta y patrimonio, pagos todos éstos que, con excepción del lazareto, tuvieron que ser cubiertos por el secuestre doctor Néstor Echeverri. Además los albaceas no dieron cuenta de los intereses producidos por esos bonos desde agosto de 1945 hasta el 18 de diciembre de 1946, concepto por el cual la sentencia del Tribunal deduce a cargo de los albaceas la cantidad de $ 2.051.28 sin que el recurrente se explique "por qué tal entidad no consideró y aplicó como doloso este cargo para negarles el derecho a los honorarios a los señores albaceas".

El recurrente hace en relación a cada uno de los casos que se dejan brevemente expuestos un minucioso análisis de las pruebas con las cuales considera plenamente demostrados tanto los hechos como la responsabilidad dolosa de los albaceas. Conviene examinar lo que el Tribunal estimó al estudiar la objeción referente a los honorarios de los albaceas, como también lo dicho por éste en cada uno de los casos que el recurrente estima como constitutivos de dolo, hechos que el Tribunal hubo de estudiar por haber sido propuestos como objeciones a la cuenta presentada por los albaceas. Sobre los honorarios de los albaceas dijo el Tribunal:

"En el capítulo V de las cuentas se relaciona un egreso de $ 9.600.00 como valor de los honorarios de los albaceas en el período a que se contraen las cuentas, o sea, a razón de $ 400.00 mensuales, para los dos.

"No acepta el objetante la anterior partida, por cuanto dice: 'no es atribución de los albaceas fijarse los honorarios, sino del señor Juez a quien pido desde luego que no se les señale honorarios de ninguna especie, ya que considero que los albaceas Pedro y Eduardo Uribe Mejía no tienen derecho a exigir honorarios como tales, porque se hallan en el caso contemplado en el artículo 1357 del Código Civil'.

"El artículo 1357 citado por el objetante dice que el albacea 'será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución'.

"No obstante los distintos cargos formulados por el objetante, en sólo uno de ellos se acusa a los albaceas de dolo. Tal cargo es el relacionado con la compra que para sí hizo el albacea Pedro Uribe Mejía de unos semovientes que, según el mismo, fueron avaluados por peritos en mil pesos.

"Al examinar la objeción relacionada con tal compra, se dijo que ésta era ilegal, como contraria a lo dispuesto en los artículos 1351 y 501 del C. Civil; mas no obstante, no prosperó la objeción, ya que la nulidad de tal venta no se había pedido, ni podía ser declarada dentro del mismo juicio.

"Y si la nulidad de dicha venta no podía declararse ni aceptarse entonces, para rechazar la correspondiente partida, menos puede ahora admitirse o aceptarse el cargo que se hace de haber sido fraudulenta o dolosa tal operación, para que, como consecuencia, y sin declaración previa de ello, se imponga como sanción el desconocimiento de un derecho, cual es el que tienen dichos albaceas a que su trabajo se les remunere de acuerdo también con claras disposiciones legales".

A continuación hace el Tribunal consideraciones sobre el derecho que tienen los albaceas a que se les remunere su trabajo, a la facultad que tiene el Juez para regular esa remuneración cuando el testador no la haya señalado, para concluir que "si se tiene en cuenta que el monto del capital inventariado pasa, como lo anota el Juez, de $ 400.000.00 y los varios bienes en que dicho capital está representado, todos los cuales requie-

ren cuidados, vigilancia y activa administración, hay que aceptar que el sueldo de $ 400.00 mensuales, para los albaceas, o sea a $ 200.00 para cada uno, no resulta exagerado sino más bien módico, por lo cual, si no hay motivo para desconocerlo o rechazarlo, tampoco lo hay para reducirlo o rebajarlo".

Por las razones anotadas el Tribunal consideró que no era aceptable la objeción de que se viene hablando. Al estudiar la objeción referente a la compra hecha por el albacea Pedro Uribe Mejía de veinte terneros pertenecientes a la sucesión, el Tribunal analiza las pruebas de tal hecho, entre las cuales se destacan la confesión del mismo apoderado de los cuentadantes y el cuadro de posiciones absuelto por el responsable y estima que se trata de una operación realizada por el albacea Pedro Uribe Mejía contra lo expresamente dispuesto en la ley, ya que según los artículos 1351 y 501 del C. Civil no pueden los albaceas realizar contrato alguno con los bienes que como tales administran y de los cuales les pueda resultar provecho. Y agrega:

"Como se ve, la operación resulta hecha en la forma relatada por el objetante, sin que valga la disculpa dada por el adquirente, de que la venta fue hecha por el otro albacea señor Eduardo Uribe Mejía, y que ella se hizo de acuerdo con avalúo hecho por peritos, pues ello no subsana en nada la ilegalidad de tal venta, ya que a más de las disposiciones citadas, los artículos 1856 y 2170 del C. Civil prohiben a los albaceas comprar por sí, o por interpuesta persona nada de lo que por razón de su cargo, administran.

"Empero, como tal operación en nada afecta las cuentas, ya que su nulidad no ha sido pedida, ni ella puede ser declarada en este juicio, la partida objetada, no obstante lo dicho antes, tendrá que ser en su totalidad conservada".

Como lo observó el Tribunal, inicialmente sólo se acusó de dolo a los albaceas en cuanto a la compraventa de los veinte terneros de que se acaba de hablar. Los otros casos de dolo no fueron alegados al proponer las objeciones, pero, como ya se dijo, la sentencia se ocupó de esos hechos que correspondían a otras tantas objeciones a las cuentas presentadas por los albaceas.

Así, sobre los cuarterones de leche llevados a las casas de los albaceas, estimó el Tribunal, luego de analizar las diversas pruebas, que no estaba demostrado que tal leche se hubiera suministrado por los mayordomos a los albaceas como parte del canon de arrendamiento de la finca.

Sobre ocupación de unos locales por los albaceas y por Bernardo Uribe Arango y José María Mejía, estimó el Tribunal que no habían sido desvirtuadas las explicaciones dadas por los cuentadantes y no aceptó la objeción.

Respecto al aprovechamiento de la finca "La Florida" con ganados propios de los albaceas y del coheredero José María Uribe Mejía, estimó el Tribunal que no era aceptable la objeción porque no se había demostrado que, a más de las cantidades de dinero relacionadas en las cuentas, los albaceas hubieran recibido otras, ya por los conceptos relacionados en éstas o por otros distintos.

De la adquisición de bonos del Empréstito de Carreteras de Caldas también se ocupó la sentencia acusada en forma extensa y dedujo a cargo de los albaceas una suma por concepto de intereses no relacionados procedente de cupones de estos bonos cobrados por los albaceas.

Se considera:

El recurrente acusa la sentencia por falta de apreciación de las pruebas y error de hecho manifiesto surgido de esa misma no apreciación, pero a pesar de su extenso escrito no indica cuáles fueron las pruebas que el Tribunal dejara de apreciar y que por desconocimiento de ellas incurriera en error de hecho manifiesto que lo llevara a desechar la excepción de dolo que impedía el reconocimiento de los honorarios de los albaceas. Señala sí las pruebas con las cuales el recurrente considera haber demostrado los distintos casos de dolo que enuncia, pero debe observarse que todas esas pruebas fueron analizadas en la sentencia, con mayor o menor detenimiento, por lo cual puede decirse que se trata de disparidad de criterios entre el recurrente y el sentenciador en la apreciación de la prueba y no de falta de apreciación que es el motivo que se alega. La omisión del recurrente al no señalar las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar sería motivo suficiente para que la Corte desechara el cargo, mas con amplio criterio, por la importancia del asunto, entra a estudiarlo.

Alega el recurrente que el sentenciador de instancia no ha debido señalar o regular los honorarios de los albaceas cuentadantes, haciendo caso omiso del cargo relativo al dolo en el desempeño del albaceazgo, punto propuesto como defensa por la parte que pidió las cuentas y que como rechazó de manera absoluta el cargo relativo al dolo,

quebrantó indirectamente el artículo 1357 del Código Civil.

El Tribunal no omitió estudiar el hecho que se había alegado como constitutivo de dolo, sino que, como se ve en la parte de la sentencia que quedó transcrita, estimó que aun cuando la compra que el albacea Pedro Uribe Mejía hizo al otro albacea Eduardo Uribe Mejía de veinte terneros de la sucesión era ilegal, no podía considerarse como fraudulenta o dolosa, para que, como consecuencia se impusiera como sanción el desconocimiento del derecho que tienen los albaceas a que su trabajo se les remunere de acuerdo con disposiciones legales. Debe agregarse que los otros casos de dolo enunciados en la demanda de casación, fueron hechos que el Tribunal estudió al decidir las objeciones respectivas y que, a excepción de la compra de bonos del Empréstito de Carreteras de Caldas, estimó que no estaban comprobados como ingresos que afectaran las cuentas.

El artículo 63 del Código Civil dice que "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Para los tratadistas, el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de "intención positiva" de inferir injuria. De consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión.

En el caso presente de rendición de cuentas no se observan maniobras engañosas que denuncien la intención por parte de los cuentadantes de inferir injuria a los demandantes o a su propiedad, como ocurriría si se hubieran presentado recibos o documentos falsos para acreditar gastos no efectuados, o se hubieran disimulado entradas efectivas con comprobantes adulterados, u otras maquinaciones de ese estilo. Los hechos que se indican como constitutivos de dolo se refieren a actos ejecutados u omisiones de los albaceas durante su administración. El caso de la compraventa de los veinte terneros fue calificado por el juzgador de instancia como ilegal, pero una cosa es la ilegalidad y aún la nulidad de un acto y otra que su ejecución comporte dolo. El Tribunal no halló ese acto doloso. Su ejecución no denuncia intención de inferir injuria a los herederos o menoscabar su patrimonio. El demandante dice que fueron vendidos en la módica suma de mil pesos, pero no se derbostró que tuvieran un mayor valor o que con esa venta se hubiera causado verdadero perjuicio a la sucesión.

Como actos dolosos de los albaceas se indica el aprovechamiento de parte de la leche que se producía en la parte baja de la finca "La Florida", en su propio beneficio; el aprovechamiento de pastos, sal y administración de la misma finca con ganados propios de los albaceas y del coheredero José María Uribe Mejía; la ocupación de unos locales y garage de la sucesión sin pagar arrendamiento, y no cobrar arrendamientos por otros locales ocupados por Bernardo Uribe Arango y José María Uribe Mejía. Es verdad que a los albaceas, como a los demás administradores de bienes ajenos, les está vedado aprovechar en beneficio propio los bienes que administran, pero por la sola ejecución de un acto que la ley desautoriza al mandatario no puede presumirse el dolo, si la naturaleza del acto ejecutado con todas las circunstancias que lo acompañan no revelan el propósito delictuoso de inferir injuria a la persona o propiedad del mandante. En el caso concreto de estudio no pudo demostrarse que la leche que recibieran los albaceas del mayordomo Jesús María Rojas fuera siquiera de la sucesión, porque quedó establecido que Rojas era el propietario de la leche a la cual tenía derecho como compensación de su trabajo como administrador de la finca y demás labores que ejecutaba. Tampoco se estableció que los albaceas mantuvieran ganados de su propiedad en la finca "La Florida" y en cuanto a que permitieran que el coheredero José María Uribe Mejía mantuviera algunos ganados allí, no es de por sí acto que demuestre intención dolosa de los albaceas, máxime si en vida de la causante éste gozaba de ese privilegio familiar. En cuanto a la ocupación de un local de oficina que hiciera el albacea Pedro Uribe Mejía, la sola afirmación de éste de que tal local lo destinaba para atender a los negocios de la causante en vida y luego a los de la sucesión, afirmación que no logró ser desvirtuada, lo releva de toda intención criminosa. El Tribunal encontró aceptable la explicación que dieran los albaceas respecto a los otros locales y en todo caso no puede deducirse dolo por actos de los albaceas referentes a esos bienes. La compra de bonos del Empréstito de Carreteras de Caldas con

fondos inventariados como de propiedad de la sucesión no es acto que pueda imputarse como doloso, pero ni siquiera de mala administración, ya que no irrogó perjuicio alguno a la sucesión, ni causó pérdidas ni se demostró que por esa inversión se hubieran desatendido obligaciones de la sucesión. La imputación de apropiación fraudulenta de la cantidad de $ 2.051.28 que la sentencia dedujo como intereses o cupones de los bonos, por no haber sido relacionada en la cuenta, y que en concepto del recurrente es hecho doloso que impide reconocer honorarios a los albaceas, no puede tenerse como tal si se considera que precisamente el juicio ordinario de cuentas tiene como finalidad examinar las cuentas que se presentan y las objeciones que a éstas se formulan, para deducir los saldos, dando lugar a que se modifiquen las partidas iniciales mediante el examen de los comprobantes y pruebas que se aduzcan, por lo que las modificaciones que se hagan no demuestran por sí solas dolo del cuentadante, si éste no ha recurrido a maniobras engañosas para hacer aparecer egresos no efectuados u ocultar ingresos efectivos. Esa suma se dedujo en consideración a que no se demostró la compra de los bonos y no así la venta de parte de éstos que los albaceas dijeron haber hecho a Luis Prieto. El que la cuenta se hubiera modificado no implica dolo que haga perder a los albaceas su derecho a remuneración.

Sobre apreciación de los elementos generales del dolo, dijo la Corte: "El Tribunal sentenciador es soberano en cuanto a la apreciación de los elementos constitutivos del dolo; y la sentencia no es a este respecto susceptible de casación. Pero otra cosa sucede cuando el Tribunal desconoce la existencia de los hechos indicativos del dolo, no obstante estar ellos plenamente probados. En tal caso la sentencia es casable por error de hecho evidente". (Orozco Ochoa. Tomo III, pág. 258).

La sentencia recurrida estudia ampliamente el hecho primeramente alegado como constitutivo de dolo y se ocupó de los otros casos que luego se alegaron también como dolosos. El Tribunal no desconoció, pues, los hechos, sino que no los consideró indicativos de dolo. Su apreciación debe ser respetada.

El artículo 1357 del Código Civil dispone que el albacea "será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución".

Esta es la disposición que se indica como indirectamente violada por el Tribunal al señalar o regular los honorarios de los albaceas. Pero como el sentenciador no halló elementos constitutivos de dolo en la administración del albaceazgo, no infringió tal disposición.

Tampoco infringió el Tribunal en este caso el artículo 481 del Código Judicial que dispone que no pueden los Jueces y Tribunales, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito, porque, aun cuando dice que la nulidad de la venta de los terneros no ha sido pedida ni ella puede ser declarada en este juicio, es lo cierto que no era materia del pleito la nulidad de tal venta y la sentencia se pronuncia sobre los puntos debatidos, esto es, sobre los honorarios de los albaceas y la tacha de dolo.

El artículo 1369 del C. Civil estatuye que cuando el testador no haya señalado la remuneración de los albaceas, corresponde al Juez regularla, tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo. Esta fue la disposición que aplicó correctamente el Tribunal sentenciador al reconocer los honorarios de los albaceas, ya que de otro lado no halló dolo en su administración. El artículo 2308 no fue aplicado ni tenía por qué serlo.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Segundo cargo

Con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal "por ser dicho fallo violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, por error de hecho manifiesto y de derecho en la apreciación de las pruebas, según los varios cargos que formulé al respecto en los numerales 1º, 18, 56 y 62 del pliego de objeciones a las cuentas rendidas, por haber sido declaradas no probadas en la sentencia recurrida bajo 5ª, 10ª, 36ª y 42ª objeciones, en lo referente a inmuebles de propiedad de la sucesión ocupados por los albaceas Pedro y Eduardo Uribe Mejía, su hermano José María Uribe Mejía y Bernardo Uribe Arango, hijo este último del primero de los cuentadantes, según los motivos que paso a formular en este capítulo".

Las objeciones a que alude el recurrente ten-

dian a que se cargara a los albaceas "lo pagado o debido pagar" por concepto de arrendamiento de los siguientes bienes pertenecientes a la sucesión y ubicados en Manizales:

a) Por el local número 22-22 de la calle 19, ocupado por el albacea Pedro Uribe Mejía, con oficina particular según el objetante, desde la fecha de la muerte de la causante hasta el mes de octubre de 1946 y luego por el local 22-32 de la misma calle, a donde trasladó su oficina.

b) Por el garage situado en la calle 26 número 23-32, que ocupó el mismo Pedro Uribe Mejía, desde la muerte de la causante hasta que se hiciera la entrega.

c) Por el local situado en la Avenida Santander, que ocupó el albacea Eduardo Uribe Mejía con la "Cafetería Aroma", desde la fecha de la muerte de la causante hasta que hiciera la entrega.

d) Por el local de la Avenida Santander, que ocupó con garages el coheredero José María Uribe Mejía, en la parte que corresponda a la sucesión, a partir de la fecha de la muerte de la causante hasta la fecha de la entrega, y

e) Por el local situado en la Avenida Santander, ocupado por Bernardo Uribe Arango, hijo del albacea Uribe Mejía, con un depósito de maderas, también desde la fecha de la muerte de la causante hasta su entrega.

Como el recurrente formula en este motivo de casación distintos cargos contra la sentencia acusada, conviene enunciarlos separadamente en orden a su mejor entendimiento.

Por no cargar en la cuenta débito de los cuentadantes lo debido pagar por Pedro Uribe Mejía por ocupación sucesiva de los locales indicados en el aparte a), acusa el fallo por "error de hecho evidente al no reconocer el que existe manifiesto en los autos, y que es el de ocupación de tales locales por parte del cuentadante Pedro Uribe Mejía con su oficina particular", hecho que encuentra demostrado, en cuanto al primero o sea el número 22-22 de la calle 19, con las posiciones que el mismo albacea absolvió el once de junio de 1946 en donde dijo que el local lo ocupaba usándolo no solamente para los negocios particulares, para la administración de los bienes de la sucesión y los de su madre en vida de ésta y con consentimiento de ella; y en cuanto al segundo local número 22-32, con la confesión en posiciones absueltas el primero de diciembre de 1948, al decir que no todo el tiempo que ocupaba esa oficina o ese local ha sido con su oficina particular, oficina esta última que se halló ocupada por el albacea en la diligencia de secuestro, en la diligencia de inspección ocular sobre los libros, en otra diligencia ocular, todo lo cual corrobora la declaración del secuestre doctor Néstor Echeverri. Considera el recurrente que al omitir el Tribunal la estimación de estas pruebas quebrantó por error de derecho los artículos 606 y 609 del C. Judicial, violación que lo llevó a infringir, por falta de aplicación, los artículos 1769, 1395 en su inciso 3º, 2173 y 2183 del Código Civil. Y agrega: "Como en ninguna parte dispone la ley que la sucesión tenga que suministrar oficina al albacea, sino que ella entra en el gasto de la exclusiva responsabilidad del albacea, puesto que en el cuaderno de autos no formuló cuenta especial por tal expensa, el fallo recurrido es violatorio de las disposiciones sustantivas que acabo de citar, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea por haberse incurrido en error de derecho y de hecho que aparece de manifiesto en los autos".

En cuanto a la no inclusión en las cuentas del valor del arrendamiento del garage ocupado por el mismo albacea Pedro Uribe Mejía, indicado en el aparte b), considera el recurrente que el fallo es violatorio de las mismas disposiciones antes citadas, así como también del artículo 481 del C. Judicial, este último por cuanto el Tribunal, después de decir que no aparece desvirtuada la afirmación del cuentadante de que el garage le fue prestado por la Dirección de Educación Pública del Departamento, entidad que tomó en arrendamiento la casa a que pertenece ese garage, y que era al objetante a quien tocaba demostrar que dicho garage había quedado excluído del contrato, agregó que el hecho de que el albacea lo haya ocupado, es decir que no lo haya hecho producir nada para la sucesión, da campo a otros recursos contra el albacea, bien por omisión, descuido o aprovechamiento particular de los bienes de la sucesión, pero que no para objetar las cuentas por tal motivo, ya que en el estudio de éstas sólo cabe averiguar si los ingresos han sido más de los relacionados, si los egresos han sido menos de los relacionados también, y si éstos aparecen debidamente comprobados. Tal ocupación la encuentra demostrada con la propia confesión del interesado y resulta además de las declaraciones de Fidel Duque, Aparicio Díaz Cabal y del secuestre doctor Néstor Echeverri.

De violación de las mismas disposiciones acusa el fallo por no inclusión de lo debido pagar

por los locales ocupados por Bernardo Uribe Arango, Eduardo Uribe Mejía y José María Uribe Mejía, ocupaciones que encuentra demostradas, en cuanto al primero con las declaraciones de Carlos Tulio Angel y José J. Valencia, con las diligencias de secuestro, con las posiciones absueltas por el albacea Eduardo Uribe Arango, y en cuanto a los segundos, con la diligencia de inventarios de bienes de la sucesión, en donde se relacionaron los bienes ocupados sin indicar ni excluir mejoras de ninguna especie que hubieran construído en vida de la causante los coherederos Eduardo y José María Uribe Mejía, diligencia en la cual el denuncio de bienes fue hecho por el apoderado de los albaceas y que por tanto constituye una confesión, cuya errónea apreciación quebranta también el artículo 607 del C. Judicial, con la diligencia de secuestro, con las posiciones absueltas por los cuentadantes, con las cartas que éstos escribieron al secuestre y con la declaración del mismo secuestre.

Es importante anotar esta observación del recurrente:

"Inútil parece agregar que, tanto porque ambas partes sometieron, en la demanda y su respuesta, lo debido pagar por el cuentadante Pedro Uribe Mejía por la ocupación del garage en cuestión y lo debido pagar por Bernardo Uribe Arango por la ocupación de inmueble de la sucesión con su 'Depósito de maderas', tales puntos fueron sometidos a la decisión del Juez, y son además unas de las partidas de la rendición de cuentas con la correspondiente repercusión al liquidar el saldo acreedor o deudor de las cuentas, no podía eximirse el Tribunal como Juez de cuentas, sin incurrir en inconsecuencia (sic) de fallar sobre tales objeciones con el pretexto de que es improcedente esclarecerlas dentro del juicio de cuentas".

Sobre las objeciones tendientes a que se incluyera en las cuentas a cargo de los albaceas las sumas que éstos dejaron de percibir por concepto de arrendamiento o de producido de los bienes de la sucesión ocupados por los mismos albaceas y por José María Uribe Mejía y Bernardo Uribe Arango, se ocupó el fallo en los apartes que encabeza como 5ª, 36ª y 4ª objeciones. Conviene transcribir lo que dijo el Tribunal, en lo pertinente:

5ª objeción... "Anota el objetante el hecho de que el señor Pedro Uribe Mejía a partir de la fecha de la muerte de la señora Isabel Mejía de Uribe hasta fines de septiembre de 1946, ocupó un local del edificio de la carrera 22 con la calle 19, cuyo valor no se relacionó en las cuentas. Más, tal hecho lo explica el señor Uribe Mejía en las posiciones que absolvió (folio 144 vto. del C. número 6) diciendo: 'El local ha sido ocupado para manejar los negocios de mi madre señora Isabel Mejía de Uribe, y los de la sucesión de la misma, y por insinuación de dicha señora en vida de ella'. Como se ve, no tiene pues razón el objetante, ya que mal podría exigirse al albacea Uribe el pago del arrendamiento de la oficina destinada a los negocios de la mismo causante.

"Se objeta también el hecho de no haberse relacionado el valor del arrendamiento del garage de la casa de la calle 26, en la casa de la carrera 23 con dicha calle 26, de propiedad de la sucesión, y ocupado por el albacea señor Pedro Uribe Mejía, hecho que explica éste diciendo que tal casa fue alquilada a la Dirección de Educación Pública del Departamento, ocurriendo que cuando la entregó le dijeron que no necesitaban dicho garage, el cual podía ocupar con su carro. Más o menos lo mismo afirmó dicho señor Uribe en otras posiciones absueltas por él, y que pueden verse a los folios 38 y 39 del mismo C. número 6.

"Como las anteriores afirmaciones hechas por el absolvente Pedro Uribe Mejía en las posiciones que absolvió y que figuran al folio 141 vto. del C. número 6, no aparecen desvirtuadas en forma alguna por el objetante, el Tribunal las acepta, declarando sin valor la objeción, en cuanto a dichos local y garage se refiere.

"En la misma forma acepta el Tribunal la explicación dada por los cuentadantes, en cuanto a la mención que hace el objetante del local situado en la Avenida Santander y ocupado con una cafetería por el albacea Eduardo Uribe Mejía, local cuya ocupación éste confiesa en las posiciones que absolvió a petición del demandante, agregando: 'No recuerdo el tiempo que hace que ocupo tal local y no he pagado arrendamiento ni los pago porque ese local fue prestado por mi señora madre y en el cual tengo mejoras que nos las ha pagado'.

"Efectivamente, consta en el juicio que al practicarse la diligencia de secuestro de tal local, el señor Eduardo Uribe Mejía reclamó su tenencia alegando tener mejoras en él, reclamo que el Juez atendió dejándolo en su poder en calidad de secuestre, teniendo en cuenta las mejoras que el citado Eduardo mostró haber puesto en dicho inmueble, y que alegó le pertenecían.

"También se acepta por igual razón la explicación dada por los cuentadantes respecto a unos

locales o garages situados en la misma Avenida Santander, los cuales tenía en su poder el heredero José María Uribe Mejía, según la diligencia de secuestro que se practicó en la persona del doctor Néstor Echeverri, diligencia en la cual consta que se presentó dicho José María y manifestó que con autorización de la causante había construido el reclamante a sus expensas seis garages sobre la propiedad de que se ha hablado, garages éstos que poseía a nombre propio y no de la sucesión, por lo cual el Juzgado dando aplicación a lo preceptuado por el artículo 1021 del C. Judicial, y después de oír al secuestre Pedro Uribe Mejía (sic) y a los testigos Exequiel Espinosa y Javier Castro, quienes manifestaron que es cierto lo aseverado por el reclamante, el Juzgado dispuso dejar a dicho reclamante en posesión de los mencionados garages.

"Habla también el objetante de un local situado en la misma Avenida, y ocupado por el señor Bernardo Uribe Arango, hijo del señor Pedro Uribe Mejía, y quien no aparece que hubiera pagado cantidad alguna como arrendamiento de dicho local. Más aún cuando aparece que efectivamente dicho señor Uribe Arango ocupaba el mencionado local, no es el caso de elevar saldo alguno a los ex-albaceas por la falta de cobro de tal arrendamiento, pues aquí se trata simplemente de un juicio de cuentas, esto es, de constatar las rendidas para deducir el saldo a que haya lugar, y no de un juicio de responsabilidad por incuria, falta de cuidado, u omisiones de cualquier clase en que hayan podido incurrir los señores albaceas".

En la 10ª objeción, estudia el Tribunal el reparo que se hizo a la partida denunciada como entrada por arrendamientos y que según el objetante debía aumentarse con todo el producido de los arrendamientos de los bienes de la sucesión, y estima el Tribunal que como el objetante no demostró que el producido hubiera sido mayor al relacionado, hay que declarar que la objeción no ha sido probada. Más adelante, en la 36ª objeción, dice el fallo:

"Ya se dejó estudiado atrás lo relacionado con el local ocupado por los albaceas con oficina para los negocios de la sucesión, y otros locales, como también con la ocupación del garage de la casa arrendada a la Dirección de Educación Pública del Departamento, estudios con los cuales se llegó a la conclusión de que no era el caso de elevar alcance alguno a los albaceas, por tales locales, por considerar que las afirmaciones de los cuentadantes no habían logrado ser desvirtuadas por el objetante.

"El señor Juez, refiriéndose a esta objeción dijo:

" 'Al estudiar la Quinta objeción, el Juzgado fijó nítidamente su pensamiento sobre este aspecto del negocio, llegando a la conclusión de que en lo debido cobrar y por lo que el albacea ocupaba un garage situado en la calle 26 entre las carreras 23 y 24 de esta ciudad y del que 'en ninguna manera podía aprovecharse para beneficio propio sino de los bienes por él administrados'. Para ser consecuentes con la forma como se enfocó el problema y visto que los albaceas deben responder por el arrendamiento del bien enunciado, se remitirá a las partes a la liquidación de que trata el artículo 553 del C. J., haciendo una condenación en abstracto'.

"No está de acuerdo el Tribunal con lo anterior del señor Juez, pues además de que, como atrás se dijo, el objetante no logró desvirtuar las afirmaciones de los albaceas, en cuanto hace particularmente al garage ocupado por don Pedro, y que hace parte de la casa en arrendamiento a la Dirección de Educación Pública del Departamento, era al objetante a quien tocaba demostrar que dicho garage había quedado excluído del contrato celebrado con la Dirección de Educación, y dado en arrendamiento a otras personas; pues el hecho de que el albacea lo haya ocupado, es decir, que no lo haya hecho producir nada para la sucesión, da campo a otros recursos contra el albacea, bien por omisión, descuido, o aprovechamiento particular de los bienes de la sucesión, pero no para objetar las cuentas por tal motivo, ya que en el estudio de éstas, como tanto se ha dicho sólo cabe averiguar si los ingresos han sido más de los relacionados, si los egresos han sido menos de los relacionados también, y si éstos aparecen debidamente comprobados.

"No cabe pues, en concepto del Tribunal, hacer como lo dispone el Juez, condenación en abstracto, y remitir a las partes a otros juicios para comprobar y deducir saldos, siendo ésta como lo es precisamente la finalidad del juicio de cuentas".

Y luego adelante, en la 42ª objeción, repite nuevamente el Tribunal que no se ha demostrado que los albaceas hubieran recibido por concepto de arrendamientos sumas distintas de las relacionadas en las cuentas y reafirman su concepto de que en este juicio se trata únicamente del examen de unas cuentas y no de juicio sobre responsabilidad civil de los albaceas.

La Corte considera:

El recurrente, como se vio, en este "motivo segundo de casación" acusa la sentencia con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. En orden lógico deberá examinarse en primer término la causal segunda, pues si la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sería innecesario considerar los restantes. Parece que el demandante sustenta el cargo en el párrafo que se dejó transcrito por considerar la Sala importante anotar esa observación del recurrente.

El juicio ordinario de cuentas resulta de las objeciones que formule el que examina las cuentas presentadas, si el responsable no asiente en tales objeciones. De consiguiente, el pliego que contiene los motivos por los cuales se impugnan las cuentas, demarca los límites de interés jurídico que el objetante propone y deduce para la decisión del juzgador, y la respuesta que el responsable o cuentadante dé a esas objeciones, marca el interés deducido por éste.

Por tanto, el fallo que pone término al juicio ordinario de cuentas, por razón de la materia que en tal caso se contempla, ha de versar sobre las objeciones y las explicaciones que fueron objeto del debate en la instancia. Para que pueda predicarse inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es preciso que el juzgador se salga de la contienda así fijada, o en otros términos, que deje sin decidir todas o algunas de las objeciones propuestas.

La sentencia acusada estudia, puede decirse en forma minuciosa, todas y una a una las objeciones propuestas por el demandante, y de consiguiente no cabe alegar la causal segunda, desde luego que el sentenciador contempla así todos los extremos del debate, por más que el Tribunal dijera que en este juicio se trata únicamente del examen y estudio de unas cuentas y no de juicio sobre responsabilidad civil de los albaceas, porque ese concepto en la práctica lo desatiende, ya que el fallo contempla, como ya se dijo, todos los extremos del debate, inclusive de aquellos que el objetante propuso sobre omisiones de ingresos a consecuencia de mala administración y ejercicio incorrecto de funciones de los albaceas, y porque expresó en forma clara su concepto de que no se debía remitir a las partes a otros juicios para comprobar y deducir saldos, siendo éste como lo es precisamente la finalidad del juicio de cuentas. De consiguiente la acusación por la causal segunda carece de base y no puede prosperar.

Pero es conveniente rectificar desde ahora, el concepto del Tribunal de que la ocupación de un bien de la sucesión en provecho propio del albacea y el no hacerlo producir en beneficio del patrimonio que administra, da campo para otros recursos contra el albacea pero no para objetar las cuentas por esos motivos. Considera la Sala que quien examina la cuenta presentada por un administrador tiene facultad amplia para objetarla y exigir que se deduzcan a cargo del responsable ingresos dejados de percibir por mala administración o ejercicio incorrecto de sus funciones. Sólo que, para que las deducciones puedan hacerse, es necesario que quien hace las observaciones pruebe plenamente la mala administración o el ejercicio incorrecto de funciones y que a consecuencia de tales vicios el administrador dejó de percibir ingresos que debían beneficiar el patrimonio que administra.

Ya la Corte tiene dicho: "Incurre en equivocación el sentenciador al considerar que en el juicio especial de rendición de cuentas no pueden ventilarse cuestiones sobre la mala administración o la extralimitación de funciones del mandatario. Estas cuestiones sí pueden ser materia de estudio en el juicio especial de cuentas si las observaciones que a las cuentas rendidas se les hacen, se basan en extralimitación o mala administración del mandatario". (Casación de 10 de diciembre de 1948, G. J. números 2001 a 2005, pág. 35).

Sobre este punto concreto, el doctor Luis Felipe Latorre, en su tratado de "Procedimiento Civil Colombiano", página 249, hablando del juicio sobre rendición de cuentas, dice: "Por último, como cuestión sustancial en este juicio, se ha discutido si en él se podrá controvertir sobre responsabilidades o prestaciones debidas por concepto de mala administración, culpas de acción u omisión, ejercicio incorrecto de funciones, etc. En nuestra opinión sí, porque la amplitud del debate ordinario lo permite, y los aludidos cargos son factores que, acreditados, pueden influir en el monto del saldo de las cuentas, que es una de las cosas, o la principal, que se ha de definir en el fallo, el cual no debe dejar cuestiones litigiosas pendientes relacionadas con la administración".

Rectificado este punto doctrinario, debe estudiarse el cargo que se hace con base en la causal primera.

A excepción del caso del local ocupado por Bernardo Uribe Arango el Tribunal indica los motivos que lo indujeron a desechar las objeciones tendientes a que se incluyera en la cuenta a cargo de los albaceas lo que dejaron de percibir por arrendamiento de los locales y garage de que se trata, motivos que fueron el no haberse desvirtuado por el objetante las explicaciones dadas por los albaceas, ser el señor Eduardo Uribe Mejía ocupante del local de la Cafetería Aroma con carácter distinto al de albacea y habérsele reconocido a éste y a José María Uribe M., por el Juez que intervino en la diligencia de secuestro de los bienes de la sucesión, su derecho a continuar ocupando esos locales.

Debe estudiarse el cargo que se hace al fallo recurrido de apreciación errónea de los numerales cuarto y quinto de la diligencia de inventarios y avalúos en el juicio de sucesión de la causante señora Isabel Mejía de Uribe, en donde, observa el recurrente, se inventariaron y avaluaron los inmuebles ocupados por Eduardo y José María Uribe Mejía, sin indicar ni excluir mejoras de ninguna especie que hubieran construido en vida de la causante los aludidos señores, diligencia a la cual atribuye el recurrente el carácter de confesión por haber sido hecho el denuncio de bienes por el apoderado de Pedro y Eduardo Uribe Mejía, quienes otorgaron poder en su carácter de albaceas con tenencia de bienes y herederos de la sucesión de la causante, error consistente en no haberle dado a esa confesión el carácter de plena prueba sobre la existencia de mejoras.

A ese respecto debe observarse que la diligencia de inventarios de bienes de una sucesión es una simple relación de los bienes relictos que no quita ni confiere derechos, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Corte. El denunciante de los bienes en el caso que se estudia nada dijo respecto a mejoras, como tampoco dijo que la sucesión o los albaceas estuvieran en posesión de los bienes relacionados en los numerales 4 y 5, sino que indicó esos bienes como pertenecientes a la sucesión. Bien sabido es que la inclusión de un inmueble en el inventario sucesoral no es prueba ni del dominio ni de la posesión del bien, porque esa inclusión no muda el derecho de terceros ni les arrebata la posesión. No puede pues, considerarse que el Tribunal incurrió en error alguno al no apreciar la diligencia de inventarios como prueba de que Eduardo y José María Uribe Mejía no tuvieran mejoras en los bienes relacionados, ni menos aún de que los albaceas estuvieran administrando esos bienes.

Las otras pruebas que el recurrente indica como no apreciadas por el Tribunal, apenas demuestran el hecho mismo de la ocupación de los locales y garage de que se trata, hecho que no ha sido desconocido por el juzgador. El Tribunal no negó la ocupación de un local por Bernardo Uribe Arango y el mismo recurrente trae a cuento la explicación que diera el albacea Eduardo Uribe Mejía de que no había objeto alguno en hacer desocupar ese local por el pésimo estado en que se hallaba y que por el contrario estando allí Uribe Arango éste no lo había dejado caer por estar apuntándolo. Explicación que tampoco fue desvirtuada.

El recurrente no logra demostrar error de hecho evidente del Tribunal por falta de apreciación de pruebas existentes o por tener como demostrados hechos que no lo están, ni error de derecho por darle mayor o menor valor que el que la ley le asigna a alguna prueba. Tampoco demostró infracción directa, aplicación indebida ni interpretación de la ley sustantiva, luego el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Después de hacer un recuento de las pruebas con las cuales considera el recurrente haber demostrado que los albaceas aprovecharon de una cantidad de leche producida en la finca "La Florida" de la sucesión, formula el cargo así:

"Con fundamento, pues, en la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial, acuso también por este aspecto la sentencia recurrida, como violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea y por error de hecho manifiesto y de derecho en la apreciación de las pruebas producidas por la parte objetante de las cuentas rendidas a que he hecho referencia en este capítulo, por cuanto se violó por error de derecho al no aplicar el artículo 481 del Código Judicial, que preceptúa que los juzgadores no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio las resoluciones de las cuestiones que hayan sido materia del pleito, ya que considero que el H. Tribunal de instancia no podía eximirse de pronunciarse sobre la mayor cuantía de tal producido de la finca 'La Florida' usufructuados indebidamente por los cuentadantes y su hermano José María Uribe Mejía, por cuanto ambas par-

tes sometieron, en la demanda y su respuesta, ese punto a la decisión del Juez, y fueron además unas de las partidas de la rendición de cuentas. Quebrantó también por error de derecho al no aplicar los artículos 606 y 609 del Código Judicial por cuanto no dio a la confesión de los cuentadantes el carácter de plena prueba, y la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho: pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tienen obligación de probar".

Adelante agrega que la violación de los citados artículos 481, 606 y 609 del C. J., llevó a la vez al Tribunal a violar por no aplicación, los artículos 1769, 1395, 2173 y 2183 del C. Civil.

Y luego dice:

"Igual violación de los artículos del Código Judicial y quebranto, por no aplicación, de los artículos del Código Civil que acabo de citar en este capítulo, presenta el fallo recurrido en lo referente a que los cuentadantes se aprovecharon, en beneficio propio, del pasto, sal, administración, etc., de la finca en referencia, y permitieron que su hermano José María Uribe Mejía hiciera lo mismo, ya que en dicha finca inventariada como propiedad de la causante, tuvieron pastando ganados de su exclusiva propiedad y de su hermano José María Uribe Mejía referido durante el tiempo de la administración de los cuentadantes, sin que obste decir que tales ganados pastaban en dicha finca con consentimiento de la causante, ya que con motivo de la muerte terminó el privilegio familiar aludido. Y, en tal virtud, solicito se quiebre la sentencia recurrida también por este motivo y se cargue un sumando más en contra de los cuentadantes en la forma como lo solicité en mi alegato de segunda instancia, obrante en el cuaderno 7º, folios 10 a 12".

La sola enunciación del cargo, en la forma antitécnica y oscura en que lo hace el recurrente sería suficiente para que la Sala prescindiera de su estudio, más por la amplitud ya usada en la revisión de los motivos de casación anteriores, estudia también el presente.

En primer término el recurrente acusa aquí el fallo "por cuanto se violó por error de derecho al no aplicar el artículo 481 del Código Judicial" ya que considera que el H. Tribunal no podía eximirse de pronunciarse sobre la mayor cuantía del producto de leche de la finca "La Florida" porque ese punto quedó sometido a la decisión del Juez en la demanda y su respuesta y es además una de las partidas de la cuenta.

Salta a la vista el desconocimiento de la técnica de casación por parte del recurrente con sólo reparar en los términos que emplea. Falta de técnica, es decir que el fallo violó por error de derecho al no aplicar el artículo 481, porque la violación de una disposición legal por error de derecho ocurre siempre en la estimación de la prueba, por atribuírle el juzgador una fuerza o efecto que la ley no le da o negarle la que la ley le asigna. Pero haciendo caso omiso del término mal empleado y por cuanto al principio y en términos generales acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea, se considera el cargo dentro del primero de estos casos.

El artículo 481 del C. J. que se dice violado dispone que los jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito. Ya se dijo al estudiar el segundo motivo de casación que las objeciones formuladas a las cuentas y la respuesta que el cuentadante dé a tales objeciones comprende la litis en el juicio ordinario de cuentas. Entonces es materia del pleito, en el presente caso, el ingreso en la cuenta del valor del cuarterón de leche diario que de la finca "La Florida" recibieron los albaceas para su propio beneficio y de medio cuarterón de leche que diariamente le trajeron a José María Uribe Mejía, inclusión en las cuentas que solicitó el demandante en sus objeciones 36, 40 y 57, objeciones que fueron rechazadas por quienes rendían la cuenta. Debe, pues, por razón de este cargo examinarse si en la sentencia acusada se falló sobre tales objeciones y para ello debe examinarse la parte resolutiva de la sentencia que debe contener la decisión final del pleito.

Tal parte resolutiva dice:

"1º—Se declaran probadas las objeciones distinguidas por el objetante doctor Guillermo Hoyos Villa en este juicio, con los números 4, 8, 9, 10, 13, 17, 20, 24, 26, 43, 46, 48, 49, 50, 52, 53 y 54; y por el Tribunal, en esta providencia, con los números 2, 3, 4, 5, 7, 9, 13, 15, 18, 20, 27, 28, 29, 30, 32, 33 y 34, respectivamente.

"2º—Se declaran no probadas las demás objeciones propuestas por el mismo apoderado doctor Hoyos Villa en este mismo juicio".

Se ve así que la resolución del Tribunal versó

sobre todas las objeciones propuestas. Además en la parte motiva del fallo el sentenciador estudia una a una todas las objeciones que no fueron aceptadas por los cuentadantes y sobre las tendientes a que se cargara a la cuenta el valor de la leche usufructuada por los albaceas y el coheredero José María, la sentencia se ocupa en los apartes que distingue con los motes de 22ª objeción, 25ª objeción y 42ª objeción. En el estudio correspondiente a la 22ª objeción dice el Tribunal que la objeción propuesta no puede declararse probada porque "aunque se pidió y se hizo avaluar por peritos el valor de la leche diaria que se dice recibían los albaceas, como lo anota el señor Juez, no se demostró que tal leche se hubiera suministrado por los mayordomos a los albaceas, como parte del canon de arrendamiento pagado en especie por los arrendatarios durante el tiempo del albaceazgo y por lo cual no puede entrarse en el estudio de su justoprecio".

De lo anterior resulta evidente que el Tribunal no reservó para otro juicio la resolución de las objeciones tendientes a que se aumentara el ingreso declarado como producido por ventas de leche con el valor correspondiente a la leche que se traía para las casas de los albaceas y de José María Uribe M. Por consiguiente no infringió el artículo 481 del Código Judicial, por más que agregue el Tribunal a lo que ya había dicho, su concepto equivocado de que: "bien han podido los albaceas, abusando de su posición, regalar la totalidad de tal leche, o gastarla en sus propias casas y ello no podría dar margen para objetar las cuentas, pues se repite, aquí no se trata de avaluar perjuicios por fraude o mala administración, sino simplemente de estudiar unas cuentas presentadas, para deducir, de acuerdo con los comprobantes agregados, un saldo bien a favor o en contra, como es el caso de los responsables". Y se repite no violó el Tribunal la disposición citada porque el equivocado concepto que se acaba de transcribir no le impidió estudiar las pruebas que se produjeron respecto al abuso de que se acusaba a los albaceas y mediante apreciación de esas pruebas declarar no probada la objeción, es decir, decidir el punto controvertido. Debe, sí, rectificarse de nuevo el concepto del Tribunal de que los abusos o mala administración de los albaceas no dan margen para objetar las cuentas, porque ya se dijo que en concepto de la Sala tales vicios pueden dar lugar a objeciones tendientes a modificar el saldo deudor o acreedor de las cuentas, objeto final de esta clase de juicios.

En segundo término acusa la sentencia por "error de derecho al no aplicar los artículos 606 y 609 del Código Judicial" por cuanto no dio a la confesión de los cuentadantes el carácter de plena prueba. Sustenta el cargo diciendo que es innegable que con las exposiciones de los mayordomos y las posiciones absueltas por los cuentadantes ha quedado plenamente comprobado en autos la plena confesión judicial del recibo para sus casas particulares de sendos cuarterones de leche diarios y medio cuarterón diario para el coheredero José María Uribe M. y agrega que esta confesión judicial tiene fuerza de plena prueba, no obstante que los cuentadantes agreguen que la recibieron en virtud de negocio especial con el mayordomo o por compra al mismo, porque este agregante, son sus palabras, en las posiciones absueltas no puede entenderse como una infirmación de esa presunción legal, puesto que tales agregantes son simplemente una aclaración en su propio favor, un pretexto encaminado a destruir lo que legalmente quedó ya creado en su contra con la afirmación del recibo del cuarterón diario de leche, y el mismo artículo 606 del Código Judicial quebrantado exige plena prueba que la desvirtúe por haber incurrido en error inculpable o explicable: fuera, por otra parte de la divisibilidad de tales respuestas, lo que implica excepciones que han debido ser demostradas plenamente por los cuentadantes, cuya prueba no aparece en autos.

Desentrañando la enredada alegación del recurrente parece que lo que afirma es que los albaceas en posiciones confesaron que diariamente y durante el tiempo de su administración recibieron una cantina, cuarterón llama el demandante, de leche que para el consumo de sus casas les enviaba el mayordomo de "La Florida", y que la confesión de este hecho es de por sí solo prueba del aprovechamiento de bienes de la sucesión en beneficio propio de los albaceas, siendo de cargo de éstos demostrar la veracidad de la explicación que dan de que esa leche la recibían por negocio especial con el mayordomo o en virtud de compra al mismo, a quien pertenecía la leche producida en la finca como compensación a sus trabajos y labores de administración conforme al arreglo con éste celebrado.

Planteado así el cargo, la cuestión queda radicada en la carga de la prueba, es decir, en saber quién debe probar y qué debe probar. Puede decirse en términos generales que en esta clase de juicios no se alteran los principios jurídicos que

regulan las probanzas. De acuerdo con esos principios el que alega un cargo debe demostrarlo y con mayor razón cuando ese cargo agrava la obligación o deuda, como ocurre aquí, puesto que al aumentar los ingresos por venta de leche aumenta necesariamente el saldo en contra de los albaceas. Los albaceas al rendir su cuenta indicaron las cantidades que ingresaron por concepto de venta de leche y el objetante dijo que esa suma era mayor y debía aumentarse con el valor de la leche que consumieron los albaceas. Corresponde, por tanto, al objetante demostrar que la deuda es mayor, es decir, comprobar su objeción.

Afirmaron los albaceas que la leche que consumían y que les enviaba el mayordomo de la parte baja de la finca, Jesús M. Rojas, no era de la sucesión porque de acuerdo con el contrato verbal celebrado con los mayordomos para la administración de la finca "La Florida", el encargado de la parte alta, Jesús Antonio Díez o Díaz, como compensación de su trabajo tenía derecho, entre otros beneficios, a la mitad de la leche que se obtuviera en la parte que administraba, y el mayordomo de la parte baja, Jesús María Rojas, le correspondía, por el mismo concepto, toda la leche que obtuviera del ordeño de los ganados que cuidaba. Los términos del contrato aparecen confirmados por los expresados mayordomos, con la adición que hace Díez de que dentro de sus obligaciones estaba la de enviar medio cuarterón de leche al coheredero Jesús María Uribe Mejía, pero debe advertirse desde ahora que en parte alguna se halla, la prueba de que Díez hubiera cumplido esta última obligación y que como consecuencia de ella don José María hubiera recibido la leche que el mayordomo debía enviarle. Cumplieron los albaceas su deber de demostrar que tal leche no pertenecía a la sucesión. Quedaba al recurrente demostrar que la leche que consumieron los albaceas sí pertenecía a la sucesión para que la objeción prosperara.

Llegado al caso concreto de la confesión que se dice fue mal apreciada, se tiene que los albaceas en posiciones manifestaron que la leche cuyo valor pretende el objetante que se les cargue no es de propiedad de la sucesión del mayordomo Jesús María Rojas, luego no existe confesión alguna de uso indebido o aprovechamiento en beneficio propio de los albaceas de bienes de la sucesión, que permitiera al juzgador reconocer probada, con base en confesión de los responsables, la objeción para que se aumentara la partida de la cuenta correspondiente a ingresos por venta de leche. De consiguiente el Tribunal no infringió los artículos 606 y 609 del C. J. al apreciar las posiciones absueltas por éstos, ni los preceptos del Código Civil que el recurrente cita.

Por lo que hace al cargo sobre violación de las mismas disposiciones, que enuncia también el recurrente, con referencia a que los cuentadantes se aprovecharon, en beneficio propio del pasto, sal y administración de la finca aludida y permitieron que su hermano José María hiciera lo mismo, no expresa el recurrente por qué concepto el fallo viola la ley, y se limita a decir que el Tribunal declaró no probada la objeción considerando que en el presente juicio de cuentas se trata del estudio y examen de las presentadas y no de un juicio de responsabilidad civil de los albaceas por razón de su administración. Si se entiende el cargo como imputación al Tribunal de que se abstuvo de decidir, debe manifestarse que no tiene base, porque, como ya se vio, el fallo decidió sobre todas las objeciones que se formularon a las cuentas.

Por las consideraciones que anteceden, los cargos formulados en este tercer motivo de casación, no prosperan.

Cuarto cargo

En este capítulo el recurrente acusa el fallo por aplicación indebida de los artículos 913 y 1387 del Código Civil y por "error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos" que implica la violación de los artículos 1395, 1604 y 1605 del C. C. y 904 del C. J. y porque violó también los artículos 2326, 2323 y 2107 del C. C., esto por no aceptar la objeción "referente a que se cargue en contra de los cuentadantes el valor de los intereses corrientes de los dineros debidos por los mismos albaceas a la sucesión de la señora Isabel Mejía de Uribe e inventariados en dicho juicio como de propiedad de dicha causante, dineros que aún no han sido entregados al secuestro de los bienes sucesorales doctor Néstor Echeverri".

Considera el recurrente que habiéndose nombrado depositario de los bienes de la herencia, han debido los albaceas entregarle a ese depositario los créditos inventariados como adeudados por ellos mismos con los intereses respectivos, y que como no entregaron la suma de $ 12.199.42 que es el total de los créditos inventariados, debe obligárseles a pagar en este juicio de cuentas al menos los intereses corrientes de esa suma.

El Tribunal al estudiar esta objeción (40ª objeción), dijo: "Si como lo anota el Juzgado, los dineros adeudados a la sucesión por los albaceas hacen parte del saldo definitivo de que éstos tienen que responder, según la sentencia que ha de dictarse, y tal saldo, según los artículos 513 y 1367 del C. Civil, sólo es exigible una vez en firme la providencia que lo deduzca, mal puede cobrarse intereses de él antes de tal deducción".

En la diligencia de inventario y avalúo de bienes de la sucesión de Isabel Mejía viuda de Uribe, cuya copia obra a los folios 9 y siguientes del cuaderno 1º, se lee:

"12.—Un crédito a cargo del señor Pedro Uribe Mejía por la suma de $ 4.571.43 y el cual proviene del saldo que a favor de la causante y a cargo del citado Uribe Mejía figuran en los libros de contabilidad de éste".

"13.—Un crédito a cargo del señor Pedro Uribe Mejía por valor de $ 3.827.99 y el cual proviene del saldo que a favor de la causante y a cargo del deudor, figura en los libros de contabilidad de: último, por concepto de la administración de la finca de 'La Florida'".

Posteriormente en diligencia de inventarios adicionales se relacionó el siguiente activo:

"Un crédito a cargo del albacea Eduardo Uribe Mejía y a favor de la sucesión de la señora Isabel Mejía viuda de Uribe, por la suma de $ 3.000.00 moneda corriente, crédito éste que figura por tal valor en el activo de la declaración de renta y patrimonio el 31 de diciembre del año gravable de 1944, declaración de renta y patrimonio presentada después de muerta la causante, con fecha 27 de febrero de 1945 por el otro albacea señor Pedro Uribe Mejía".

Como fácilmente puede verse, la objeción inicial a las cuentas rendidas por los albaceas, marcada en el pliego de objeciones con el número 60, tendía a que se cargara a los albaceas el valor de los intereses corrientes de los dineros adeudados por los señores Pedro y Eduardo Uribe Mejía a la causante señora Isabel Mejía de Uribe en el momento de abrirse su sucesión. Esos créditos fueron relacionados en los inventarios de bienes de la sucesión, pero no aparecen incluídos en la cuenta que rindan los albaceas, a lo menos en la misma forma especificada en los inventarios, cuando pudiera pensarse que de éstos proviene el saldo de $ 9.237.19 con que principia la cuenta rendida por los albaceas. Estimándolo así fue que el Tribunal consideró que esa deuda de los albaceas haría parte del saldo definitivo que contra éstos debería deducirse en la sentencia, caso en el cual su apreciación de que no pueden cobrarse intereses mientras no se deduzca el saldo es atinada y tiene respaldo en los preceptos legales que el Tribunal cita.

Pero si no fuere así y el objetante sólo quisiera cobrar intereses de otras deudas, a cargo de los señores Pedro y Eduardo Uribe Mejía, no provenientes de su administración como albacea, y cuyo título fuera únicamente la relación que de ellas se hizo en el inventario de los bienes de la sucesión, como no se ha demostrado que esas deudas hubieran sido pagadas a la sucesión y que los albaceas como tales recibieran y administraran los dineros provenientes de esos pagos, tampoco hay lugar a exigir a éstos los frutos civiles de sumas que no manejaron.

No hizo, pues, el Tribunal aplicación indebida de los artículos 513 y 1367 del C. C. ni violó ninguna de las otras disposiciones citadas por el recurrente. Por tanto no prospera el cargo.

Quinto cargo

Este cargo lo formula así el recurrente: "Acuso en quinto lugar la sentencia recurrida en casación, invocando la causal contemplada en el artículo 520 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal de instancia no condenó a los cuentadantes al pago de los intereses corrientes del saldo deducido en dicho fallo en su contra, puesto que los ex-albaceas incurrieron en mora de rendir su cuenta, a partir del 10 de marzo de 1946, cuando terminó el año de duración legal del albaceazgo, contando como lo previene el artículo 1361 del Código Civil, y por lo cual se violó el artículo 513 del Código Civil, aplicable en el caso de autos al albacea, en fuerza del artículo 1367 de la misma obra, disponiendo el primero de estos artículos que el tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quede cerrada o haya habido mora en exhibirla".

El recurrente hace una extensa alegación tendiente a demostrar que los albaceas empezaron a ejercer su cargo el 9 de marzo de 1945 y que como a pesar de que éstos solicitaron que se les prorrogara el mandato, el Juez no accedió, el año de ejercicio terminó el 10 de marzo de 1946 y desde esa fecha están en mora de rendir cuenta de su administración. En la parte final de la sustentación del cargo dice que el albaceazgo "terminó al menos el diez de marzo de 1946, como ya

quedó indicado, fecha ésta desde la cual deben pagar los cuentadantes los intereses corrientes del saldo débito en su contra hasta la fecha de la sentencia que la H. Corte dicte una vez casado el fallo recurrido en casación, y los intereses que corran de la fecha de la sentencia hasta que hagan la entrega, como así lo solicito en forma respetuosa y comedida, pues también medió petición al respecto en el numeral 61 del pliego de objeciones (cuaderno 4º, folios 89 a 94), solicitud que fue rechazada diciéndose en el fallo recurrido, no obstante que en la resolutiva deduce un saldo en contra de los cuentadantes de $ 28.976.87, dice al resolver la 4ª objeción que como no diz que existe en el expediente prueba alguna que demuestre que los albaceas emplearon dineros de la sucesión en su beneficio propio, declara sin fundamento la objeción".

Obsérvese que el cargo se hace porque la sentencia "no condenó a los cuentadantes al pago de los intereses corrientes del saldo deducido en dicho fallo en su contra" y que el recurrente asevera que "medió petición al respecto en el numeral 61 del pliego de objeciones". Pues bien, ni el citado numeral 61 ni en alguno otro del pliego de objeciones el mandante pide que se condene al pago de los interese del saldo que se deduzca a cargo de los albaceas. La objeción señalada con el numeral 61, a que alude el recurrente, inserta en el capítulo VII que contiene las objeciones finales sobre omisiones de ingresos en el pliego de rendición de cuentas, dice: "61.—Valor de los intereses corrientes de los demás dineros de la sucesión empleados por los albaceas en su beneficio y que no fueron entregados al depositario el 18 de diciembre de 1946, y los corridos de esta fecha en adelante hasta que se haga la entrega de tales dineros sobre los cuales ha habido también retención arbitraria e inmotivada hasta la presente fecha".

Por eso el Tribunal, al estudiar la objeción, luego de transcribirla y de insertar también la contestación que a ella diera el apoderado de los albaceas, dijo: "Como efectivamente no existe en el expediente prueba alguna que demuestre que los albaceas emplearon dineros de la sucesión en su beneficio propio, se declara sin fundamento la objeción. Además, bien cabe repetir lo dicho sobre la objeción anterior, respecto a los intereses del saldo en contra de dichos albaceas".

Si en la instancia no se pidió que se condenara a los albaceas al pago de los intereses corrientes del saldo que a su cargo se dedujera, carece de fundamento acusar en casación el fallo por no haber condenado a pagar los intereses del saldo desde cuando los albaceas incurrieron en mora de rendir su cuenta, porque es petición nueva que no puede ser atendida en casación.

Se rechaza por tanto el cargo.

Sexto cargo

Lo formula así: "Acuso, en fin, el fallo recurrido en casación, con fundamento en el motivo contemplado en el artículo 520 del Código Judicial, por violación indirecta de las disposiciones que indicaré luego, por error de hecho que resulta manifiesto en los autos, por no haberse examinado y tenido en cuenta las pruebas con que la parte actora se propuso demostrar la culpa de los cuentadantes por la mora en rendir en la oportunidad debida las cuentas de la administración del albaceazgo, lo cual dio motivo a que las coherederas señoras Rosa Uribe viuda de Gómez y María Uribe de Hoyos se encontraran en la necesidad de incoar el juicio de rendición de cuentas y el subsiguiente ordinario del estudio de las cuentas presentadas por los ex-albaceas Pedro y Eduardo Uribe Mejía, y no haberse condenado en costas en el fallo recurrido a la parte demandada, solicitud de condenación en costas que se hizo en el numeral 52 y también al final del pliego de objeciones a las cuentas rendidas por los ex-albaceas (cuaderno 4º, folios 89 a 94)".

El recurrente no señala las pruebas "con que la parte actora se propuso demostrar la culpa de los cuentadantes por la mora en rendir en la oportunidad debida las cuentas de la administración del albaceazgo" y se dedica a hacer una serie de consideraciones sobre la necesidad de que se condene en las costas de las dos instancias a la parte demandada, porque alega, la demanda de rendición de cuentas y el juicio ordinario subsiguiente para el examen de las cuentas rendidas, fue presentada y seguido, en nombre de la sucesión iliquida y para la misma, por únicamente dos de los coherederos, y entonces, si no se hace condenación en costas los otros herederos se benefician a costa de los demandantes. Agrega que si no hubiera condenación en costas, entonces no habría heredero que promoviera juicio semejante por temor de que se le recarguen a él solo los honorarios y gastos del juicio de rendición de cuentas. Indica que por esos motivos la sentencia violó indirectamente, por no aplicación, los artículos 1395, 1396, 2326, 2324, 1604, 1366 y 1613 del

Código Civil. Transcribe luego jurisprudencias relacionadas con la condenación en costas.

Se considera:

Como no se indican las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar, no hay lugar a estudiar el cargo por error de hecho que se formula, como lo ha dicho la Corte. "La noción de culpa es susceptible de controversia en puro derecho, pero la calificación de si una determinada conducta fue o no culposa, es el resultado indispensable del estudio del conjunto probatorio que sobre ella se haya aportado al juicio". (Casación de 28 de febrero de 1956. G. J. número 2150, pág. 548).

Además, ni en la demanda sobre rendición de cuentas, ni en el pliego de objeciones se alegó culpa de los albaceas por la demora en la rendición de cuentas, ni este punto fue motivo de debate en la instancia, ni aparece su comprobación.

Por lo que hace a la no condenación en costas, es jurisprudencia reiterada de la Corte que la condena en costas no da base para el recurso de casación, por su naturaleza accesoria. Respecto a costas de la primera instancia, el artículo 2º del Decreto 243 de 1951 faculta al Juez, en el caso de acogimiento parcial de la demanda, para no hacer condenación en costas o hacerla parcialmente, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 210 del C. Judicial que previene que si el demandante pide más de lo que se le debe el Juez lo condena a pagar al demandado las costas que éste haya tenido que hacer por razón del exceso en la demanda. El demandante formuló 62 objeciones y de éstas el juzgador de primera instancia sólo declaró probadas 17. Hubiera podido entonces el Tribunal, al reformar la sentencia de primera instancia, aplicando la norma antes transcrita, condenar en costas al demandante por exceso en su demanda, pero prefirió no condenar en costas, para lo cual también estaba autorizado. Sobre costas de la segunda instancia, el Tribunal resolvió acertadamente no hacer condenación, por razón de la reforma y por haber apelado ambas partes.

En consecuencia, tampoco prospera este cargo.

Demanda de casación de la parte demandada

En su demanda de casación, el apoderado de los albaceas empieza por manifestar que aun cuando el Tribunal aceptó objeciones que ha debido rechazar, se abstiene de referirse a algunas de exiguo monto y limita los cargos a las objeciones que aparecen señaladas en la numeración del Tribunal con los ordinales 3ª, 27ª y 34ª por valores respectivamente de $ 3.151.31, $ 9.300.80 y $ 7.222.14. Termina pidiendo que se case la sentencia materia del recurso para que en su lugar se declaren no probadas las objeciones 3ª, 27ª y 34ª de la numeración del Tribunal.

Cargos relativos a la objeción trigésima cuarta

Con referencia a esta objeción formula el recurrente dos cargos contra el fallo del Tribunal, a saber:

Primero. — Infracción directa de los artículos 1625, 1711 y 1712 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Segundo—Violación de los artículos 1625 y 1711 del Código Civil por no haber sido aplicados siendo el caso, violación a que llegó el Tribunal por haber apreciado erróneamente las cuentas presentadas y por falta de apreciación de la escritura pública número 1767 de 7 de noviembre de 1944 otorgada en la Notaría 2ª de Manizales, de la inspección ocular practicada el 14 de febrero de 1949 por el Juez 3º Civil del Circuito de Manizales y del dictamen pericial rendido por los señores Adriano Vargas y Jorge Tobón, "circunstancias éstas que constituyen evidente error de hecho al valorar las pruebas"

El primer cargo lo sustenta diciendo que en la fecha en que doña Isabel Mejía v. de Uribe otorgó el finiquito de que trata la escritura 1767 que se acaba de citar, mediante el cual declaró a don Pedro Uribe Mejía a paz y salvo por razón de la la administración de sus bienes, existía en los libros de don Pedro Uribe Mejía un saldo a favor de aquélla de $ 7.222.14 y con base en la declaración de doña Isabel, al presentar las cuentas los albaceas descargan esa suma, por considerar que el finiquito otorgado los exonera, particularmente a don Pedro, de pagarla.

Transcribe el recurrente las consideraciones que hizo el Tribunal y que lo llevaron a declarar probada la objeción, y dice que en esa parte el fallo expresa varios conceptos contradictorios. En concepto del recurrente "el Tribunal estuvo cerca del verdadero enfoque del problema, pero no llegó a atrapar su meollo". Y agrega: "Tiene razón el Tribunal en que doña Isabel no dañó

esa suma a don Pedro) tiene razón en que el 7 de noviembre de 1944 el crédito por $ 7.222.14 estaba en el patrimonio de doña Isabel; es exacto que don Pedro no descargó tal suma de sus libros, y es evidente que no la debe. ¿Cómo pues, erró en la conclusión? Por la sencilla razón de que acertando en que no se trataba de una donación, no llegó hasta localizar el finiquito dentro de la condonación o remisión, de que trata el Título 16 del Libro Cuarto de nuestro Código Civil".

Entra luego a analizar la figura jurídica que a su juicio se operó con el finiquito. Dice que la remisión no está definida por el Código, pero que según la doctrina, consiste en la renuncia por parte del acreedor de los derechos derivados de su crédito. Citando la obra "Teoría General de las Obligaciones" de Pérez Vives, llega a la conclusión de que en nuestro derecho la remisión puede ser a título gratuito u oneroso, para montar el argumento de que si el Tribunal no consideró la declaración de doña Isabel al otorgar el finiquito como una donación del saldo, fue por echar de menos la formalidad de la insinuación, pero que como no se trata de donación sino de condonación, y la formalidad de la insinuación no es necesaria sino en los casos en que la condonación procede de mera liberalidad, circunstancia ésta que no se presume sino que debe probarse, en el caso presente la condonación queda en pie aún sin haber sido insinuada, porque no existe prueba alguna de que el finiquito haya procedido de mera liberalidad y bien pudo ser condonado el saldo en retribución de los eficaces servicios prestados por don Pedro en la administración de los bienes de la declarante.

En concepto del recurrente, cuando ocurrió la muerte de doña Isabel, por haber sido remitida la deuda, ya no existía, aunque don Pedro no la hubiera descargado para entonces en sus libros, porque la falta de descargo y su inclusión en los inventarios de la sucesión, no tienen la virtualidad de borrar la condonación operada en el crédito y "erró", por tanto, el Tribunal al considerar, "no obstante el finiquito que los albaceas deben pagar la suma de $ 7.222.14, porque desconoció el precepto del artículo 1625 que dispone que las obligaciones se extinguen por la remisión, desatendió las voces del artículo 1711 que enseña que la condonación tiene valor cuando procede de persona capaz para disponer del crédito, como lo era doña Isabel, e ignoró que el artículo 1712 sólo somete a las reglas de la donación la remisión que procede de la mera liberalidad, circunstancia ésta de la cual no hay prueba".

El segundo cargo lo sustenta el recurrente diciendo que de la propia aseveración del Tribunal se desprende que no entró a estudiar la validez de la escritura que contiene el finiquito y que la falta de apreciación de esa prueba constituye error evidente de hecho porque el finiquito era una remisión del crédito que por valor de $ 7.222.14 existía en favor de doña Isabel y a cargo de don Pedro el 7 de noviembre de 1944.

Alega también que el Tribunal repite lo que dijo el Juzgado sobre que don Pedro Uribe M. ha debido demostrar plena y satisfactoriamente que la partida de $ 7.222.14 que figuraba en sus libros el día del finiquito, siendo que el objetante "nunca ha objetado que ese saldo existiera realmente el día del finiquito" y que como no era lícito al Tribunal desconocer las partidas y las afirmaciones no objetadas, cometió error de hecho y de derecho manifiesto al no atenerse a las cuentas en la forma presentada por los albaceas.

Finalmente anota que el Tribunal cometió un flagrante error de hecho al suponer que don Pedro Uribe Mejía no había probado plena y satisfactoriamente que la partida de $ 7.222.14 que figuraba en sus libros el día del finiquito, porque esa prueba resulta de la inspección ocular realizada el 14 de febrero de 1949 por el Juez del conocimiento, con intervención de peritos, y del dictamen pericial rendido por los señores Jorge Tobón y Adriano Vargas.

Se considera:

Para el mejor entendimiento de la acusación contra el fallo recurrido, conviene sintetizar el caso a que se refiere tanto la cuenta como la objeción que se le formuló.

Los albaceas iniciaron la rendición de sus cuentas con una partida que dice: "Cuenta 'Isabel Mejía v. de Uribe' —año de 1944—. Saldo a su favor en 16 de diciembre, $ 9.237.19". Esta cuenta fue precedida en la siguiente explicación:

"2ª-Se observa además, que el saldo de $ 9.237.19 en que comienza la cuenta 'Isabel Mejía de Uribe' en 16 de diciembre de 1944 (fecha de la muerte de la causante) incluyó el saldo de $ 7.222.14 existente el día 7 de noviembre de 1944, fecha en que la causante otorgó finiquito a Pedro Uribe Mejía, quien en ese entonces era administrador de los mismos bienes y llevaba la misma cuenta

de que estoy hablando, por lo cual, el hecho de iniciar esta rendición de cuentas con un saldo a favor de la sucesión de $ 9.237.19, no quiere decir que al 16 de diciembre de 1944 la causante tuviera ese saldo a su favor, ya que de él hay que descontar la suma de $ 7.222.14 que por razón del finiquito otorgado a Pedro Uribe Mejía fue cancelado y que éste omitió cargar en la cuenta. El finiquito de que aquí se habla, fue otorgado mediante escritura número 1767 de la Notaría Segunda de Manizales, con fecha 7 de noviembre de 1944".

El objetante dijo: "Referente a que del saldo de $ 9.237.19, con que comienza la cuenta 'Isabel Mejía de Uribe' en 16 de diciembre de 1944, se descuente el saldo de $ 7.222.14 existente el 7 de noviembre de 1944 por razón del finiquito, es cuestión que objeto por la razón muy sencilla de que el 16 de diciembre es una fecha muy posterior al 7 de noviembre de 1944".

Los cuentadantes terminan su cuenta con un saldo a su cargo y a favor de la sucesión por la cantidad de $ 20.823.71 y dicen que como de este saldo hay que deducir la suma de $ 7.222.14 según lo anotado en el numeral segundo del capítulo de "Observaciones Generales" quedaría a favor de la sucesión un saldo líquido de $ 13.601.57. El demandante objetó esta partida por las mismas razones que expuso en el párrafo que ya quedó transcrito.

El Tribunal, al estudiar la objeción, luego de expresar el concepto de que no obstante el finiquito definitivo que doña Isabel Mejía de Uribe le otorgó al administrador de sus bienes, mediante el cual lo declara a paz y salvo con ella por razón de dicha administración, no puede entenderse que la otorgante hacía por tal acto o declaración donación a don Pedro del saldo de $ 7.222.14, agrega:

"Lo anterior bien puede complementarse con lo siguiente dicho por el Juzgado:

"Si los albaceas relacionan lo que la causante tenía en su favor el día 16 de diciembre de 1944, tal relación representa una confesión que no pueden destruir afirmando que en tal saldo está comprendida una partida por $ 7.222.14 que era la cantidad favorecida con un finiquito otorgado por la causante un mes y siete días antes de su muerte. Para admitirse esta afirmación, en principio, se imponía que Pedro Uribe Mejía probara plena y satisfactoriamente que esta última partida figuraba en sus libros el día del finiquito. Esto sin entrar a estudiar la validez de la escritura que contiene tal acto que, como ya se dijo, no tiene por qué hacerlo el Juzgado en esta oportunidad.

"Considera pues el Tribunal que sí está probada la objeción".

El orden lógico en que deben ser estudiadas las causales propuestas indica a la Sala la conveniencia de estudiar en primer término la acusación de error de hecho que se alega incurrió el Tribunal al considerar no probado el hecho de que en el saldo con que inician la cuenta estuviera comprendida la suma de $ 7.222.14 favorecida con el finiquito, por no haberse demostrado que esta suma figurara en los libros de don Pedro Uribe Mejía el día del aludido finiquito. Pues si este hecho no está demostrado y de consiguiente el Tribunal no incurrió en el error que se le imputa, es innecesario estudiar el otro cargo que se refiere a error de apreciación en cuanto al fenómeno jurídico que se operó con la declaración que hiciera la señora Isabel Mejía v. de Uribe en la escritura 1767 citada, esto es si la declaración produce donación, condonación o remisión de la deuda que existiera.

Afirma el recurrente que sí existe plena prueba de que en los libros de don Pedro figuraba el 7 de noviembre de 1944 la partida de $ 7.222.14 a favor de doña Isabel, y para demostrarlo dice:

"Al folio 36 v del cuaderno 4º al ser presentadas las cuentas los albaceas afirman precisamente que el 7 de noviembre de 1944 aparecía en los libros el crédito mencionado a favor de doña Isabel. En la inspección ocular realizada el 14 de febrero de 1949, por el juez del conocimiento, con intervención de peritos, se puso a disposición del personal del Juzgado y de los peritos un libro que 'aparece como conteniendo la cuenta corriente de la señora 'Mejía de Uribe Isabel' en el lapso comprendido de enero dos de mil novecientos cuarenta y dos hasta diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. "En el dictamen pericial rendido por los señores Jorge Tobón Estrada y Adriano Vargas, designados para actuar dentro de la inspección ocular antes mencionada, se afirma que presentados los libros, en donde figura la cuenta de Isabel Mejía v. de Uribe, se encontró que las 'cuentas están correctas, detalladas y perfectamente discriminadas partida por partida'. (Fol. 23 v. C. 3º); se comprueba que chequeados 'todos y cada uno de los saldos de todas las cuentas están correctos, exactamente igual a los anotados en el extracto enviado para la rendición de las mismas". (Fl. 25 v. C. Ib.).

Y continúa: "Si, pues, los albaceas afirman al rendir las cuentas que el 7 de noviembre de 1944 existía en los libros el saldo de $ 7.222.14 a favor de doña Isabel, y los peritos al examinar los libros encuentran que las cifras presentadas corresponden de modo exacto a las registradas en aquéllos, síguese que en los autos hay plena prueba de la afirmación de los albaceas".

No encuentra la Sala valedero el argumento, porque los peritos no dijeron que del examen de los libros hallaran que existía el 7 de noviembre de 1944 determinado saldo a favor de la señora Isabel Mejía de Uribe titular de la cuenta y ni siquiera que de ese examen resultaran ciertas las afirmaciones de los albaceas. Ninguna de estas cosas se les preguntó y de consiguiente no eran materias sometidas a su experticia. Se les pidió dictamen sobre si en los libros que examinaban figuran las cuentas "Isabel Mejía v. de Uribe", "La Florida", "La Oriental", "Crédito contra el Departamento de Caldas" e "Isabel Uribe Mejía" y si tales libros y las cuentas mencionadas se llevaban en forma correcta, detallada y con discriminación de las correspondientes partidas, tanto de ingresos como de egresos, y contestaron que sí figuraban las cuentas a excepción de la de nombre "Crédito contra el Departamento de Caldas" y que todas estas cuentas están correctas, detalladas y perfectamente discriminadas partida por partida, tanto los ingresos como los egresos. Se les preguntó si los extractos acompañados a las cuentas rendidas por los albaceas corresponden exactamente a las partidas que figuran en los libros y cuentas respectivas, y contestaron que los extractos son exactamente iguales a las partidas anotadas en los libros en todas y cada una de las cuentas examinadas. Se les preguntó si comprobada o constatada la veracidad de las cuentas, los saldos que dichas cuentas arrojan son o no verídicos y corresponden a los mismos que arrojan los libros, dijeron que chequearon todos y cada uno de los saldos de todas las cuentas y están correctos y exactamente iguales a los anotados en el extracto enviado para la rendición de las mismas.

Pero ocurre que el extracto de la cuenta "Isabel Mejía de Uribe", acompañado al pliego de rendición de cuentas, se inicia precisamente el 10 de diciembre de 1944 con saldo en la fecha de $ 9.237 19 y nada dice de asientos anteriores a esa fecha. Por tanto, la afirmación de los peritos de que los extractos están de acuerdo con lo anotado en los libros no demuestra el saldo que en esa diligencia de inspección ocular y para agotar la materia, debe agregarse que en esa diligencia el Juzgado dejó expresa constancia de que no constataba directamente ninguno de los puntos sometidos al peritazgo, porque cualquier observación que el Juzgado hiciera sobre ello indicaría prejuzgamiento de cuestiones que en el juicio se debaten.

No logró el recurrente demostrar el error de hecho que impute al Tribunal en la apreciación de la prueba sobre el caso de estudio.

Como no se comprobó por Pedro Uribe Mejía, o para mejor decir, por los albaceas que el día en que la señora Isabel Mejía de Uribe expidió el finiquito existiera a su favor la suma de $ 7.222.14 que los responsables de la cuenta pretenden deducir del saldo a su cargo, es innecesario estudiar la cuestión de derecho que el recurrente plantea en el primer cargo de esta acusación.

Mas como el recurrente también hace el cargo al Tribunal en el desarrollo de esta acusación de que resolvió sobre objeciones que el demandante no formuló, no obstante que el cargo no encaja dentro de la causal primera el artículo 520 del C. Judicial que fue la invocada, se estudia para proceder en esta demanda con la misma amplitud que la Sala observó en el estudio de la demanda del actor.

El cargo de que se trata resulta del siguiente aparte que trae la demanda:

"Dice el juzgador y lo repite el Tribunal, que don Pedro ha debido demostrar plena y satisfactoriamente que la partida de $ 7.222.14 figuraba en sus libros el día del finiquito. A este razonamiento cabe recargüir que el objetante doctor Hoyos Villa nunca ha objetado que ese saldo existiera realmente el día del finiquito. Por el contrario, las razones de su objeción fueron otras, que ya se analizaron y destruyeron. No era lícito al Tribunal desconocer las partidas y las afirmaciones no objetadas, por lo que cometió error de hecho y de derecho manifiesto al no atenerse a las cuentas en la forma presentada por los albaceas".

Basta leer el reparo formulado por el objetante de las cuentas para concluir que es inválido el cargo que se hace al fallo en el aparte transcrito. En efecto, al iniciar el pliego de objeciones el demandante no sólo dijo que objetaba las cuentas en su totalidad, sino que luego concreta la objeción en los siguientes términos que ya se habían transcrito aquí:

"A la observación segunda referente a que del

cuenta existiera el 7 de noviembre de 1944 porque el extracto nada dice al respecto.

Por la referencia que el recurrente hace a la saldo de $ 9.237.19 con que comienza la cuenta 'Isabel Mejía de Uribe' en 16 de diciembre de 1944, se descuente el saldo de $ 7.222.14 existente el 7 de noviembre de 1944 por razón del finiquito, es cuestión que objeto por la razón muy sencilla de que el 16 de diciembre es una fecha muy posterior al 7 de noviembre de 1944".

A continuación indica que para efectos posteriores y por otra parte, anota que la escritura 1767 tiene defectos en su otorgamiento, no fue registrada y el poder que contiene fue revocado.

Cuando el objetante da como razón de su reparo que el 7 de noviembre es fecha anterior al 16 de diciembre de 1944, está negando la existencia del saldo en 7 de noviembre, alegado por quienes rinden la cuenta, y oponiéndose por ello a que se descuente del saldo realmente existente el día que se inicia la cuenta. Esto con toda la razón porque en el lapso comprendido entre la fecha del finiquito, 7 de noviembre de 1944, y el día de la muerte de la causante, 16 de diciembre de 1944, bien pudieron ocurrir entradas al haber de la causante que arrojaran un saldo favorable a ésta por la cuantía que en ese día señalan los libros del administrador. En todo caso, objetado como fue el descuento, correspondía al cuentadante justificarlo.

Es suficiente todo lo dicho para que desechen los cargos relativos a la objeción trigésima cuarta, que formula el recurrente.

Cargo en relación con la objeción vigésima séptima

En este cargo el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por violación directa de los artículos 1013, 1411, 1016 y 1155 del Código Civil.

Lo fundamenta así: "Como quedó puntualizado en la relación de los hechos, las sucesiones de Isabel Mejía v. de Uribe y de su hija Isabel Uribe Mejía se acumularon. Los albaceas con dineros de la sucesión de la madre, pagaron el impuesto de la sucesión de la hija, y así lo relacionan en las cuentas. El objetante no acepta ese egreso porque, dice, las cuentas de la sucesión de la señorita Uribe Mejía no deben involucrarse con los gastos de la sucesión de Isabel Mejía de Uribe.

"El Tribunal al estudiar esta objeción la declara probada, 'por considerar que, aunque las sucesiones de Isabel Uribe Mejía e Isabel Mejía de Uribe se seguían bajo una sola cuerda, no podía, sin embargo, confundirse los patrimonios de una y otra, y verificar tales traslados, aunque sólo fuese para efectos de contabilidad (fl. 154 v. C. 7ª).

"La argumentación del Tribunal no es válida en ninguna forma, porque al estudiarse un egreso, lo que debe averiguarse es si él debía ser pagado por los dueños de los bienes administrados, y en el caso presente, si de haber vivido el causante hubiera tenido que cubrir la deuda.

"Ambas circunstancias se conjugan en relación con este egreso, como lo demostraré brevemente.

"Al morir la señorita Isabel su madre fue declarada heredera de aquélla (fl. 8 v. c. 1ª). De este suerte al morir doña Isabel de Uribe, dentro de su patrimonio se encontraba la herencia de su hija. Como la herencia se defiere en el mismo momento de la muerte del causante, no hay tal distinción de patrimonios de las dos sucesiones, por cuanto uno y otro están confundidos en cabeza de los herederos de doña Isabel la madre. Es por esto que es indiferente que las deudas de la sucesión de una se paguen con bienes de la sucesión de la otra, porque al fin y al cabo, la obligación es de los herederos".

Se considera:

El recurrente monta toda su argumentación sobre la base de que la totalidad de los bienes de la sucesión de la señorita Isabel Uribe Mejía correspondieron a su madre, pero ello no es así, porque en la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de Isabel Mejía de Uribe, que obra a los folios 9 a 14 del cuaderno 1º, solamente se relacionó en el numeral noveno del activo un derecho equivalente a las tres cuartas partes de los bienes pertenecientes a la sucesión de Isabel Uribe Mejía. De consiguiente la señora Isabel Mejía v. de Uribe no debió recibir toda la herencia de su hija Isabel, quien, conforme al dato que arroja la parte final de la misma partida del inventario, otorgó testamento.

Por lo demás, los bienes de la sucesión de la señorita Isabel estaban manejados por su propio albacea, según lo manifiestan los cuentadantes en su primera observación que precede a las cuentas, donde dicen: "Además como el inmueble determinado en el numeral tercero de los inventarios y de esta relación, pertenece en común a las sucesiones de Isabel Mejía v. de Uribe y de Isabel Uribe Mejía, este inmueble ha sido administrado por el albacea de la última sucesión nombrada, en una cuenta denominada "La Oriental" y la mitad de los productos líquidos anuales se

le ha abonado a la primera sucesión, en la cuenta denominada "Isabel Mejía v. de Uribe".

Si sólo parte de la herencia de la señorita Isabel Uribe Mejía correspondió a su madre, ésta no se hallaba obligada a pagar todo el impuesto de sucesiones. Parte de esos impuestos correspondían a los herederos, legatarios o asignatarios de la cuarta parte de la herencia que no llegó a poder de la señora Isabel Mejía v. de Uribe. Media también la consideración de que el impuesto de asignaciones recae directamente sobre los herederos.

Por otra parte los albaceas cuentadantes no han explicado siquiera si el pago que hicieron del impuesto de lazareto en la sucesión de Isabel Uribe M. cubrió todo el impuesto líquido o sólo una parte de él, y se limitaron a decir que el pago "fue hecho con dinero de la sucesión de Isabel Mejía v. de Uribe y para la sucesión de Isabel Uribe Mejía. Por tanto, esta última sucesión debe tal suma a la primera". Los albaceas no tienen facultad para imponer deudas a terceros y menos cuando no se trata de que hubieran prestado dinero de la sucesión que administraban al albacea de la otra sucesión para atender a pagos o gastos necesarios.

No violó, pues, el Tribunal ningún precepto legal y mucho menos los señalados por el recurrente, al estimar que no podían confundirse los patrimonios de las dos sucesiones, y declarar probada la objeción.

El cargo no prospera.

Cargo en relación con la objeción tercera

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia de violación directa de los artículos 1013, 1015 y 1411 del Código Civil, por idénticas razones a las expuestas en el cargo precedente, en relación con el rechazo de la partida de $ 3.151.31 que los albaceas cargan en las cuentas como saldo débito de la cuenta de Isabel Uribe Mejía. Ya quedó explicado que es indiferente para el pago de las deudas que afecten a una de las dos sucesiones, que el pago se realice con bienes de la una o de la otra. Por tanto, el razonamiento del Tribunal (fls. 142 y 143 del C. 79) en relación con esta objeción tiene el mismo vicio apotado en el cargo anterior".

Se considera:

La objeción a que alude el recurrente se refiere al siguiente asiento que figura en las cuentas rendidas por los albaceas: "Se traslada el saldo de la cuenta de Isabel Uribe Mejía...$ 3.151.31". Este asiento se llevó al debe de la cuenta, es decir representa un cargo para la sucesión.

En el mismo escrito en que se rindieron las cuentas, se anota lo siguiente: "La explicación de este asiento es como sigue: En vida de Isabel Uribe Mejía se llevaba en los libros de Pedro Uribe Mejía una cuenta corriente a la cual se le cargaban las sumas que ella pedía para sus gastos, y se le abonaba el valor del producido de sus rentas. A la muerte de la señorita Isabel ésta aparecía debiendo un saldo de $ 3.151.31, que por asiento de contabilidad de 31 de diciembre de 1944, se trasladó de la cuenta mencionada, a la cuenta 'Isabel Mejía de Uribe' pues ya no había razón para conservar esta cuenta personal. En consecuencia, la suma indicada en este asiento la está debiendo la sucesión de Isabel Uribe Mejía a la sucesión de Isabel Mejía v. de Uribe, hechas las deducciones de los abonos posteriores que ascienden a la suma de $ 1.356.55, por lo tanto, el saldo a cargo de la sucesión de Isabel Uribe Mejía en 18 de diciembre de 1946 es de $ 1.794.76".

Esta partida fue objetada y el Tribunal al estudiar la objeción dijo: "La anterior explicación del apoderado de los cuentadantes fuera aceptable si la deuda de Isabel Uribe Mejía, de que se habla, hubiera existido en realidad a favor de Isabel Mejía v. de Uribe; pero no siendo así, ya que tal deuda era de Isabel Uribe Mejía para con don Pedro Uribe Mejía, por razón de anticipos que éste hacía a aquélla, el traslado de que se habla no es admisible, ya que la sucesión de doña Isabel Mejía v. de Uribe no tenía ni tiene por qué pagar deudas de aquélla. Además, si la acreedora de Isabel Uribe lo fuera Isabel Mejía de Uribe, menos se explica el traslado de que se habla, porque ello equivale o equivaldría a constituir a la acreedora en deudora, ya que no otra cosa significa tal traslado".

En cuanto a las alegaciones del recurrente, como son las mismas del cargo anterior, allí quedaron estudiadas y es innecesario repetirlo aquí. Suficiente es decir que la Sala no encuentra que el Tribunal, al declarar probada la objeción a esta

partida de las cuentas, con razones tan claras, hubiera violado los preceptos legales que indica el recurrente, esto es, el art. 1013 del C. Civil sobre delación de la herencia; el 1155 del mismo Código, que señala los derechos y obligaciones de los herederos; y el 1411 que dispone que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

Por tanto, tampoco prospera esta acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, objeto de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. **Jesús María Arias**—**Guillermo Garavito Durán.** Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

ESTIPULACION PARA OTRO Y AGENCIA OFICIOSA. — SOBERANIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LAS CLAUSULAS AMBIGUAS U OSCURAS DE UN CONTRATO. — LA FE DEBIDA A LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS Y LA PRUEBA DE LA FALSEDAD O NULIDAD DE UNA ESCRITURA ENTRE LAS MISMAS PARTES CONTRATANTES

1. — El recurrente se equivocó en la cita del número del artículo del Código Judicial que consagra las causales de casación. Esta equivocación la considera el opositor como causa suficiente para desechar el recurso, por no haberse indicado con exactitud el fundamento de derecho en que se apoya.

No comparte la Sala esta apreciación, porque el demandante bien hubiera podido no haber citado el artículo, puesto que su pensamiento es claro respecto a la disposición que quiso invocar y además, porque ésta se puede identificar ya que transcribe literalmente su contenido.

La ritualidad del recurso de casación, cuya finalidad principal es la de preservar su técnica, no restringe al juzgador hasta el punto de que por un simple lapsus, error de máquina probablemente, deba sacrificar un derecho, como bajo el imperio de las fórmulas sacramentales.

2. — Lo que distingue principalmente la figura jurídica de la estipulación a favor de un tercero de su gemela la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos (artículos 1506 y 2304 C. C.) es que en aquélla el estipulante obra POR OTRO, pero en su propio nombre, de ahí que tenga el derecho de revocación mientras el tercero no manifieste, expresa o tácitamente, su conformidad, y en ésta, como intermediario, EN NOMBRE DE OTRO.

En el primer caso, el tercero es completamente extraño a la convención que le beneficia, contrariándose así la regla clásica de RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEQUE NOCERE NEQUE PRODESSE POTEST. En cambio, en la agencia oficiosa el tercero es dueño de los bienes o intereses objeto de la gestión y como tal puede exigir cuentas al gestor. Por otra parte, el gestor oficioso no puede revocar el acto ejecutado en nombre del tercero y está obligado a continuarlo y acabarlo, aún después de muerto éste.

Por ello, para explicar la naturaleza de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos se ha dicho que ella consiste en realizar sin mandato lo que podría hacer un mandatario.

3.—La Corte tiene establecida la doctrina de que cuando la cláusula de un contrato se puede interpretar razonablemente de modo o sentido diferente, la apreciación que hagan los Tribunales respecto a una cualquiera de las dos modalidades no es susceptible de acusarse por vía de casación.

4—De acuerdo con el principio de que a los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas, el artículo 1934 del C. C. dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aun entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruir el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos".

Estas pruebas serían una confesión judicial, o el principio de prueba por escrito, complementado por otros medios de prueba.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla)

Se decide sobre la demanda de casación formulada por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario de Francisco de P. Moncayo contra la sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero.

Antecedentes

1º—Francisco de P. Moncayo demandó a la sociedad conyugal formada por José Antonio Guerrero Ch. y Josefina Moncayo de Guerrero y a la sucesión de esta señora, representada por los herederos José Antonio Guerrero Ch. y Rosario Ariza Bueno de Moncayo, ante el Juzgado Segundo del Circuito de Pasto para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la entidad sucesión del señor don Antonino Moncayo, representada por el doctor Francisco de P. Moncayo, es dueña de la casa situada en la calle 22, Avenida Santander, de esta ciudad, marcada con el número 33-34 y circunscrita por los siguientes linderos: (aquí los linderos):

"Segunda. — Subsidiariamente, que queda resuelto por falta de pago del precio el contrato contenido en la escritura pública número 51, de 29 de enero de 1947, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Túquerres;

"Tercera.—Que, consecuencialmente, la casa en relación sea entregada a la sucesión del señor Antonino Moncayo, representada hoy por el doctor Francisco de P. Moncayo, con sus frutos civiles;

"Cuarta.—Que en el caso de oposición, los demandados sean condenados a pagar las costas del juicio".

2º—El apoderado de la demandada Rosario Ariza Bueno de Moncayo, al contestar la demanda, convino en que se hicieran las declaraciones contenidas y aceptó los hechos y el derecho.

3º—El apoderado del demandado José Antonio Guerrero Ch., se opuso a que se decretaran favorablemente las súplicas impetradas, aceptó los hechos 1º, 2º y 3º, manifestó no constarle el 4º y el 6º, aceptó el 5º con aclaraciones en cuanto a la naturaleza del contrato a que se refiere, que no considera como una estipulación a favor de un tercero sino como "un verdadero contrato de compraventa realizado mediante un mandato" y rechazó el 7º y el 8º y negó el derecho invocado y planteó, entre otras excepciones perentorias, las de petición de modo indebido, carencia de acción y derecho para demandar, inexistencia de la obligación demandada, falta de legitimación pasiva, indebida acumulación de acciones o inepta demanda sustantiva, cosa juzgada y prescripción.

4º—Al contestar la demanda el demandado Guerrero Ch. propuso demanda de reconvención para obtener las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la sociedad conyugal ilíquida que existió entre José Antonio Guerrero Ch. y Josefina Moncayo de Guerrero, y la herencia de esta última, son los dueños exclusivos y absolutos de la casa de habitación situada en la Avenida Santander de la ciudad de Pasto, distinguida con el número 33-34 de la nomenclatura urbana y que linda (aquí los linderos)

"Segunda.- Que, en consecuencia es ineficaz o de ningún valor y efecto la revocación contenida en la escritura pública número 114, de 4 de febrero de 1953, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Túquerres, y en cuya virtud Francisco de P. Moncayo y Angel Cifuentes Moncayo declaran revocado el contrato que patentiza la escritura pública Nº 51, de 29 de enero de 1947, pasada en la misma Notaría.

"Tercera. — Que se condene en costas al demandado, en caso de oponerse a las pretensiones de este libelo".

5º—El contrademandado aceptó los seis primeros hechos, aclaró el 7º, aceptó el 13 y el 17 y negó los restantes, lo mismo que el derecho y solicitó que se negaran las súplicas contenidas en el libelo de reconvención.

6º—Por sentencia de 27 de abril de 1954, el Juzgado del conocimiento dio fin a la primera instancia absolviendo al demandado de los cargos de la demanda principal y accediendo a las peticiones de la demanda de reconvención.

7º—Apelado este fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Pasto lo reformó en el sentido de declarar probada la excepción de cosa juzgada, en cuanto se refiere a la primera declaración de la demanda de reconvención, y lo confirmó en todo lo demás, aunque por razones distintas a las del Juzgado.

Para el Tribunal "no tienen discusión en el proceso" los siguientes hechos:

"1.—Por escritura pública número 51 de 29 de enero de 1947, otorgada ante el Notario Primero

de Túquerres, declaró Antonino Moncayo, que vende a Angel Cifuentes Moncayo... el derecho de propiedad que el compareciente tiene en una casa construída de tapias y cubierta de tejas, con solar adyacente, ubicado en la ciudad de Pasto, en la calle 22 número 33-34, Avenida Santander, cuyos linderos se determinan en la escritura. Presente el comprador Cifuentes Moncayo, manifestó: que acepta esta escritura y la venta que por ella se hace, con la expresa declaración de 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 1306 del C. C., pide que se extienda la copia correspondiente de este instrumento a favor de su comitente.

"II.—La beneficiaria habitó la casa en compañía de su cónyuge señor José Antonio Guerrero Ch. hasta el día de su muerte, acaecida en Pasto el 13 de enero de 1948, dejando como únicos herederos a su nombrado cónyuge y a sus padres legítimos, doctor Francisco de P. Moncayo y Rosario Ariza de Moncayo, quienes a nombre de la sucesión continuaron poseyendo el inmueble.

"III.—A petición de los causahabientes se abrió el respectivo juicio mortuorio y en él fueron reconocidos herederos los padres y el cónyuge sobreviviente, quienes denunciaron como único inmueble del acervo herencial la casa en referencia, la cual secuestraron e incluyeron en los inventarios de los bienes relictos y, dictado el decreto de posesión efectiva de la herencia, adelantaron el juicio hasta el traslado de la demanda de partición.

"IV.—El 12 de julio de 1948, Manuel Chaves L., obrando como secuestre de la casa, la dio en arrendamiento a nombre de la sucesión al Municipio de Pasto para que funcionara en ella una de las escuelas primarias de la ciudad. Los cánones los recibió dicho secuestre, con imputación al patrimonio herencial.

"V. Con fecha 11 de diciembre del mismo año, don Antonino Moncayo, demandó en juicio ordinario a la sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero, representada por sus herederos, para que se declare nula por simulación el contrato contenido en la escritura 51 de 1947, aduciendo como razón la de no haber pagado el precio del inmueble, ni el estipulante ni la beneficiaria. El pleito lo perdió el actor tanto en las dos instancias del juicio, como en el recurso de casación, por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

"VI.—Por libelo de 23 de septiembre de 1948, el doctor Jorge Sañudo, como apoderado del doctor Francisco de P. Moncayo y de la señora Rosario Ariza Bueno de Moncayo, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a José Antonio Guerrero Ch. para que en sentencia se declare, que la casa objeto de este litigio, pertenece única y exclusivamente a la sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero. Igualmente este pleito se falló contra las pretensiones del actor tanto en la primera como en la segunda instancias.

"VII. Por último, habiendo fallecido Antonino Moncayo, su hijo doctor Francisco de P. Moncayo, como único heredero, y Angel Cifuentes Moncayo, como estipulante, revocaron el contrato consignado en la predicha escritura 51, por medio del instrumento público número 114, pasado ante el notario primero de Túquerres el 4 de febrero de 1953, en el cual dispusieron que la casa en mención volviera al patrimonio sucesoral de Antonino Moncayo".

La sentencia acusada

Dice el Tribunal:

"Antes de entrar a estudiar la acción instaurada en la demanda principal, precisa resolver como cuestión previa, si Angel Cifuentes Moncayo, al otorgar la escritura 51, obró como representante o gestor de doña Josefina Moncayo de Guerrero, o como estipulante a favor de tercera persona. Las dos instituciones jurídicas son esencialmente diferentes y conducen a diversas conclusiones en el ejercicio del derecho, como se demostrará posteriormente.

"La cláusula pertinente de la escritura es híbrida y ofrece dificultad para enfocar el problema en uno u otro sentido, y ello, ha servido de pretexto a los litigantes para presentar argumentaciones duales, en orden a defender los intereses que representan en cualquiera de los dos eventos.

"En efecto, dijo el comprador en la cláusula quinta, ya aludida, que 'aceptaba la escritura y la venta única y exclusivamente para la señora Josefina Moncayo de Guerrero Ch., quien lo había autorizado para verificar la compra, suministrándole los dineros de su patrimonio exclusivo, por cuya razón el comprador de conformi-

dad con el artículo 1506 del C. C. pide se extienda la copia correspondiente...'.

"Por una parte afirma su calidad de representante o apoderado, diciendo que recibió autorización de la señora de Guerrero para comprar el inmueble y que ella le suministró los dineros de su exclusivo patrimonio, y por otra, invoca el artículo 1506 del C. C., que trata de la estipulación por otro.

"Como las dos categorías jurídicas son opuestas y contrarias, si se acepta la una se desecha la otra, esto es, si se admite la representación se rechaza la estipulación a favor de tercero. Partiendo de tal incompatibilidad, veamos lo que ocurre en el presente caso:

"Ni en los anexos de la escritura 31, ni en los autos existe constancia del poder o mandato que le hubiera conferido Josefina Moncayo de Guerrero a Angel Cifuentes Moncayo para que la representara en la compra del inmueble. De manera que la afirmación de que obraba con autorización suya carece de respaldo en el proceso y, el hecho de que ella suministró los dineros de su exclusivo patrimonio para hacer la compra, aparece también como mera frase enunciativa, con efecto sólo para los contratantes.

"Con todo, no siempre la representación surge del poder o el mandato, sino también de la ley y de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, solo que en el caso de autos hay total sustracción de materia en cuanto a representación por ministerio legal y, es evidente que no se cumplen los presupuestos de la agencia oficiosa conforme al precepto del artículo 2304 del C. C.

"Con mérito a la supuesta representación de Cifuentes, la Corte en el juicio sobre simulación del cual ya dimos cuenta, en el fallo de casación, se pronunció en la siguiente forma:

"'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 demandados 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 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 por otro, en los términos precisos del artículo 1506, que se invocó en el propio instrumento'.

"En el pleito de ahora no han cambiado las bases aludidas por la Corte, en el aparte anterior, para llegar a la conclusión clara, precisa y terminante de que Cifuentes al celebrar la escritura 31 de 1947 no obró como representante de la beneficiaria sino como tercero que estipuló en favor de ella. Por tanto, desde este plano jurídico habrán de deducirse las consecuencias de este juicio".

Sentadas las premisas anteriores el Tribunal pasa a estudiar lo referente a la revocatoria de la estipulación. Dice así:

"No hay constancia en los autos, que la señora de Guerrero hubiera aceptado expresamente la estipulación hecha a su favor, y, aparte de unos pocos y débiles indicios, como son los de haber habitado la casa hasta el día de su muerte, haber pagado los impuestos prediales y atendido con su cónyuge algunas reparaciones, tampoco existe aceptación tácita para la causante. Pero admitiendo que los herederos pueden aceptar para la sucesión, conviene examinar si ha ocurrido tal evento después de fallecida la señora de Guerrero.

"Atestigua el proceso que ella murió en Pasto el 13 de enero de 1948, y que, como consecuencia de su muerte, se sucedieron los siguientes hechos y actuaciones:

"a) Se hicieron declarar herederos y aceptaron la herencia sus padres, doctor Francisco de P. Moncayo y Rosario Ariza Bueno de Moncayo y su cónyuge José Antonio Guerrero Ch., quienes incluyeron la casa del litigio en los inventarios como de propiedad de la causante, la secuestraron y la dieron en arrendamiento a nombre de la sucesión; pidieron y obtuvieron la posesión efectiva de la herencia sobre el inmueble y demandaron su partición.

"b) El 11 de diciembre del mismo año, Antonino Moncayo, vendedor de la casa, demandó a

la sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero, representada por sus herederos para que se declare nulo por simulación el contrato contenido en la escritura 51 de 1947. Los causahabientes contestaron la demanda e intervinieron en el juicio, aceptando a través de la litis pendencia, que la sucesión es titular del inmueble.

"c) El 23 de septiembre de 1948 el doctor Francisco de P. Moncayo y su esposa, obrando a nombre de la sucesión de la señora de Guerrero, demandaron en juicio ordinario a José Antonio Guerrero para que la justicia declare que la casa pertenece exclusivamente a la sucesión de Josefina y no a ésta y a la sociedad conyugal formada entre ella y su cónyuge. También a través de este pleito, tanto los demandantes como el demandado aceptaron que la casa es de la sucesión.

"El inciso final del artículo 1506 del C. C. reza textualmente: 'Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato'.

"Bajo el supuesto de no constituir aceptación expresa ninguna de las actuaciones anteriores, no se puede negar la aceptación tácita dada por los herederos en los varios procesos judiciales en que intervinieron defendiendo los derechos de la sucesión sobre el inmueble.

"Todos los actos realizados por ellos tienen relación íntima con la estipulación a favor de la causante. Pues, ninguna duda existe de que fueron demandados o intervinieron en todos los litigios como representantes de la sucesión, por causa y motivo del inmueble estipulado. Siguiendo un orden rigurosamente cronológico, todos los actos ejecutados por los herederos fueron con anterioridad al 4 de febrero de 1953, fecha en que por escritura pública 114 el estipulante y el representante del prominente revocaron el contrato de la estipulación. Por tal motivo, cuando tal cosa ocurrió, ya la sucesión representada por los herederos ha aceptado tácitamente la cosa estipulada, haciendo imposible la revocatoria. En consecuencia, la escritura 114 es inoponible a la 51 debido a la ineficacia de la revocación hecha después de que los herederos habían consolidado el derecho pleno sobre la casa para el acervo hereneial.

"Es lógica la conclusión de que siendo extemporánea y sin eficacia jurídica la escritura 114 aportada como título del demandante para ejercitar la acción de dominio, contenida en la primera declaración de la demanda principal, no puede prosperar por faltar uno de los presupuestos esenciales para su procedencia, cual es la calidad de propietaria de la cosa singular que debe tener quien demanda".

La demanda de casación

Al iniciar su demanda dice el recurrente:

"El motivo por el cual acuso el aludido fallo del Tribunal de Pasto es el primero de los previstos en el artículo 521 del C. J., o sea, por ser violatorio de la ley sustantiva".

Esta equivocación en la cita del número del artículo del Código Judicial aplicable lo considera la parte opositora como causa suficiente para desechar el recurso, por no haberse indicado con exactitud el fundamento de derecho en que se apoya.

No comparte la Sala esta apreciación, porque el demandante bien hubiera podido no haber citado el artículo, puesto que su pensamiento es claro respecto a la disposición que quiso invocar y además, porque ésta se puede identificar ya que transcribe literalmente su contenido.

La ritualidad del recurso de casación, cuya finalidad principal es la de preservar su técnica, no restringe al juzgador hasta el punto de que por un simple lapsus, error de máquina probablemente, deba sacrificar un derecho, como bajo el imperio de las fórmulas sacramentales.

Primer cargo

En primer lugar, el recurrente le hace a la sentencia el siguiente cargo:

"El Tribunal sentenciador incurrió en error evidente de hecho al concluir el estudio de la declaración del contratante Angel M. Cifuentes Moncayo contenida en la escritura número 51 de 29 de enero de 1947, otorgada en la Notaría 1ª de Túquerres (fls. 1 y 2 del c. número 1), transcrita en el numeral 1º del anterior resumen, que dicho señor obró como tercero que estipuló en favor de la señora Josefina Moncayo de Guerrero, y como consecuencia de tal error violó los artículos 1506, 1602, 1618 y 2304 del C. C.".

Este cargo lo fundamenta sosteniendo que el Tribunal sentenciador incurrió en una flagrante equivocación respecto a la naturaleza específica de la situación jurídica del contratante Cifuentes al celebrar dicho contrato considerándolo como estipulación para otro y no como agencia oficiosa que era "lo estrictamente jurídico" porque Ci-

fuentes, sin autorización de la señora Josefina Montoya de Guerrero, aunque dijo tenerla, "compareció espontáneamente a la notaría de Túquerres a realizar un negocio útil para la misma, pretendiendo obligarla, toda vez que dijo pagar el precio de la compraventa que consta en la citada escritura con dinero que ella le había suministrado de su patrimonio exclusivo, y sin intención, por su parte, de asumir él obligación ninguna". Y agrega: "Esta posición no es la de quien estipula para otro, toda vez que quien como tal obra se obliga personalmente con el prometiente, ya que obra en su propio nombre aunque en favor del tercero".

En desarrollo de su tesis sostiene que de la cláusula erróneamente interpretada por el Tribunal, lo mismo que por la Corte en el fallo a que se alude en la providencia acusada, "aparece claro que Angel Cifuentes sólo quiso desempeñar el papel de representante de los intereses de la señora Josefina M. de Guerrero, y por tanto permanecer extraño a los efectos del contrato"; que no importa que allí se invocara el artículo 1506 del C. C. "porque como es bien sabido en los contratos se debe atender más bien a la verdad de la cosa que a la escritura"; que como consecuencia del error anotado, el Tribunal le reconoció todo efecto a la escritura número 114 de 4 de febrero de 1953, otorgada en la Notaría de Túquerres, en la cual se revocó el contrato contenido en la mencionada escritura número 81 y que "Si el Tribunal no hubiera incurrido en tal error habría tenido que revocar este fallo, toda vez que está claro en los autos que la señora Josefina M. de Guerrero no ratificó lo estipulado a su favor en el contrato constante en la última de aquellas escrituras. No existe en ellos prueba ninguna de que dicha señora hubiera tenido conocimiento de la gestión sin oponerse a ella ni de que hubiera querido aprovecharse de sus resultados" y concluye diciendo que si la señora Josefina M. de Guerrero no tenía con qué pagar el precio del inmueble que para ella compraba el gestor Angel Cifuentes, lo que está demostrado en el proceso, "mal podría ratificar un negocio que en estas circunstancias hay que convenir que se adelantó por el gestor contra sus deseos y su presunta voluntad" y que por tanto "la revocación contenida en la citada escritura llevada a cabo por quienes tenían poder legal para hacerlo: el heredero único del vendedor, y el gestor señor Angel Cifuentes, resulta plenamente válida".

Estudio del cargo

Lo que distingue principalmente la figura jurídica de la estipulación a favor de un tercero de su gemela la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos (artículos 1506 y 2304 del C. C.) es que en aquélla el estipulante obraba por otro, pero en su propio nombre, de ahí que tenga el derecho de revocación mientras el tercero no manifieste, expresa o tácitamente, su conformidad, y en ésta, como intermediario, en nombre de otro.

En el primer caso, el tercero es completamente extraño a la convención que lo beneficia, contrariándose así la regla clásica de **Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.** En cambio, en la agencia oficiosa el tercero es dueño de los bienes o intereses objeto de la gestión y como tal puede exigir cuentas al gestor. Por otra parte, el gestor oficioso no puede revocar el acto ejecutado en nombre del tercero y está obligado a continuarlo y acabarlo aun después de muerto éste.

En el negocio que nos ocupa, que la sentencia acusada califica de estipulación para otro y el recurrente, de agencia oficiosa, el comprador Angel Cifuentes expresó en la escritura lo siguiente: a) que aceptaba la venta; b) que adquiría el inmueble "única y exclusivamente" para la señora Josefina M. de Guerrero Ch.; c) que esta señora lo había autorizado para efectuar la compra; d) que ella le suministró los dineros para tal efecto; e) que esos dineros eran del patrimonio exclusivo de ella; y f) "por cuya razón el comprador de conformidad con el artículo 1506 del C. C. pide se extienda la copia de este instrumento a favor de su comitente señora Josefina M. de Guerrero".

Ahora bien, si la señora Josefina M. de Guerrero Ch. autorizó a Cifuentes, como éste afirma, para efectuar la compra del inmueble y le suministró, "de su patrimonio exclusivo", los dineros para ello, entonces él no obraba como simple estipulante, a pesar de la cita del artículo 1506, sino como verdadero mandatario, en obedecimiento del encargo que se le confió. Así, la señora Josefina no era un tercero, ni en el sentido que expresa la sentencia, ni tampoco en el sentido que le da el recurrente, sino un mandante, como se le califica en la escritura, por cuya cuenta y riesgo se realizó la gestión.

Mas, si como luego hace constar el propio Cifuentes, en otro documento (la escritura 114 de 4 de febrero de 1953 de la misma Notaría de Tú-

querres), que no hubo tal autorización por parte de doña Josefina para comprar el inmueble de que se trata, ni que le hubiese suministrado dinero alguno para ese fin, ni manifestado su aceptación y que la estipulación que había hecho a favor de ella se debió a recomendación de otra persona, entonces ya no podría considerarse como mandatario de dicha señora por lo que habría que replantear el asunto bajo otro aspecto para poder determinar cuál fue realmente su cometido.

Sostiene el recurrente que Cifuentes sólo quiso desempeñar el papel de representante de los intereses de doña Josefina y permanecer, por tanto, extraño a los efectos del contrato y que, como no hubo mandato, "lo estrictamente jurídico era derivar hacia la institución de la agencia oficiosa y no hacia la de la estipulación para otro". La sola circunstancia de que Cifuentes obrara sin mandato no indica que la actividad por él desarrollada fuera de agente oficioso en vez de estipularte a favor de un tercero porque tanto en un caso como en otro el agente carece de mandato. Además, si es cierto, como afirma el recurrente, que Cifuentes quiso permanecer extraño a los efectos del contrato, de esa actitud no se colige que su posición fuera exclusivamente la de agente oficioso porque el que como tal obra no es un extraño en el contrato y está ligado a él mientras el dueño no ratifique su actuación.

Para explicar la naturaleza de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos se ha dicho que ella consiste en realizar sin mandato lo que podría hacer un mandatario. Aplicando la definición anterior al caso presente se tiene que Cifuentes no obraba por cuenta de otro, sino por sí mismo, y por consiguiente, no podría ser mandatario. Si hubiera obrado por cuenta de doña Josefina, con mandato o sin él no habría sido más que un intermediario y no un comprador directo como fue en efecto, lo cual se comprueba si se repasa el texto de la escritura de venta.

Se dijo atrás que en la estipulación por otro —que es una operación en que participan tres personas—, el estipulante, el promitente, y luego, el tercero beneficiario: el estipulante tiene el derecho de revocación mientras el tercero no manifieste su conformidad.

En escritura número 114 de 4 de febrero de 1953, pasada en la Notaría Primera de Túquerres, el estipulante Angel Cifuentes y el doctor Francisco de P. Moncayo, en su carácter de heredero único declarado de su padre don Antonino Moncayo, el promitente, declararon "revocado y sin ningún valor el contrato contenido en la escritura pública número 51, de 27 de enero de 1947".

Dice el Tribunal, que en los autos no hay constancia de que la beneficiaria, señora Josefina M. de Guerrero Ch. hubiera aceptado expresamente la estipulación hecha a su favor, ni tampoco su asentimiento tácito, pero en cambio considera como aceptación tácita del contrato los actos realizados por sus herederos a nombre de la sucesión, tales como el haber incluido la casa de que se trata en los inventarios y haberla dado en arrendamiento y haber aceptado en dos juicios ordinarios adelantados por causa de dicho inmueble, y en los cuales intervinieron como representantes de la sucesión, que él pertenecía a la herencia.

Sostiene que como todos estos actos, ejecutados por los herederos, fueron realizados con anterioridad al 4 de febrero de 1953, fecha de la escritura por la cual el estipulante y el representante del promitente revocaron el contrato de la estipulación, tal revocación era imposible, porque ya la sucesión, representada por los herederos, había aceptado, tácitamente, la cosa estipulada y en consecuencia la escritura 114 es inoponible a la 51 "debido a la ineficacia de la revocación hecha después de que los herederos habían consolidado el derecho pleno sobre la casa para el acervo hereneial".

Y agrega: "Es lógica la conclusión de que siendo extemporánea y sin eficacia jurídica la escritura 114 aportada como título del demandante para ejercitar la acción de dominio, contenida en la primera declaración de la demanda principal, no puede prosperar por faltar uno de los presupuestos esenciales para su procedencia, cual es la calidad de propietario de la cosa singular que debe tener quien demanda".

Como se sabe, el heredero tiene la facultad de ejercer todos los derechos que al difunto le correspondían en vida, de tal modo que si los herederos de doña Josefina, uno de los cuales es el mismo demandante en este juicio, asintieron tácitamente a la estipulación, tal hecho tiene fuerza legal como si hubiera emanado de ella misma.

Hereditas sustinet personam defuncti.

En este caso, como muy bien lo anota el Tribunal los herederos realizaron varios actos que equivalen a una aceptación tácita de la estipulación, antes del 4 de febrero de 1953, fecha de la escritura de revocación, por lo cual ésta resultó ex-

temporáneo, y por consiguiente sin ninguna eficacia jurídica.

Por último, la Corte tiene establecida la doctrina de que cuando la cláusula de un contrato se puede interpretar razonablemente de modo o sentido diferente, la apreciación que hagan los Tribunales respecto a una cualquiera de las dos modalidades no es susceptible de acusarse por vía de casación. Por consiguiente, el cargo no prospera.

Segundo cargo

El segundo cargo contra la sentencia lo hace consistir el recurrente en lo siguiente:

"Al estudiar y fallar la petición subsidiaria el Tribunal sentenciador incurrió en errores evidentes de hecho y de derecho que lo llevaron a violar los artículos 1494, 1495, 1506, 1546, 1602, 1603, 1621, 1849, 1928, 1929, 1930 y 2304 del Código Civil"

Dice que para mejor hacer resaltar el error de hecho en que incurrió el Tribunal transcribe el párrafo pertinente que califica de injurídico y el cual está concebido así:

"En cuanto a la petición subsidiaria del libelo principal, o sea sobre la resolución del contrato contenido en la escritura 51 de 1947, cabe observar, que la naturaleza especial y sui generis la estipulación por otro, cuya causa puede ser la donación o simple liberalidad proveniente del estipulante, o del promitente o de un tercero, y no apareciendo debidamente probado en los autos que la beneficiaria quedaba obligada a pagar el precio del inmueble, tanto más cuanto que el propio estipulante ha dicho que él estipuló a favor de la señora de Guerrero por recomendación de su padre doctor Francisco de P. Moncayo, quien debió arreglar el precio con el vendedor; luego del hecho de que Josefina ni sus sucesores no lo hayan pagado, no se sigue que está inoluto para generar la resolución del contrato contra el beneficiario".

Continúa el recurrente diciendo que del contexto del contrato constante en la escritura que se cita en el párrafo de la sentencia, no deja la menor duda de que se trata de una compraventa porque "Antonino Guerrero dijo vender el inmueble que allí se menciona (cláusula 1ª), se determinó el precio (cláusula 3ª), se habló por el comprador de su pago y se hicieron en fin, todas las declaraciones de costumbre en tales contratos". Que constituye un protuberante error de hecho "que pone de manifiesto incuestionable una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los declarantes, decir para desvirtuar la petición subsidiaria que el acto en cuestión pueda ser una donación sin que nadie lo haya no ya demostrado pero ni siquiera sugerido". Que semejante error de hecho sube de punto al considerar que el Tribunal cierra los ojos ante la afirmación repetida y terminante del estipulante Cifuentes consistente en que "ni la señora Josefina Moncayo de Guerrero ni su esposo don José Antonio Guerrero Ch. le entregaron un solo centavo para pagar el precio del inmueble referido y que fue estipulado en la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda legal y por lo mismo yo no di ningún valor en dinero por ese precio, al vendedor señor Antonino Moncayo".

Que el Tribunal acepta —sigue diciendo el recurrente—, que el precio de la compraventa en cuestión no se pagó por la señora Josefina Moncayo de Guerrero ni por sus sucesores, "pero para eludir las consecuencias de esto recurre en su arbitraria inventiva a la donación. Pero como de lo que se trata no es de alegres hipótesis sino de realidades, estudiaré a continuación las pruebas a que no quiso referirse explícitamente el Tribunal y que por la incongruencia o discrepancia entre tal aceptación en la parte motiva y el contenido de la parte resolutiva del fallo, constituyen un evidente error que lo llevó a violar las disposiciones que cité al principio de este capítulo.

Continúa el recurrente:

"En primer lugar está la declaración juramentada del señor Angel M. Cifuentes, estipulante en favor de la señora Josefina M. de Guerrero según el Tribunal, pero en realidad agente oficioso como creo haberlo demostrado, quien afirma y ya he dejado transcritas sus manifestaciones que no recibió ni un centavo para pagar el precio del inmueble materia de la compraventa de que se trata ni por su parte tampoco pagó nada al vendedor.

"Además están las declaraciones de los testigos señores María Reyes del Castillo, Moisés Ordóñez, Edelmiro Mosquera, Lisímaco Duarte, Manuel Gómez, Julio F. Calvache, Manuel Delgado y Luis F. Santander recibidas en la primera instancia del juicio y visibles a los folios 8 a 12 del C. número 2, de los cuales declaran en forma conteste los cinco primeros que mi poderdante ayudaba a sostener el hogar de su hija señora Josefina M. de Guerrero, quien desde 1941, es decir seis años antes del otorgamiento de la citada

escritura número 51 de 29 de enero de 1947 ya vivía en la casa que en este instrumento se relaciona y siguió viviendo en ella hasta su muerte; y los tres últimos testigos, que mi poderdante hacía gastos en reparaciones de la misma casa.

"Y finalmente las posiciones absueltas por el señor José Antonio Guerrero Ch. y a que arriba me referí, y de las cuales se desprende sin lugar a duda, y no obstante las evasivas del absolvente, que a éste no le consta que su señora la nombrada doña Josefina hubiera pagado el precio convenido según la citada escritura número 51 de 29 de enero de 1947, lo que ciertamente equivale a decir, tratándose de su señora, que no lo pagó. ¿Qué otra cosa, en efecto, significa eso de que 'mi señora debió entregar ese dinero a Angel Cifuentes'? (contestación a la posición 6ª). ¿Y no es muy significativo eso de que 'después (de que debió entregar el dinero) aceptamos esa escritura'? ¿Si doña Josefina pagó, por qué no aceptaron entonces, cuando pagó sino después?

"Todas estas pruebas, aún consideradas solamente como simples presunciones confluyen a demostrar con fuerza de plena prueba el hecho que se trata de averiguar, es decir, el no pago del precio en cuestión, por la gravedad de ellas, o sea por la estrecha relación entre tal hecho y los hechos que las constituyen (artículo 662 del C. J.).

"Aunque el Tribunal, como se ha visto, no pudo menos de reconocer esto en la parte motiva del fallo acusado, sin embargo lo desconoció en la resolutiva y de ahí que incurriera en tan evidente y manifiesto error de hecho que lo llevó a violar los artículos citados del Código Civil que al tratar de la naturaleza del contrato de venta imponen al comprador como principal obligación pagar el precio convenido, y en caso de constituírse en mora de tal pago facultan al vendedor para exigir la resolución de la venta".

De acuerdo con el principio de que a los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas, el artículo 1934 del C. C. dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aun entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruir el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos".

En el presente caso, el recurrente enfrenta a la declaración del vendedor que aparece en la escritura, de que en la misma fecha de su otorgamiento recibió el precio del inmueble, materia de la compraventa, de manos del comprador "en moneda de legal circulación y a su satisfacción"; las siguientes pruebas que, a su juicio, fueron desestimadas por el Tribunal:

a) La declaración de Angel M. Cifuentes de que no recibió dinero para pagar el precio del inmueble y que, por consiguiente, él tampoco pagó nada al vendedor;

b) Las declaraciones de los testigos Mariana Reyes de Castillo, Moisés Ordóñez, Edelmiro Mosquera, Lisímaco Duarte, Manuel Gómez, Julio F. Calvache, Manuel Delgado y Luis F. Santander. Los cinco primeros sobre que el demandante doctor Francisco de P. Moncayo ayudaba a sostener el hogar de su hija Josefina que desde seis años antes del otorgamiento de la escritura 51 ya vivía en la casa que en este instrumento se relaciona y siguió viviendo en ella hasta su muerte y los tres últimos sobre que el doctor Moncayo hacía gastos en reparaciones de la misma casa;

c) Las posiciones absueltas por el demandado Guerrero "de las cuales se desprende sin lugar a duda, y no obstante las evasivas del absolvente, que a éste no le consta que su señora la nombrada doña Josefina hubiera pagado el precio convenido según la citada escritura número 51 de 29 de enero de 1947, lo que ciertamente equivale a decir, tratándose de su señora, que no lo pagó".

La manifestación de Angel Cifuentes, de acuerdo con la sana crítica del testimonio, no merece crédito por las contradicciones en que incurre (artículo 701 del C. J.). Inicialmente dijo que había obrado por encargo de doña Josefina, quien le dio el dinero para comprar el inmueble. Luego que no era cierto que dicha señora le hubiera dado tal encargo ni entregado dinero para efectuar la compra y que había estipulado "por recomienda de distinta persona". Además admitido como está que la estipulación fue aceptada tácitamente por los herederos de la beneficiaria. Cifuentes sólo es un tercero y su dicho, por lo tanto, no tiene el mismo valor probatorio que el de una confesión.

Las declaraciones de Mariana Reyes de Castillo, Moisés Ordóñez, Edelmiro Mosquera, Lisímaco Duarte y Manuel Gómez se refieren únicamente al hecho de que doña Josefina habitó la casa en cuestión ininterrumpidamente, desde 1941 hasta su muerte, y al de que su padre, el doctor

Francisco de P. Moncayo, la auxiliaba en todo cuanto le era posible para los gastos del hogar. Así, estas declaraciones son ineficaces para demostrar, contra lo aseverado en la escritura, que no se pagó el precio de la compra del inmueble.

Los testimonios de Julio F. Calvache, Manuel Delgado y Luis E. Santander se relacionan con el hecho de que Francisco de P. Moncayo hizo gastos de reparaciones en la casa. El testigo Calvache dice que esos gastos eran por cuenta del padre del doctor, don Antonino Moncayo. Los testigos Delgado y Santander manifiestan que nada saben respecto a que la casa fuera de don Antonino Moncayo. Tampoco sirven, pues, estos testimonios para desvirtuar las declaraciones del comprador y vendedor que constan en la escritura respecto de haber el uno entregado el precio y de haberlo recibido el otro "a su satisfacción".

Sobre las posiciones absueltas por Guerrero, esposo de doña Josefina, en que dice no constarle que su señora hubiera pagado el precio convenido en la compraventa, de ninguna manera pueden tener el alcance probatorio que se pretende por el recurrente. En esa diligencia el señor Guerrero manifestó sobre el particular lo siguiente: "Desde que hay la escritura pública número 51 de 29 de enero de 1947, mi señora debió entregar ese dinero a Angel Cifuentes y después aceptamos esa escritura ya que seguimos en compañía de ella manejando la casa como dueños y señores". La lectura pura y simple de esta declaración basta para comprender que no ha habido el reconocimiento implícito de Guerrero sobre el no pago del precio de la venta.

No existiendo prueba plena legalmente eficaz, en este caso sería una confesión judicial, o el principio de prueba por escrito, complementado por otros medios de prueba, con la cual se desvirtúe la declaración expresada en la escritura 51 de 29 de enero de 1947, otorgada en la Notaría 1ª de Túquerres, de que no se pagó el precio de la venta de la casa, es forzoso concluir que el Tribunal de Pasto no erró al negar la resolución del contrato por falta de pago. Por consiguiente, tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo

El tercer cargo se propone así:

"El tribunal sentenciador al desvirtuar arbitrariamente el contrato de compraventa que consta en las varias veces citada escritura número 51 de 29 de enero de 1947, otorgada en la notaría de Túquerres, desconociendo las obligaciones que de él surgieron a cargo del comprador, mediante la suposición gratuita, puesto que ninguna de las partes la ha sugerido, de que tal acto pudo ser una donación; y al sostener a continuación y como consecuencia de tal hipótesis arbitraria que no obstante no haberse pagado el precio de dicha compraventa este hecho no generó la resolución del contrato, infringió directamente los artículos 1460, 1495, 1602, 1620, 1622, 1849, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil".

Al analizar el cargo dice que el juzgador no puede desconocer la naturaleza de un contrato "cuyos términos según la escritura en que consta son claros, en cuya apreciación no discrepan las partes, y cuya aplicación práctica por las mismas está en completo acuerdo con sus términos"; que mucho menos puede el juzgador "entrar por su cuenta y riesgo a establecer presunciones, si una disposición legal se lo prohíbe como también sucede en el caso de que se trata, toda vez que según el artículo 1460 del C. C. la donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes' entre las cuales no está el nuestro"; que de acuerdo con las normas que regulan la compraventa, la principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido y si se constituyere en mora de pagarlo el vendedor tendrá derecho para exigir la resolución de la venta; que el Tribunal "al aceptar que está demostrado que no se pagó el precio de la compraventa en cuestión ha debido aceptar la petición subsidiaria de la demanda, en defecto de la principal, como consecuencia obligada de tal hecho"; que como en vez de esto la conclusión del Tribunal "fue exactamente la contraria... violó directamente las disposiciones que cité al principio de este capítulo".

Estudio del cargo

No hay duda de que el contrato principal contenido en la escritura 51 de 29 de enero de 1947 es de compraventa. Así lo han entendido también las partes y lo manifestaron desde el momento mismo en que se trabó la litis. Lo que han discutido es la naturaleza jurídica de la actuación de Angel M. Cifuentes, considerada por el Tribunal, con buenas razones por cierto, como una estipulación a favor de un tercero. Ahora, en este cargo, el recurrente sostiene que la sentencia desconoció la existencia del contrato de compraven-

ta al insinuar que podía tratarse de una donación o simple liberalidad y deducir que no había obligación de pagar el precio convenido. Para saber si es acertado este planteamiento conviene analizar de nuevo, con todo cuidado, el párrafo pertinente de la sentencia.

En primer término, dice el Tribunal que la estipulación por otro es un contrato sui generis "cuya causa puede ser la donación o simple liberalidad proveniente del estipulante, o del prometente o de un tercero". Este concepto es estrictamente jurídico y para comprobarlo basta recordar el contrato de seguro de vida que sólo obedece a simple liberalidad del estipulante.

En segundo término asegura que "no apareciendo debidamente probado en los autos que la beneficiaria quedaba obligada a pagar el precio del inmueble, tanto más cuanto que el propio estipulante ha dicho que él estipuló a favor de la señora de Guerrero por recomendación de su padre doctor Francisco de P. Moncayo, quien debió arreglar el precio con el vendedor; luego del hecho de que Josefina ni sus sucesores no lo hayan pagado, no se sigue que está insoluto para generar la resolución del contrato contra el beneficiario".

La afirmación de que no está probado que la beneficiaria quedaba obligada a pagar el precio del inmueble es cierta, si se acepta, como se ha aceptado, que ese precio lo pagó el estipulante al extenderse la escritura de venta y de ahí la presunción de que debió arreglarlo el padre de doña Josefina con el vendedor. Por lo demás, son conjeturas que no inciden sobre la parte resolutiva de la sentencia.

Por último, la deducción de que si la beneficiaria ni sus sucesores no han pagado el precio del inmueble no se sigue que esté insoluto para generar la resolución del contrato, no puede interpretarse como un desconocimiento de la existencia de la compraventa porque sólo implica un concepto incidental y un tanto ambiguo sobre la posibilidad de que otra persona distinta de la beneficiaria y sus sucesores hubieran efectuado ese pago. Así, pues, no puede estimarse este concepto como violatorio de las disposiciones sustantivas que regulan la compraventa y por lo tanto, el cargo tampoco prospera.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario seguido por Francisco de P. Moncayo contra la sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar Jesús M. Arias—Guillermo Garavito Durán—Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

NULIDAD DE REMATE VERIFICADO EN PUBLICA SUBASTA. — REGISTRO DE LA ESCRITURA DE CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS. — EL EMBARGO DE DERECHOS HEREDITARIOS SE PERFECCIONA COMUNICANDOLO AL JUEZ DE LA SUCESION, SIN SER MENESTER LA INSCRIPCION EN LA OFICINA DE REGISTRO

1.— La nulidad de un remate causado en pública subasta puede ser acusada en cuanto a su validez general o efectos relativos, como contrario de venta en el que el juez representa al vendedor o como simple acto procesal. Entonces, según el caso, las normas que deben tenerse en cuenta para dilucidar la cuestión serán las sustantivas que gobiernan la teoría de los actos y declaraciones de la voluntad o las meramente procedimentales, vale decir, aquellas que determinan las causales de invalidación de los remates por omisión de formalidades de grave y necesario cumplimiento.

2.—Dispone el artículo 1607 del C. C. que el que cede a título oneroso su derecho a una determinada herencia sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero. Consiguientemente, debe entenderse, que el cesionario de un derecho de herencia no obtiene dominio sobre ningún bien singular de la sucesión, sino que adquiere, simplemente, el derecho de ocupar en ésta el lugar que corresponderle al heredero cedente, con el entendido, de que éste sigue siendo tal porque su título es personal e intransmisible como que no puede disponer que otro ocupe su lugar en la familia ni tampoco ceder su parentesco. De ahí resulta, que como la venta de la universalidad hereditaria abstracta no tiene la virtud de mutar el dominio de ningún bien ni nada transmite, a no ser la simple aptitud o personería para hacer efectivos los derechos del heredero cedente, la escritura de ese contrato se registra ante el Registrador del lugar del otorgamiento pero únicamente como acto pasado ante el Notario y no en el libro destinado a anotar el traslado o cambio de dominio de los bienes raíces.

3.—Antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, ley 105 de 1931, la Corte, ante el hecho de que "la ley no había reglamentado de modo especial el embargo de derechos y acciones en una sucesión ilíquida", entendió que debía aplicarse por analogía lo que sí tenía prescrito para el embargo de inmuebles; con tal fin sentó la doctrina consistente, en que embargos como éstos debían registrarse en la oficina de registro respectiva.

Pero ocurre que la actual ley de Procedimiento Civil subsanó la deficiencia anotada por la Corte al establecer de modo especial para perfeccionar esta clase de embargos precisamente el procedimiento señalado por el artículo 282 del C. J. Tuvo en cuenta el legislador que siendo —en casos como éste— la materia del embargo el simple derecho de herencia, el interés en la universalidad de bienes en una sucesión, o lo que es lo mismo, la simple expectativa del heredero, nada tenía que inscribir el Registrador en sus libros ya que como lo dispone el artículo 2637 del C. C. las principales finalidades del registro son servir de MEDIO DE TRADICION de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos; DAR PUBLICIDAD a los actos y contratos que trasladan, gravan o limitan el dominio de los mismos; y dar mayores GARANTIAS DE AUTENTICIDAD Y SEGURIDAD a los títulos que deben registrarse, modalidades, o hechos jurídicos los anteriores, que nada relacionan con el derecho de herencia.

Resulta entonces, que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en el proceso es lo único que asegura o da eficacia al decreto o orden de embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable a su derecho de herencia y por-

que como este derecho sólo viene a concretarse en cosas determinadas y ciertas en la partición, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar para darle y aprobarle al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esa traba determinada y expresa se le registre el título, oportunidad que es en la que también deberá actuar el Registrador, pues está en su deber hacer en sus libros la inscripción de la hijuela pero con la anotación correspondiente del embargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

En el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá Ignacio Ramírez Durán inició juicio ejecutivo contra la señorita Alicia Méndez; al intimársele la orden coercitiva, manifestó la ejecutada, que carecía de bienes de fortuna y que por eso se abstenía de hacer denuncia para el pago; sin embargo, el ejecutante declaró como de propiedad de aquélla "los derechos hereditarios que pudieran corresponderle en la sucesión de su madre señora Nina o Nieves Ramírez de Méndez, juicio que por entonces recibía su trámite en el Juzgado Tercero Civil de este Circuito". Atendida la denuncia y decretado el embargo, el juez del conocimiento "en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 283 del C. J. y para los fines allí indicados" dio el aviso del caso al juzgado de la sucesión en oficio fechado el 6 de octubre de 1948 y que el juez del Circuito contestó "avisando que se tomó atenta nota del embargo en el juicio de sucesión de Nieves o Nina Ramírez de Méndez".

Como ocurriera el fallecimiento del padre de Alicia, el juicio de sucesión de éste se acumuló al de su cónyuge y en él se reconoció a la citada Alicia como heredera en su condición de hija legítima del causante, circunstancia que aprovechó el ejecutante Ramírez para denunciar para el pago de la acreencia que cobraba a ésta "los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión de su difunto padre". Decretado este nuevo embargo, el juez municipal libró la comunicación del caso al de la sucesión, funcionario que en oficio de 16 de febrero de 1949 contestó manifestando "que sobre el particular se ordenó tomar atenta nota".

Procede anotar que el embargo inicialmente decretado, el vinculado a los derechos hereditarios de la ejecutada en la sucesión de su madre, se inscribió según referencia del folio 12 del C. número 3º en la oficina de Registro de Bogotá el 10 de noviembre de 1949 a la página 123 bajo el número 779 del Libro de Embargos de dicha oficina y que, cuanto al segundo, no aparece constancia alguna en el proceso.

Adelantados los trámites del ejecutivo, tuvo lugar el remate de los derechos hereditarios embargados, con el resultado, de que en la subasta pública le fueron adjudicados al único postor José Gregorio Reyes, quien provisto de la copia del remate debidamente registrada (folio 6 del cuaderno principal) obtuvo que en el memorado juicio de sucesión acumulado e iliquido se le reconociera como cesionario de los derechos hereditarios de la citada Alicia.

Surtíanse estas diligencias, cuando la ejecutada optó por venderle a su hermana Matilde Méndez de Metke "los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle en el doble juicio de sucesión de sus finados padres Eliseo Méndez y Nieves o Nina Ramírez de Méndez abierto y radicado en el Juzgado Tercero Civil de este Circuito, en el cual la exponente vendedora fue reconocida como heredera legítima de dicha sucesión". Las contratantes hicieron constar las declaraciones del convenio en el instrumento público número 768 de 5 de agosto de 1949 de la Notaría 6ª de este Circuito aducidas a los autos debidamente registrada.

La demanda

Así las cosas, doña Matilde Méndez de Metke, por medio de apoderado, en demanda repartida al Juzgado Segundo Civil, de este Circuito solicitó que con citación y audiencia del citado José Gregorio Reyes Rodríguez se hicieran en la sentencia de un juicio ordinario, estas declaraciones:

"**Primera.**—Que la señora Matilde Méndez Ramírez de Metke, es dueña de todos los derechos que le correspondían a la señorita Alicia Méndez Ramírez en las sucesiones acumuladas de sus padres Eliseo Méndez y Nina o Nieves Ramírez de Méndez, aún iliquidas y en curso en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, en virtud de la compra hecha mediante escritura pú-

blica número 768 de 5 de agosto de 1949 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá y registrada en la Oficina de Registro de este Circuito el 4 de noviembre del mismo año en los libros de Causas Mortuorias página 393 número 1058 y Segundo página 229 número 6243:

"Segunda.—Que el remate de los mismos derechos herenciales de Alicia Méndez Ramírez en las dos sucesiones acumuladas de Eliseo Méndez y Nina o Nieves Ramírez de Méndez, verificado en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, dentro del juicio ejecutivo de Ignacio Ramírez contra Alicia Méndez, en el cual se le adjudicó al demandado señor José Gregorio Reyes esos derechos y el auto aprobatorio y el registro de éstos el día 7 de marzo de 1950, no le transfirieron al rematante la propiedad de tales derechos, ni tiene valor ni produjo efectos contra mi mandante Matilde Méndez Ramírez de Metke, por ser ésta la dueña de ellos en tal fecha y no la ejecutada y consistir por consiguiente en remate de cosa ajena.

"Tercera.—Que se cancele el registro del remate mencionado y auto aprobatorio, en la Oficina de Registro de Bogotá.

"Cuarta—Para el caso de que se hubieren liquidado en el momento de proferirse sentencia, las sucesiones acumuladas de Méndez y Ramírez de Méndez, y se hubiere hecho adjudicación al rematante Reyes de los derechos que correspondían a Alicia Méndez R. en ellas, se debe declarar sin valor ni efectos tal adjudicación y ordenarse la cancelación del registro de la hijuela respectiva; e igualmente, condenar al demandado a restituir a mi mandante los bienes que se le hubieren adjudicado, con intereses y frutos civiles o naturales hasta la fecha de la restitución, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

"Quinta.—Que se condene en costas al demandado".

Como hechos sustentantes de la acción se aducen en la demanda:

"1º—La escritura declarativo de la compra de los indicados derechos y acciones se registró debidamente y la inscripción está vigente como lo acredita el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

"2º—Muy posteriormente al registro del título de mi mandante, se produjo el embargo y luego el remate de los derechos que ya Alicia Méndez le había transferido a aquélla, diligencia que tuvo lugar dentro del ejecutivo de Ignacio Ramírez contra ésta en el Juzgado 4º Civil Municipal de Bogotá, el 25 de enero de 1950.

"3º—El registro de la diligencia de remate, en la cual se adjudicó al demandado señor José Gregorio Reyes los derechos de Alicia Méndez Ramírez en las mencionadas sucesiones, se realizó el 7 de marzo del mismo año, cuatro meses después de haberse operado el registro del título de mi mandante.

"4º—El remate en mención recayó, por tanto, sobre cosa ajena, de propiedad de un tercero y no de la ejecutada.

"5º—El embargo dentro del ejecutivo de esos derechos tuvo lugar el 19 de noviembre de 1949, o sea quince días después de haberse registrado el título de mi mandante.

"6º—El juicio de sucesión acumulado de Méndez y señora Ramírez de Méndez cursa ilíquido en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá".

El demandado al evacuar el traslado se opuso a que el juzgado hiciera las declaraciones solicitadas, negó los hechos, propuso la excepción de "Inexistencia de la obligación demandada" y en escrito separado propuso a la actora demanda de mutua petición en orden a obtener que en la misma sentencia declarara el juzgado:

"a) Que es nulo, y absolutamente ineficaz el contrato de venta contenido en la escritura número 766 de fecha 5 de agosto de 1949, otorgado en la Notaría Sexta de Bogotá, por medio del cual Alicia Méndez Ramírez dice transferir a título de venta a la demandada Matilde Méndez de Metke los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión doble de sus padres Eliseo Méndez y Nieves o Nina Ramírez de Méndez.

"b) Que como consecuencia de tal declaración se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá y al señor Notario Sexto de Bogotá para que pongan nota de anulación al registro de la expresada escritura, y en la matriz existente de ella en la expresada Notaría.

"c) Que se condene a la demandada en las costas del juicio si se opusiere a él".

De los hechos alegados por el reconvenor se transcriben estos que se estiman pertinentes:

"..... .....

"4º—Los precedentes autos de embargo fueron

dictados con citación y notificación de la ejecutada Alicia Méndez, quien, a pesar de tener conocimiento de ellos —era la ejecutada— procedió a otorgar venta de sus derechos embargados a su hermana Matilde por el precio irrisorio de $ 500.00.

"3º—La venta hecha por Alicia a su hermana Matilde en el mes de agosto de 1949 y contenida en la escritura número 768 tantas veces aludida, es venta que contiene objeto ilícito, toda vez que los derechos en ella vendidos estaban legalmente embargados.

"6º—La misma venta adolece de vicio del consentimiento de la vendedora, toda vez que ella procedió a sabiendas de que sus derechos objeto de tal venta los tenía legalmente embargados, y por consiguiente hubo dolo e intención fraudulenta en el consentimiento de la pretendida vendedora, y en la compradora.

"...Las comunicaciones de embargo obraban en el expediente de las sucesiones acumuladas en el Juzgado 3º del Circuito Civil, en donde tanto la heredera vendedora como la heredera compradora estaban reconocidas como partes en su calidad de herederas como hijas legítimas de los causantes Méndez y Ramírez de Méndez".

"7º—De manera que cuando mi mandante José Gregorio Reyes remató el 25 de enero de 1950 los derechos de la ejecutada Alicia Méndez R. dichos derechos estaban fuera del comercio, para toda transacción distinta del remate de los bienes de la ejecutada, y por consiguiente la pretendida venta cuya nulidad pido se declare no tiene eficacia jurídica, ni menos puede prevalecer sobre el remate que hizo mi mandante de tales derechos.

"..... ....

"9º—El reconocimiento que se hizo de la calidad de cesionario de mi mandante Reyes se hizo con citación y audiencia de la demandada Matilde Méndez, y aún contra su oposición, en los mencionados juicios de sucesión acumulados".

La contrademandada se opuso a la demanda y negó todos los hechos.

Trabada así la litis y finalizado el trámite de la primera instancia le puso fin a ésta el juzgado del conocimiento mediante sentencia de 27 de noviembre de 1954 favorable a la parte actora y negatoria de las súplicas de la reconvención. Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso al tenor de la siguiente disposición resolutiva:

"1º—Revócase la sentencia materia de la apelación, proferida por el Juzgado del conocimiento con fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

"2º—Declárase probada la excepción de nulidad por objeto ilícito en la enajenación de que trata el contrato recogido en escritura pública número 768 de fecha 5 de agosto de 1949 de la Notaría 6ª de Bogotá.

"3º—Niéganse las peticiones de la demanda principal.

"4º—Declárase absolutamente nulo el contrato de compraventa celebrado entre Alicia Méndez Ramírez y Matilde Méndez de Melke, por el cual la primera vendió a la segunda sus derechos en las sucesiones acumuladas de Eliseo Méndez y Nieves o Nina Ramírez de Méndez, que fue recogido en escritura pública número 768 del 5 de agosto de 1949 corrida en la Notaría 6ª de Bogotá y registrada el 4 de noviembre de dicho año en los libros respectivos de la oficina de Registro de este Circuito.

"5º—Ordénase la cancelación de la precitada escritura pública número 768 del 5 de agosto de 1949 tanto en la Oficina de Registro como en la Notaría respectiva. Por el juzgado del conocimiento líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

"6º—Condénase a la demandante al pago de las costas procesales de la primera instancia.

"7º—Sin costas en el recurso".

Las sentencias de instancia

El Tribunal sentenciador, como lo hiciera el inferior, contrae la suerte del litigio a la solución que, dice, jurídicamente deba darse a estos dos interrogantes:

"1º—Si es válida la venta hecha por Alicia Méndez a Matilde de Melke de todos sus derechos en la doble sucesión de sus padres el remate que posteriormente hizo José Gregorio Reyes de los mismos derechos fue de cosa ajena y no afecta los derechos de la cesionaria; y 2º Si por el contrario, la aludida venta fue nula por recaer sobre derechos que se encontraban embargados legalmente, por ende debe prevalecer el remate".

El juzgado accedió a las peticiones de la demanda principal y negó las de la reconvención porque estimó que cuando la señora de Melke adquirió los derechos hereditales discutidos, los embargos decretados en el ejecutivo contra la cedente Alicia no tenían validez jurídica o no se

habían perfeccionado, "por no haberse registrado en la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá", circunstancia que, dice, habilitaba a la vendedora para disponer de ellos por no estar fuera del comercio. El Tribunal apreció lo contrario, de ahí el fundamento de su fallo.

Encontró el sentenciador probados "los siguientes hechos trascendentales: el demandante principal acreditó que compró los derechos de Alicia Méndez en la sucesión de Eliseo Méndez y Nieves o Nina Ramírez de Méndez el 5 de agosto de 1949 y que el instrumento público de traspaso se registró el 4 de noviembre del mismo año. Por su parte el demandado excepcionante y a la vez reconventor estableció que el 19 de agosto de 1948 el juez 4º civil municipal decretó el embargo de los derechos de Alicia Méndez en la sucesión de Nina o Nieves Ramírez de Méndez y que el 6 de octubre del mismo año ya se había tomado nota de tal embargo en el juicio sucesorio (fls. 6 v. y 7 del cuaderno número 8). Demostró igualmente José Gregorio Reyes que el 31 de enero de 1949 el mismo juez civil municipal decretó el embargo de los derechos de la señorita Méndez en la sucesión de Eliseo Méndez y que la medida se había comunicado al juez respectivo el 16 de febrero de 1949 (fls. 7 y 7. v. del mismo cuaderno)".

Sobre el contenido probatorio de los hechos anotados formula el sentenciador la siguiente tesis de fondo que aplicándola a. caso controvertido lo precisó en la parte resolutiva de su fallo. La Corte la sintetiza así:

El embargo de derechos que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio se consuma legalmente con el aviso que el juez del conocimiento coercitivo dé al juzgado en donde el demandado o presunto demandado tenga, persiga o discuta los derechos cuyo embargo ha sido decretado, si, por lo demás, el oficio respectivo se agrega a este último proceso. Comentando luego la doctrina del artículo 282 del C. J., base central de la sentencia, agrega: "La debida inteligencia de este precepto y la determinación de su alcance exigen algunas reflexiones sencillas sobre lo que es un embargo y la manera como se consuma. El embargo en sí mismo es la simple orden o decreto del juez que, en determinados casos, dispone que un bien quede fuera del comercio; lo que sigue de allí en adelante, la inscripción en el registro si se trata de bienes inmuebles (artículo 38—57 L. 53/87), el secuestro cuando se persiguen bienes corporales muebles, o la comunicación al juez que conoce del juicio donde se persigan, discutan o tengan los derechos embargados, son sistemas ideados por la ley para la operancia del embargo, para su consumación".

"...Es igualmente sencillo comprender por qué cuando se trata de cosas corporales muebles su embargo se consume mediante el secuestro; si la tradición de estos bienes se efectúa por su simple entrega que no exige formalidad alguna, es necesaria su aprehensión material para garantizar los fines que con el embargo se persiguen; y es igualmente fácil comprender por qué ha dispuesto la ley que el embargo de los derechos que se persigan, discutan o tengan en un juicio, caso este último el de los derechos herenciales, se comunique al juez que conoce de él "para los efectos consiguientes". Sólo mediante este sistema se garantiza la efectividad del embargo, lográndose igualmente la publicidad del mismo. Veámoslo: conforme al artículo 2655 del C. C., los actos y documentos de cesión o venta de derechos herenciales "se registrarán en la oficina de' circuito en que se haya otorgado o ejecutado".

"Es el lugar donde el instrumento se otorga lo que señala la oficina donde debe registrarse el traspaso o la cesión de los derechos hereditarios y en tales condiciones, si para la consumación del embargo de los de esta clase exigiera la ley su anotación en el libro de registro de autos de embargo, sería necesario efectuarla en todas las oficinas de Registro de la República para asegurar la efectividad del decreto del juez: bastaría, en ese evento, que el interesado en burlar el embargo otorgara el instrumento de traspaso de los derechos herenciales en lugar distinto de aquel donde el juicio de sucesión se ventila. En cambio mediante el sistema previsto en el artículo 282 del C. J. la efectividad del embargo de los derechos herenciales se garantiza fácilmente; en efecto, el heredero adquiere su derecho por el modo de la sucesión mortis causa, pero el título traslaticio del dominio es el acto legal de partición (artículo 765 del C. C.) y esa partición sólo puede efectuarse en el juicio correspondiente. Mientras no se apruebe y registre la partición de bienes del causante, el registro, si se trata de bienes inmuebles, continúa a su nombre y, comunicado el embargo de los derechos al juez que conoce de la sucesión, ya no será posible su adjudicación libre al heredero, ni tampoco el registro del título de dominio de éste.

"Si por el procedimiento previsto en el artículo

282 del C. J. se logra, como está visto, la efectividad del embargo de derechos herenciales, y si ese mismo procedimiento garantiza la publicidad de la medida cautelar, no se ve dónde se encuentra la razón que obligue a aplicar en estos casos lo que la ley tiene dispuesto a propósito del embargo de bienes inmuebles. Más aún, el artículo 38 de la ley 57 de 1887 al imponer en su inciso final al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados la obligación de llevar el libro de registro de autos de embargo, señala clarísimamente la finalidad del mismo libro cuando dice: "en el cual se hará constar el embargo de las fincas raíces que se hallen situadas en el correspondiente círculo de Registro". Es, pues, el embargo de los bienes inmuebles lo que en ese libro debe registrarse y no el de los derechos hereditarios que, aun cuando se afirme que están radicados en bienes raíces —lo que no tiene jamás carácter de certeza mientras la partición no se verifique— continúan siendo simplemente derechos hereditarios y no bienes raíces".

El recurso

La demandante doña Matilde Méndez de Metke interpuso el recurso de casación que declarado admisible por la Corte es la oportunidad de resolverlo surtidos como están los trámites procesales pertinentes.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal 1ª de las señaladas en el artículo 520 del C. J. el recurrente formula a la sentencia estos cargos:

A) **Primer cargo.**—"Violación directa, por aplicación indebida del artículo 282 C. J., y por falta de aplicación de los artículos 43 de la 153 (sic), de 1887, 2652, 2673, 2674, 1967, 1968, 1871, 1873 del Código Civil y 38 ley 57 de 1887; y 1521 C. C. por indebida aplicación.

B) **Segundo cargo.**—"Error manifiesto de hecho al dar el Tribunal por probado que el embargo de los derechos herenciales de Alicia Méndez en la sucesión de sus padres, se comunicó al juicio de sucesión y que en éste se agregó tal oficio para información de terceros".

C) **Tercer cargo.** — "El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba del remate hecho por el demandado, pues éste no se encuentra registrado en el libro 2º, violando el artículo 630 del C. J. que ordena que el título lleva la nota de haberse hecho el registro en la **forma debida**". No en cualquier forma".

Estudio de los cargos

Primer cargo.— El primer cargo, "violación directa de la ley sustantiva", lo deduce el recurrente de tres motivos: a) por haber aplicado el sentenciador indebidamente el artículo 282 del C. J.; b) por no haber aplicado los artículos 43 de la ley 153 de 1887, 2652, 2673, 2674, 1967, 1968, 1871 y 1873 del Código Civil; c) por aplicación indebida del artículo 1521 del C. C.

Se estudian conjuntamente los motivos por tener unida relación las consideraciones que en cada caso hace el recurrente, como pasa a explicarse:

Estas las razones que presenta el recurrente:

"El Tribunal consideró que el artículo 282 del C. J. era aplicable al caso y por tanto bastaba con librar oficio al juez del juicio de sucesión para que el embargo de los derechos reales de herencia quedara legalmente consumado. Y ni siquiera paró mientes en que el embargo era de derechos herenciales radicados en un inmueble determinado.

"El error estuvo en no caer en cuenta de que el artículo 282 C. J. se refiere a los derechos personales que se persigan en juicio, que por no estar sujetos a registro es obvio que se embarguen por oficio al juez respectivo. Pero no cuando son derechos de herencia, porque éstos sí están sujetos a registro y son derechos reales.

"El Tribunal violó el artículo 1521 del Código Civil por aplicación indebida" porque no había embargo, y porque "el artículo 38 de la ley 57 de 1887 dice que entre los libros que debe llevar el Registrador está el "titulado Libro de Registro de autos de embargo". Norma que comprende al embargo de todo derecho para cuya tradición se requiere registro. Y que dejó de aplicar también el Tribunal, violándolo.

"Y el mismo artículo 38 dice que se lleva un libro de registro de causas mortuorias, para la inscripción de **todos los títulos o actos** que, conforme a las leyes vigentes, deben inscribirse en los libros números 1º y 2º **y que tengan origen en un juicio de sucesión**". Luego los embargos de derechos herenciales que como tales se originan en el juicio de sucesión si está en curso, como en el presente caso, están sujetos a dicho registro.

"Por no aplicar las normas citadas, el Tribunal no le dio aplicación a los artículos 1967 y 1968 que reglamentan la venta de derechos hereditales y que obligaban a darle preferencia a la venta hecha a favor de mi mandante; y violó igualmente por falta de aplicación los artículos 1871 y 1873, todos del Código Civil, pues éstos enseñan que la venta (aquí remate) de cosa ajena no perjudica los derechos de tercero (aquí mi mandante), y que si se vende separadamente (o si se vende y remata) una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión (inscrita si es de inmuebles o derechos reales como el de herencia), será preferido. Y se violó por indebida aplicación el artículo 1521 C. C., pues no habiendo embargo válido no podía haber nulidad".

Considera la Corte:

El argumento central de la demanda de casación se hace consistir en que el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 282 del C. J., que dispone: "El embargo de derechos que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio, se comunica al juez respectivo para los efectos consiguientes"; complementa el cargo arguyendo, que la aplicación indebida de tal disposición llevó al sentenciador a la violación directa de la misma disposición.

Dos consideraciones principales deben proceder al estudio que habrá de hacer la Corte:

a) La escritura de cesión de los derechos hereditarios que se hizo a favor de la recurrente, según sus literales términos, debe entenderse en el sentido de que la tradente cedió su derecho real universal en dicha herencia con todos los efectos jurídicos que a esta institución adscribe el Capítulo II del Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil consistentes, en general, en que el cesionario habrá de ocupar en la liquidación herencial el lugar del heredero cedente. No fue la de autos una venta de especie, que a tanto equivale la cesión de derechos detallando específicamente un cuerpo cierto como su objeto, bien que subordinada, naturalmente, a las resultas de la liquidación sucesoral y a la partición de la herencia.

b) Que en general, la nulidad de un remate causado en pública subasta puede ser acusado en cuanto a su validez en general o efectos relativos, como contrato de venta en el que el juez representa al vendedor o como simple acto procesal. Entonces, según el caso, las normas que deben tenerse en cuenta para dilucidar la cuestión serán las sustantivas que gobiernan la teoría de los actos y declaraciones de la voluntad o las meramente procedimentales, vale decir, aquellas que determinan las causales de invalidación de los remates por omisión de formalidades de previo y necesario cumplimiento.

Pues bien: la actora solicita como petición principal, se la declare dueña del derecho real universal de herencia de que antes era titular la cedente vendedora como heredero reconocida en la sucesión de sus padres, con causa en haberlos adquirido a virtud de la compra de que da cuenta la escritura que ya viene indicada; y en la segunda, solicita, se declare que el remate cumplido en el ejecutivo carece de valor porque la materia de éste fue cosa ajena.

Como se nota, la acción de dominio incoada vincula a una universalidad de bienes y el remate se ataca no por haber mediado informalidades en la realización del acto procesal sino porque recayó o fue su objeto una cosa ajena.

Se explica:

Dispone el artículo 1967 del C. C. que el que cede a título oneroso su derecho en una determinada herencia sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero. Consiguientemente, debe entenderse, que el cesionario de un derecho de herencia no obtiene dominio sobre ningún bien singular de la sucesión sino que adquiere, simplemente, el derecho de ocupar en ésta el lugar que correspondíale al heredero cedente, con el entendido, de que éste sigue siendo tal porque su título es personal e intransmisible como que no puede disponer que otro ocupe su lugar en la familia ni tampoco ceder su parentesco. De ahí resulta, que como la venta de la universalidad herencial abstracta no tiene la virtud de mutar el dominio de ningún bien ni nada transmite, a no ser la simple aptitud o personería para hacer efectivos los derechos del heredero cedente, la escritura de ese contrato se registra ante el Registrador del lugar del otorgamiento pero únicamente como acto pasado ante el Notario y no en el libro destinado a ubicar el traslado o cambio de dominio de los bienes raíces.

Son palabras de otra sentencia de la Corte:

"La venta de los derechos y acciones en general que al vendedor le correspondan en una su-

cesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de la ubicación de éstos. Ella queda debidamente registrada en el lugar del otorgamiento de la escritura pública". (Casación, 10 junio 1919, XXVII, 184, 3ª).

Ahora, el embargo de los derechos herenciales que a la ejecutada Alicia "le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión acumulada de sus padres" se comunicó por el juez del ejecutivo al proceso "para que allí surtiera sus efectos" dando cumplimiento, ambos funcionarios, a los distintos mandatos contenidos en el artículo 282 del C. J.

Pero objeta el recurrente que los actos anteriores no tuvieron la virtud de perfeccionar el embargo de los expresados derechos y acciones "porque para consumar la medida han debido registrarse los embargos en la Oficina de Registro de Bogotá lugar de ubicación de los inmuebles de la sucesión, toda vez que éste —el embargo— no vinculaba a un derecho personal que por no estar sujeto a registro es obvio que hubiera podido embargarse por oficio al juez respectivo sino que radicaba en los derechos de herencia sobre determinado inmueble". Es en esta consideración afirmativa en la que fundamenta el recurrente el error en que considera incurrió el sentenciador **al aplicar indebidamente** el citado artículo 282 del C. J. y al **no aplicar** las disposiciones sustantivas citadas.

Considera la Corte:

Antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, ley 105 de 1931, la Corte, ante el hecho de que "la ley no había reglamentado de modo especial el embargo de derechos y acciones en una sucesión ilíquida", entendió que debía aplicarse por analogía lo que si tenía prescrito para el embargo de inmuebles: con tal fin sentó la doctrina consistente, en que embargos como el sub-lite debían registrarse en la oficina de registro respectiva. Esta la razón de la doctrina que aduce el recurrente en sustento de la tesis y que viene copiada en la demanda de casación.

Pero ocurre que la actual ley de Procedimiento Civil subsanó la deficiencia anotada por la Corte al establecer como modo especial para perfeccionar esta clase de embargos precisamente el procedimiento señalado por el citado artículo 282 del C. J. Tuvo en cuenta el Legislador que siendo —en casos como éste— la materia del embargo el simple derecho de herencia, el interés en la universalidad de bienes en una sucesión, o lo que es lo mismo, la simple expectativa del heredero, nada tenía que inscribir el Registrador en sus libros ya que como lo dispone el artículo 2637 del C. C. las principales finalidades del registro son servir de **medio de tradición** de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos; **dar publicidad** a los actos y contratos que trasladan, gravan o limitan el dominio de los mismos; y dar mayores **garantías de autenticidad y seguridad** a los títulos que deben registrarse, modalidades, o hechos jurídicos los anteriores, que nada relacionan con el derecho de herencia que consiste, ya se vio, en que el sujeto es heredero en determinada sucesión, que fue lo que objetiva y subjetivamente consideró embargó el ejecutante en el ejecutivo seguido contra Alicia.

Es más: no existe en la ley disposición alguna que consagre —directa ni indirectamente— la tesis que propugna el recurrente en abono de la fundamentación del cargo —la necesidad de inscribir el embargo de derechos hereditarios en la Oficina de Registro— menos para el presente caso, cuanto que la materia de él —se repite— es el simple derecho hereditario en general no el vinculado en determinado inmueble de la sucesión. Su objeto fue la universalidad abstracta que es entidad distinta de los bienes singulares que la integran.

También resulta que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en el proceso es lo único que asegura o da eficacia al decreto u orden de embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable a su derecho herencial y porque como este derecho sólo viene a concretarse en cosas determinadas y ciertas en la partición, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar para darle y adjudicarle al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esa traba determinada y expresa se le registre el título, oportunidad que es en la que también deberá actuar el Registrador, pues está en su deber hacer en sus libros la inscripción de la hijuela pero con la anotación correspondiente del embargo.

Evidencia lo anterior, que el sentenciador no solamente interpretó en forma adecuada los artículos 282 del C. J. y 1521 del Código Civil sino que los aplicó debidamente. La última, con toda eficacia, toda vez que como los derechos heren-

ciales estaban por razón del embargo fuera del comercio, consiguientemente la venta que de ellos se hizo quedó afecta de nulidad, que es el caso del contrato de las dos hermanas Méndez.

Por los aspectos estudiados debe rechazarse el cargo.

En el mismo cargo se acusa la sentencia, "porque el sentenciador dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 43 de la ley 153 de 1887, 2652, 2673, 2674, 1967, 1968, 1871, 1873 del Código Civil", error que lo condujo a violar directamente las mismas disposiciones.

Considera la Corte:

Las normas legales aludidas no dejó el sentenciador de aplicarlas al fallar la controversia. Precisamente con fundamento en ellas proveyó en el sentido que ya viene indicado, como pasa a explicarse: a) consultando el artículo 2652 resulta que no enumera entre los actos y documentos que deben registrarse el que es materia del auto de embargo comentado. b) En ninguno de los pasajes de su fallo afirmó el sentenciador que los documentos sujetos a registro pero carentes de él prestaban mérito legal en juicio. c) El embargo comunicado al juzgado surtió efectos desde el día mismo del recibo del oficio expedido por el juez municipal fecha en que el juez de la sucesión ordenó agregarlo al expediente. d) Precisamente por razón misma de que el que cede su derecho de herencia no se hace responsable sino de su calidad de heredero, fue por lo que el Tribunal estimó que el embargo había quedado perfeccionado con el aviso al juez de la sucesión y con la agregación del mismo oficio en el proceso (artículo 1967 del C. C.). e) El artículo 1968 ibidem no pudo tenerlo en cuenta el sentenciador por su ninguna incidencia en el caso de la litis como que la disposición reglamenta lo relacionado con los frutos producidos por la cuota hereditaria que se cede. f) El 1871 prevé lo relacionado con las resultantes jurídicas de la venta de cosa ajena, y el 1873 la venta separada de una misma cosa a dos personas. g) El artículo 38 de la ley 57 de 1887 enumera los libros que debe llevar el Registrador. h) El 43 de la ley 153 de 1887 prohibe el registro de escrituras de venta cuando en los libros del Registrador conste que la cosa materia de la venta está embargada.

No está de más advertir que varias de estas normas no inciden en el cargo que se estudia, no dicen relación al caso planteado en el pleito ni con la demanda de casación, que, como se ha visto, se encamina a sostener que el embargo de los derechos hereditarios cuestionados no estaba consumado ni producía efectos cuando la ejecutada dejó transmitirlos o cederlos a título oneroso a la señora Matilde de Metke actora del recurso ante la Corte.

Los razonamientos descritos demuestran lo infundado del cargo que se estudia y cómo son de inválidos estos otros motivos aducidos por el recurrente con el fin de comprobarlo. Esta la razón por la cual debe rechazarse, como así se hace.

Segundo cargo

"El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al dar por probado que el embargo se comunicó al juicio de sucesión y que en éste se agregó el oficio respectivo".

Fundamenta el recurrente el cargo en que "las únicas pruebas al respecto fueron las copias traídas no del juicio de sucesión, sino del juicio ejecutivo de Ignacio Ramírez contra Alicia Méndez, en la segunda instancia, y si bien allí aparece copia de oficios dirigidos por el Juez de la sucesión acusando recibo de las comunicaciones sobre embargos, eso no demuestra en absoluto que evidentemente se hubieran agregado tales oficios al juicio de sucesión o se hubiera siquiera dejado una constancia precisa y detallada de los embargos en el expediente". "Eso solamente se hubiera probado trayendo copia del oficio o de la constancia que aparecieran en el propio juicio de sucesión, que cursa aún ilíquido ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá".

Las consideraciones explicadas por la Corte en los anteriores capítulos del fallo, serían por sí solas suficientes para descalificar la validez jurídica de este segundo cargo, toda vez que al examen de vista de los distintos elementos probatorios tuvo el Tribunal que objetivar que el juez del juicio en donde se decretó el embargo sí dio el aviso prescrito por el memorado artículo 282 del C. J. al juez de la sucesión en la que la ejecutada tiene vinculados los derechos hereditarios objeto del embargo; y que, este último funcionario, en cumplimiento de la disposición citada, agregó a los autos del juicio de sucesión el indicado oficio "para que allí produjera los efectos consiguientes".

En el respectivo cuaderno de pruebas se leen

las constancias oficiales de estos hechos, y como el sentenciador se limitó a anotar en la sentencia la resultante de esa realidad procesal, no pudo incurrir y no incurrió en error, menos en la calidad de manifiesto como así lo califica el recurrente. El señor apoderado incurrió, él sí, en equivocación manifiesta al formular el cargo sin dar la demostración que procedía para que él fuera atendible. Sin más consideraciones la Corte se ve en la inevitable necesidad de rechazarlo.

Tercer cargo

Error de derecho al apreciar la prueba del remate por no haberse inscrito en el Libro Segundo del Registrador como lo prevé el artículo 630 del C. J. que ordena "que el título lleve la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. No en cualquier forma".

Infundado el cargo advertido por el recurrente al final de la demanda de casación, porque al folio 6 vuelto del cuaderno principal corre la certificación del Registrador relacionada con la inscripción que hizo del remate en el libro respectivo. Al certificar el Registrador que el acta respectiva se inscribió en el libro correspondiente afirma que el registro se hizo en la forma debida. Por lo demás, que el título declarativo del remate "tenga o no la nota de haberse hecho ese registro en la forma debida" a nada conduciría porque lo que debió haber demostrado el interesado en orden a la finalidad del cargo fue que el registro no se hizo en la forma prescrita por la ley como lo afirmó el Registrador en el certificado que tuvo a la vista el Tribunal.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Burán. Juan M. Parkhs Padilla—Francisco de P. Vargas. Jorge Soto Soto, Secretario.

ERRORES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — ACUSACION POR VIOLACION DEL ARTICULO 471 DEL C. J. — ESTA DISPOSICION NO TIENE CARACTER SUSTANTIVO. — ENTREGA DE LA COSA VENDIDA

1.—El error en la apreciación de las pruebas a que se refiere la causal 1ª de casación, no consiste en apreciar o no apreciar determinada prueba, sino en tener como existente un hecho que no haya acaecido o negar la existencia de un hecho que sí ocurrió, y siempre que la prueba dejada de apreciar demuestre lo uno o lo otro; o, negarle a una prueba el valor que le asigna la ley o reconocerle un mayor valor que el que ésta le da. El primero es el error de hecho. El segundo es el error de derecho, que siempre quebranta las disposiciones legales sobre pruebas. En ambos casos se viola la ley sustantiva indirectamente cuando no se aplica, a consecuencia de los errores en que incurre el sentenciador en la labor apreciatoria de la prueba.

2.—El artículo 471 del C. J. no impone al sentenciador la obligación de relacionar todas y una a una las pruebas que se traigan al debate, sino aquellas que demuestran hechos importantes que tengan conexión con las acciones y medios de defensa que las partes hagan valer para la efectividad de sus derechos. De donde resulta que la simple omisión del Tribunal en citar en la parte motiva de la sentencia alguna prueba producida, cuando ésta no demuestra un hecho que tenga importancia en relación al punto de derecho que ha de resolverse en el fallo, no da base para invalidarlo si no se demuestra que por falta de apreciación de esa prueba el sentenciador erróneamente aceptó la existencia o no existencia de un hecho que la prueba contradice, configurándose así el error de hecho, y mediante éste, la infracción de la ley sustantiva por no aplicación o aplicación indebida. No es entonces la norma contenida en este artículo la que pueda resultar infringida por la omisión sino otras.

De otro lado el artículo 471 del C. J. no contiene una norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares o les imponga obligaciones. Esa disposición al señalar cómo deben formularse las sentencias es de carácter simplemente procedimental, por lo cual no da base para un cargo en casación.

3.—El Código Civil no exige formalidades especiales para la entrega material de una finca y basta que el comprador tome posesión de ella para que la obligación del vendedor quede cumplida, ya que el dominio se le confiere mediante el registro del título.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Gurovito Durán)

Por medio de la escritura pública número 779 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Buga el 8 de mayo de 1950, Luis Hurtado T. y Gabriel Hoyos Botero celebraron un contrato de permuta mediante el cual Hurtado transfirió a Hoyos Botero un establecimiento de café ubicado en la ciudad de Buga, en el local de la Estación del Ferrocarril de esa ciudad, y Hoyos Botero transfirió a Hurtado la mitad de unas mejoras agrícolas consistentes en cultivos de café, plátano, yuca, pastos artificiales y dos casas de habitación, todo lo cual se hallaba en un terreno conocido con el nombre de "La Judea", en jurisdicción del Municipio de Riofrío, demarcado como se especifica en la misma escritura. Además le dio la cantidad de $ 1.000.00 en dinero.

Hoyos Botero transfirió a Jesús Argemiro Henao Gómez, inmediatamente después, el establecimiento de café que recibiera de Hurtado.

Posteriormente Hurtado T., diciéndose víctima de una estafa, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Buga a Gabriel Hoyos Botero y Jesús Argemiro Henao Gómez, para que se declarara nulo, por falta de causa, el contrato de permuta

y se hicieran las demás declaraciones consecuenciales. Subsidiariamente pidió la resolución del contrato por incumplimiento del primero de los demandados.

Tramitado el juicio, el Juzgado puso término a la primera instancia por sentencia de 28 de agosto de 1952, que absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. El demandante apeló y el Tribunal decidió la segunda instancia en sentencia de fecha 20 de septiembre de 1954, confirmatoria de la del Juzgado.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el demandante recurso de casación, el que por haberle sido concedido y haberse admitido por la Corte, se procede a resolver con base en la demanda oportunamente formulada.

El recurso

Basándose en la causal primera de casación señalada en el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente alega contra el fallo:

"a) Violación de la ley sustantiva por infracción directa, a lo cual se llegó por falta de apreciación de determinadas pruebas del proceso y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de otras, omisiones y errores que aparecen de manifiesto en los autos.

"b) Violación de la ley sustantiva, aun con prescindencia de las anteriores fallas en la apreciación probatoria".

Por falta de apreciación y apreciación errónea de pruebas, el recurrente formula seis acusaciones contra la sentencia del Tribunal, que pueden resumirse así:

1.—El sentenciador omitió apreciar en sentido alguno la diligencia de inspección ocular practicada el 4 de marzo de 1953 e igualmente los testimonios recibidos durante esa diligencia y el dictamen de los peritos que actuaron en ella.

2.— El Tribunal apreció con manifiesto error de derecho el testimonio de José Manuel González.

3. Al apreciar la declaración de Manuel Antonio Londoño incurrió también el Tribunal en manifiesto error de hecho.

4.—En la apreciación del hecho octavo de la demanda incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho.

5.—Incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto al apreciar las declaraciones de Carlos Cardona y José Hoyos.

6.—Omitió el Tribunal apreciar las declaraciones de Roberto Viveros, Eduardo Becerra y Efraín Jaramillo; así como la sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá, la copia de la contestación que Luis Hurtado T. dio a una demanda y el certificado del Registrador, documentos éstos que obran en el cuaderno número dos.

Por omisión del Tribunal en la estimación de las pruebas señala el recurrente como disposición violada el artículo 471 del C. Judicial, y por la errada apreciación de la declaración de José Manuel González, el artículo 701 del mismo Código.

Considera además el recurrente que "el fallo recurrido, en cuanto confirmó el de primera instancia, que negó todas las peticiones de la demanda, violó por infracción directa y llevado a ello por los errores y omisiones en la apreciación de las pruebas que se dejan señaladas, las siguientes disposiciones de la ley sustantiva, por los conceptos que paso a expresar:

"A) El artículo 1502 del Código Civil, según el cual 'Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: ...2º, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio'. Violación que consistió en haber desobedecido el Tribunal este mandato legal negándose a declarar la rescisión del contrato materia del juicio, a pesar del vicio del consentimiento producido por el dolo del contratante Hoyos Botero.

"B) Y de la misma manera violó el Tribunal en su fallo, por infracción directa, a que llegó por el mismo camino equivocado, el artículo 1515 del Código Civil, porque disponiendo este artículo que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado, el Tribunal desobedeció este mandato legal, negándose a declarar viciado por el dolo de Hoyos Botero el consentimiento de Hurtado T. en el contrato de permuta materia del juicio, apareciendo como aparece claramente acreditado aquel dolo, en forma tal que sin él no hubiera contratado el demandante Hurtado T.

"C) Igualmente, y llegando por el mismo camino equivocado, violó el Tribunal por infracción directa el precepto del artículo 1741 —inciso tercero— del Código Civil, por cuanto disponiendo este artículo que, fuera de las causales de nulidad absoluta que en él se señalan, cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato, el Tribunal desobedeció este mandato de la ley, negándose a pronunciar la nulidad relativa y la

rescisión del contrato materia del juicio, hallándose como se halla viciado por el dolo el consentimiento del demandante.

"D) Por la misma vía equivocada y por infracción directa violó también el Tribunal el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto disponiendo este artículo que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, desobedeció tal mandato, negándose a deshacer los efectos del contrato materia del juicio, como se pidió en la demanda.

"E) Igualmente y llevado por los mismos errores y omisiones que se dejan señalados, violó el Tribunal el precepto del artículo 1748 del Código Civil, por cuanto disponiendo este artículo que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, desobedeció este mandato legal confirmando el fallo que negó todas las súplicas de la demanda, entre las cuales se encuentra la que corresponde al ejercicio de la acción reivindicatoria contra el demandado José Argemiro Henao Gómez, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato materia del juicio.

"F) El artículo 1524 del Código Civil, en su contenido que se deja señalado, por cuanto el Tribunal no desconoció la existencia legal del contrato materia del juicio, a pesar de la irrealidad de su causa para el contratante Hurtado T.

"G) El artículo 1741 del Código Civil, de conformidad con el cual produce nulidad absoluta la falta de causa, toda vez que se trata de un requisito exigido para la validez del acto o contrato en consideración a su naturaleza, y no a la calidad o estado de las partes. El Tribunal desobedeció en su fallo este mandato legal, absteniéndose de declarar la nulidad absoluta del contrato materia del juicio, a pesar de la carencia de causa real para el demandante, como se pidió en la demanda.

"H) Y consecuencialmente se violaron por el Tribunal los artículos 1745 y 1748 del Código Civil, en su contenido ya señalado, al confirmar la sentencia de primera instancia, que negó todas las súplicas de la demanda, entre las cuales se hallaban las referentes a la restitución de las cosas al estado anterior, como si el contrato no se hubiera celebrado, y a la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor de lo que Hoyos Botero recibió con causa en el mismo contrato.

"I) El artículo 1546 del Código Civil, porque preceptuando este artículo que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y habiéndose probado que el contratante Hoyos Botero no cumplió su obligación de transferir a Luis Hurtado T. la propiedad de los bienes objeto de la prestación a su cargo, el Tribunal desobedeció este precepto al no declarar la resolución del contrato de que se trata.

"J) El artículo 1544 del mismo Código, porque disponiendo este artículo que 'cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido bajo tal condición' y no habiéndose ordenado tal restitución al confirmarse por el Tribunal el fallo de primera instancia, a pesar de aparecer cumplida la condición resolutoria de que se trata, se desobedeció de ese modo el mandato legal que acaba de citarse".

Estudio de los cargos

Primer cargo

Se hace consistir en que el Tribunal sentenciador omitió apreciar en sentido alguno la diligencia de inspección ocular practicada el 4 de marzo de 1953, cuya acta obra a los folios 17 v. y siguientes del cuaderno número 7, y no consideró los testimonios recibidos durante esa diligencia ni el dictamen de los peritos que actuaron en ella.

Para sustentar este cargo dice el recurrente que basta leer el fallo para ver que el Tribunal guardó silencio acerca de este elemento de prueba, siendo como es elemento decisivo para decidir sobre las acciones ejercitadas en la demanda. Más adelante, al hacer el examen del acervo probatorio, dice:

"En la diligencia de inspección ocular practicada por Juez comisionado en la segunda instancia quedó plenamente acreditado que ni Pastora Jaramillo, ni su pretendida heredera Lucía Jaramillo, ni Gabriel Hoyos Botero, ni Carlos E. Cardona Angel, ni Luis Hurtado T., habían estado en posesión de las plantaciones, cultivos y edificaciones existentes en el predio 'La Judea', ni de parte alguna de ellas, ni fueron jamás reputados como dueños de tales plantaciones, en todo ni en parte. Muy especialmente se destaca este hecho en las declaraciones de Miguel A. Gaviria, Ricardo Londoño Hurtado, Pedro Jaime Valencia y

Luis Aníbal Betancourt, recibidas dentro de la diligencia de inspección ocular y que hacen parte integrante de ésta".

Al anotar la omisión del Tribunal en la apreciación de la inspección ocular, expone el recurrente su concepto de que "la falta de apreciación de determinado elemento de prueba no necesita calificativo de error de hecho o de derecho cuando el Tribunal sentenciador no expresa razón alguna para abstenerse de apreciarlo. La omisión tiene entonces ocurrencia autónoma, sin que sea del caso entrar a calificar la clase de error de apreciación que ella entraña, precisamente porque no hubo apreciación de la prueba en sentido alguno. Tal calificación debe hacerse cuando la prueba fue apreciada en uno u otro sentido, más no cuando dejó de apreciarse, sin expresar las razones de tal omisión".

Pero no muy seguro de su teoría, advierte luego que para el caso improbable de que la Corte lo entienda de otra manera, señala la omisión en referencia como error de derecho consistente en haberse pasado en silencio la prueba, contrariando así la norma de derecho de que todas las pruebas que hacen parte del proceso, muy especialmente las que puedan influir en la decisión final, deben ser materia de apreciación en el fallo, norma que se encuentra en el artículo 471 del C. Judicial, según aclara al final de su escrito de demanda. Y todavía no muy seguro de esto, tres días después de presentada la demanda, la adicionó para, entre otras cosas, calificar la omisión del Tribunal como "error de hecho y de derecho, por cuanto el hecho de no haber sido apreciadas las pruebas entraña desconocimiento del valor que les asigna la ley procesal".

Se considera:

Es verdad que el fallo del Tribunal no hace referencia alguna a la inspección ocular practicada dentro de la segunda instancia por medio del Juez comisionado, pero no por ello incurrió el Tribunal en error, ya que no dio como probado un hecho que con esa diligencia de inspección ocular se demuestre que no existió o al contrario que negara la existencia de un hecho que la referida diligencia comprueba en forma evidente. El error no consiste en apreciar o no apreciar determinada prueba, sino en tener como existente un hecho que no haya acaecido o negar la existencia de un hecho que sí ocurrió, y siempre que la prueba dejada de apreciar demuestre lo uno o lo otro; o, negarle a una prueba el valor que le asigna la ley o reconocerle un mayor valor que el que ésta le da. El primero es el error de hecho. El segundo es el error de derecho, que siempre quebranta las disposiciones legales sobre pruebas. En ambos casos se viola la ley sustantiva indirectamente cuando no se la aplica, a consecuencia de los errores en que incurre el sentenciador en la labor apreciatoria de la prueba.

En la demanda se solicitó la declaración de nulidad del contrato de permuta por falta de causa, consistente en que el demandado Hoyos Botero no era dueño ni poseedor de las mejoras agrícolas que dijo transferir a Hurtado T. El Tribunal consideró que el demandante no había demostrado que Hoyos Botero con anterioridad al otorgamiento de la escritura de permuta y en el momento de la transferencia del derecho de propiedad sobre las mejoras de "La Judea" no fuera titular de él, ni menos que esos bienes fueran fantásticos, inexistentes. A su vez el recurrente dice que en la diligencia de inspección ocular que no apreció el Tribunal quedó plenamente demostrado que ni los antecesores de los cuales dijo derivar su derecho Hoyos Botero, ni éste, habían estado en posesión de las mejoras agrícolas de "La Judea", ni fueron jamás reputados como dueños de tales plantaciones. Debe, pues, examinarse el contenido de la diligencia de inspección ocular aludida, para establecer si de ella resulta la prueba de que habla el recurrente.

Esa diligencia fue practicada por el Juez Municipal de Riofrío, comisionado por el Tribunal y en ella, luego de su encabezamiento, nombramiento de su secretario ad-hoc y de peritos por no haber concurrido los designados de las partes, y dar posesión a los nombrados, se lee lo siguiente: "De acuerdo con el punto primero del memorial de pruebas del demandante, señor Luis Hurtado T., se ha recorrido por su situación y linderos el predio conocido con el nombre de "La Judea", y cuya extensión superficiaria, por lo que se puede apreciar personal y directamente por el personal de la diligencia, es de setenta (70) plazas, más o menos. Se compone de cultivos agrícolas de plátano, café, éstos en producción, pastos de yaraguá, y un pequeño cultivo de yuca, en dos plazas más o menos; y una (1) casa de habitación, levantada sobre paredes de embutido, enlucida, techos de teja de barro cocido, pisos de madera, de dos (2) piezas hábiles, corredores y cocina, de buen estado de servicio. Respecto de los linderos generales de este inmueble, son los

siguientes: Norte, con propiedad de la viuda del señor Marcos Cano, señora Carmen Sánchez v. de Cano; Occidente, propiedad de Nicasio Osorio, hasta la quebrada denominada "La Culebra", esto en parte, en otra parte por el mismo lindero occidente con propiedad de Bibiano Patiño; Sur, propiedades de Lolo Castillo, Emilia Betancourt v. de Betancourt; y, Oriente, propiedad de Antonio Loaiza, Jesús Gaviria y Toto Martínez. Dada la situación del inmueble aquí relacionado por sus anexidades, dependencias, componentes, etc., el Juzgado y los peritos, concluyen que sí es el mismo de que trata la demanda ordinaria de fecha primero (1º) de junio de mil novecientos cincuenta (1950) presentada por el señor Luis Hurtado T. demandante, contra el señor Gabriel Hoyós, demandado, ante el Juzgado Civil del Circuito de Buga (Valle), y la cual se encuentra inserta en el despacho número ochenta y cuatro (84) procedente del Tribunal de Buga, y que es materia de la presente diligencia, la cual se ha leído y estudiado para esta conclusión afirmativa. Es igualmente cierto, que la propiedad de "La Judea", donde se cumple esta diligencia, es la misma igualmente denominada "La Merced", y a la cual se refiere también esta comisión. De ello tienen igualmente conocimiento personal y directo los señores Ricardo Londoño Hurtado, Isidoro Duque, Miguel A. Gaviria y Pedro Jaime Valencia, mayores de edad, de este vecindario, y de quienes adelante se dejará su constancia por testimonio escrito, los cuales están presentes en este acto.

Al punto 2)—De la comisión de autos, se contesta así: Por el conocimiento personal y directo que tuvieron y tienen los señores antes nombrados, de la señora Inés González v. de Jaramillo, y quien es esposa hoy día del señor Juan Londoño, y de sus menores hijos Sonia y Jairo Jaramillo, son las personas y han sido los únicos poseedores reales y materiales del referido predio rural de "La Judea", donde se cumple la presente comisión, y que hace parte integrante del predio también conocido con el nombre de "La Merced", sin que en él, como también lo informa el personal de esta diligencia las personas citadas, lo mismo que el señor Luis Aníbal Betancourt, aquí presente, hayan o se haya conocido otros dueños que a los herederos del señor Francisco Jaramillo, después de fallecido éste, y en vida de él, únicamente él, Jaramillo —como poseedor real y material del aludido predio—. Dentro del mencionado predio de "La Judea", se constató, y así igualmente lo informan al personal de esta diligencia todas y cada una de las personas aquí presentes, que no existen ni han existido otros dueños de él a título de poseedores y dueños, sino los herederos del tantas veces nombrado señor Francisco Jaramillo, señora Inés González v. de Jaramillo y sus hijos, y antes del fallecimiento de su esposo, éste. Igualmente se estableció en esta diligencia, y a solicitud del señor Víctor M. Salazar, vocero del apoderado del demandante, lo siguiente: 1º Que es absolutamente cierto, que la casa de habitación arriba citada, fue construída personal y directamente, desde hace más de quince (15) años, más o menos, por el señor Antonio Londoño, a quien las personas aquí presentes y cuyos nombres se dejan antes citados, también conocieron en este lugar personal y directamente, construcción que levantó por cuenta y orden del señor Francisco Jaramillo, en su carácter de dueño del predio de "La Judea". — 2º Asimismo se estableció, previa investigación que aquí se hizo, que es absolutamente cierto, que el señor Luis Hurtado T., aquí presente, y quien es el demandante de autos, nunca ha sido conocido como poseedor o dueño de todo o parte de los enunciados predios "La Judea" y "La Merced", donde esta diligencia se cumple. — 3º Es igualmente cierto, que se constató, con el personal aquí citado, que la señora Pastora Jaramillo, estuvo en esta finca de "La Judea", traída por el señor Francisco Jaramillo, quien como su hermano la trajo a este lugar, protegiéndola y auxiliándola en todo sentido de orden moral y económico, facilitándole al efecto vivienda y alimentación, sin que en ningún momento aquélla se considerara dueño del enunciado predio"...

Según el artículo 724 del C. J., la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate. Y el artículo 730 del mismo Código dispone que "El acta de inspección ocular 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 aprecian conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos".

Los hechos y circunstancias observados por el Juez en la diligencia de que se trata, se reducen a lo siguiente: a) Que la extensión superficiaria del predio "La Judea" es de 70 plazas más o me-

nos: b) Que existen cultivos agrícolas de plátano, café, pastos, un pequeño cultivo de yuca y que también hay en ese predio una casa; c) Que constatados sus linderos, el Juzgado y los peritos concluyen que sí es el mismo de que trata la demanda inicial de este juicio. Como se ve, ninguno de estos hechos observados por el Juez contradice lo dicho por el Tribunal sobre que el demandante no demostró que Hoyos Botero no fuera antes y en el momento de la permuta dueño de las mejoras agrícolas que transfería ni que esos bienes fueran fantásticos o inexistentes. Todo lo contrario, lo observado por el Juez demuestra que en el predio "La Judea", cuya extensión superficiaria es de 70 plazas más o menos, existen cultivos agrícolas, observación que debe tenerse en cuenta, porque el derecho que dijo tener el contratante Hoyos Botero se relaciona con mejoras agrícolas.

Luego de referirse a los hechos anotados y que fueron los únicos observados directamente, el Juez alude a otros con base en lo declarado por los testigos que el demandante presentó para que fueran examinados en la diligencia, algunos de los cuales son contradictorios, como estos: Dice primero: "Es igualmente cierto que la propiedad 'La Judea', donde se cumple esta diligencia, es la misma igualmente denominada 'La Merced'. Después dice: 'Por el conocimiento personal y directo que tuvieron y tienen los señores antes nombrados, de la señora Inés González v. de Jaramillo, y quien es esposa hoy del señor Juan Londoño, y de sus menores hijos Sonia y Jairo Jaramillo, son las personas y han sido los únicos poseedores reales y materiales del referido predio rural de 'La Judea' donde se cumple la presente comisión, **y que hace parte integrante del predio también conocido con el nombre de La Merced**'".

En cuanto a las declaraciones de los testigos que deponen en la misma diligencia, se observa: Ricardo Londoño Hurtado, afirma que los únicos dueños y poseedores del predio "La Judea" en veinticuatro años que hace que la conoce, son Francisco Jaramillo y sus herederos. Miguel A. Gaviria y Luis Aníbal Betancourt, indican como propietarios del terreno a Francisco Jaramillo y sus herederos. Pedro Jaime Valencia sólo conoció la finca diez meses antes de la diligencia y nada le consta. De suerte que los testigos hablan solamente de que Francisco Jaramillo y sus herederos son los propietarios del terreno, pero nada dicen sobre la propiedad de las mejoras o cultivos, que es de lo que trata el juicio, porque lo transferido por Hoyos Botero a Hurtado fue un derecho sobre mejoras, no sobre el terreno en que estaban fundadas.

Como ni las observaciones del Juez ni lo dicho por los testigos en la inspección ocular demuestran hechos contrarios a los deducidos por el Tribunal con base en las demás probanzas, no incurrió en error por no apreciar tal diligencia, ni pudo infringir el art. 471 del C. J., porque éste no impone al sentenciador la obligación de relacionar todas y cada una de las pruebas aducidas al juicio, ni contiene una norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares o les imponga obligaciones. Esa disposición señala cómo deben formularse las sentencias y es, por tanto, de carácter simplemente procedimental, por lo cual no da base para un cargo en casación.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Se hace consistir este cargo en que el Tribunal apreció con manifiesto error de derecho el testimonio de José Manuel González, con violación del artículo 701 del Código Judicial.

Para sustentarlo dice el recurrente que este testigo se contradijo notablemente en su declaración sobre el hecho principal materia de ella. Transcribe el párrafo en que la sentencia cita a González y las partes de su declaración que en concepto del recurrente son contradictorias. Y agrega:

"Se refiere aquí el testigo a Pastora Jaramillo, según principia su relato en esta parte de la declaración. Y entonces aparece manifiesta la contradicción del testigo cuando primero afirma que los únicos poseedores materiales del predio "La Judea" fueron Francisco Jaramillo y esposa, pues fuera de ellos no conoció a otros cultivadores, y después dice en la misma declaración que Pastora Jaramillo estuvo en posesión de "La Judea" durante mucho tiempo.

"De conformidad con el artículo 701 del Código Judicial no hace fe el dicho de un testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes.

"Con infracción de este precepto legal, el Tribunal apreció y contabilizó el testimonio de José Manuel González como prueba de la posesión que de manera inexacta se dice haber tenido Pastora Jaramillo en el predio 'La Judea'. Incurrió así en

manifiesto error de derecho en la apreciación de dicho elemento de prueba.

"Pero en el caso improbable de que no se encontrare tal contradicción en el testimonio que se examina, deberá estarse a lo más claramente dicho en la primera parte de la declaración, cuando afirma el testigo que no conoció más poseedores de 'La Judea' que Francisco Jaramillo y su esposa, y no a lo que de manera vaga dice en la última parte. Y en tal evento, el Tribunal incurrió en error de hecho, que alego en subsidio, al contabilizar este testimonio como prueba de la posesión de Pastora Jaramillo, siendo así que el testigo afirma que no conoció más poseedores que Francisco Jaramillo y su esposa".

Se considera:

La declaración del testigo José Manuel González, cuyo testimonio encuentra el recurrente contradictorio, obra al folio 25 v. del cuaderno sexto, y dice en su parte pertinente:

"Punto b): Conocí hace por lo menos diez y seis años tanto al señor Francisco Jaramillo como a su esposa legítima Inés González v. de Jaramillo, y también a sus hijos menores Sonia y Jairo Jaramillo González, e igualmente conozco la finca que se conoce con el nombre de 'La Merced', de la cual hace parte el predio 'La Judea', en jurisdicción de Riofrío (Valle), corregimiento de Salónica, de donde yo fui vecino por espacio de catorce años, pues apenas hará dos que me retiré de esa región y me pasé a vivir a Tuluá. Por tal conocimiento personal que tengo de los hechos, me consta y estoy en capacidad de declarar que los únicos dueños propietarios y poseedores materiales de ese predio son los citados Francisco Jaramillo y esposa y que dentro de ese predio no he conocido yo a otros cultivadores distintos de los ya citados. Punto c): Esta pregunta no se refiere a mi persona, ni me consta nada al respecto. Punto d): Por haber vivido en la región de Salónica por espacio de catorce años, me consta que Lucía Jaramillo, a quien conozco, es hija natural de Pastora Jaramillo, y ha sido y actualmente debe ser, una vida de licenciosa vida (sic), de pésima conducta social y familiar, es decir, una libertina, andariega y nunca ha tenido posesión alguna de la citada finca 'La Judea', pues más bien la madre, o sea Pastora, sí estuvo en posesión y vivió en dicha finca 'La Judea' mucho tiempo".

Al leer con cuidado la anterior declaración se observa que el testigo en el punto b) se refiere a la finca denominada "La Merced", y que en el punto d) alude al predio "La Judea". Así, lo que el testigo afirma es que los únicos dueños propietarios y poseedores materiales de "La Merced" son Francisco Jaramillo y su esposa, y que Pastora Jaramillo estuvo en posesión y vivió mucho tiempo en "La Judea".

Conviene anotar que según el certificado del Registrador de Tuluá (fl. 21 v. cuaderno 2º), en la sucesión de Francisco Jaramillo C. se adjudicó a Inés González v. de Jaramillo, Sonia y Jairo Jaramillo González, en común y proindiviso, la finca agrícola denominada "La Merced", ubicada en el Corregimiento de Salónica, Municipio de Riofrío, "Con cabida de setecientas dieciocho plazas, de las cuales trescientas están ocupadas por colonos y las trescientas cincuenta y ocho restantes están mejoradas con cuatro casas de habitación y varios cultivos".

Conocido lo anterior, puede darse crédito al testigo José Manuel González cuando dice que conoce la finca denominada "La Merced", de la cual hace parte el predio "La Judea" y que la finca "La Merced" pertenece y ha estado poseída por Francisco Jaramillo y esposa, porque debe entenderse que se refiere a la parte no ocupada por colonos, y también cuando dice que Pastora Jaramillo estuvo en posesión y vivió en "La Judea" mucho tiempo, porque lo uno no excluye lo otro. Considerándolo así fue como el Tribunal citó este testigo entre los que concurren a acreditar el derecho de Pastora Jaramillo.

Carece, pues, de razón el recurrente al imputar error al Tribunal en la apreciación del testimonio de José Manuel González, por lo cual se rechaza el cargo.

Tercer cargo

En tercer lugar acusa el fallo por error de hecho en la apreciación del testimonio de Manuel Antonio Londoño, cuando lo relaciona entre los que concurren a acreditar la posesión de Pastora Jaramillo sobre el predio "La Judea", siendo lo evidente que dicho testigo no afirma tal posesión, sino todo lo contrario".

Para sustentarlo transcribe el recurrente dos partes de la declaración de este testigo, hace un análisis del testimonio y se pregunta cómo puede decirse que un testigo afirma posesión de determinada persona sobre una finca cuando declara que esa persona fue llevada allí por el due-

ño del terreno para protegerla y que siempre reconoció a éste como propietario o dueño de la finca.

Finalmente dice que si la Corte estimare que no hay contradicción en la declaración del testigo, alega un subsidio error de derecho del Tribunal en la apreciación de esta prueba, con violación del artículo 701 del Código Judicial.

Se considera:

Dijo el testigo en su declaración: "Punto b): Conozco hace alrededor de unos diez y ocho o veinte años al señor Francisco Jaramillo (ya finado), lo mismo a su esposa Inés González v. de Jaramillo y a los hijos menores Sonia y Jairo Jaramillo, lo mismo la finca, e igualmente la finca llamada 'La Merced', de la cual hace parte el predio 'La Judea', ubicada en el corregimiento de Salónica, Municipio de Riofrío, de donde yo fui vecino un tiempo y tuve una finca en esa región. Es verdad y me consta por el conocimiento personal que tengo de ello, que los únicos propietarios de la citada finca ha sido la precitada familia de don Francisco Jaramillo, desde en vida de éste, pues allí no he visto ninguna otra persona distinta como cultivador o propietario, a excepción de la hermana de don Francisco llamada Pastora, pero ignoro en qué condiciones quedó ella viviendo allí mucho tiempo después de la muerte de aquél. Punto c): Es verdad y me consta que a mí me tocó edificar, por cuenta del finado Francisco Jaramillo, quien suministró los materiales y me pagó el trabajo (una parte en dinero y otra en una mula que le recibí), la casa de habitación que existe en La Judea, casa a la cual el finado llevó a vivir hace como diez años su hermana Pastora, para protegerla y facilitarle lo necesario para la subsistencia, pero yo no sé en qué condiciones quedó ella en dicha finca a la muerte de Francisco Jaramillo. Estaba sin terminar la casa cuando Pastora la ocupó, pero ésta reconoció siempre a Francisco como propietario o dueño de esa finca".

El Tribunal en su fallo no afirma que Pastora Jaramillo tuviera la propiedad o la posesión del predio "La Merced" o de parte de éste sino de unas mejoras existentes en "La Judea", predio éste, que al decir de algunos de los testigos, entre ellos Londoño, hace parte de la finca primeramente nombrada. En efecto, dice el Tribunal:

"Téngase en cuenta que lo vendido por Hoyos Botero a Hurtado T. fue simplemente un derecho sobre mejoras, no sobre el terreno en que están fundadas, y que como trescientas plazas del predio 'La Merced' se tiene conocimiento que están ocupadas por colonos.

"Frecuentemente las gentes pobres persiguen las tierras labrantías, no importa qué sean ajenas, y allí logran plantar su vivienda y sembrar lo que ha de proporcionarles el sustento, convirtiéndose en verdaderos colonos cuya posesión es digna de respeto y protección. Así, bien pudo ser Pastora Jaramillo, de quien se derivaba el derecho de propiedad de Hoyos Botero en el momento de transferirlo a Hurtado, uno de esos poseedores, y ello se deduce de los testimonios de José Manuel González, Enrique Espinosa y Manuel Antonio Londoño, rendidos en esta segunda instancia".

El Tribunal, como se ve, cita el testimonio de Manuel Antonio Londoño entre los que relacionan hechos de los cuales se infiere que Pastora Jaramillo pudo ser una de las personas que cultivaban parte de la finca "La Merced" de la que se tiene conocimiento que casi la mitad estaba ocupada por colonos. Y esa deducción del Tribunal tiene fundamento en el dicho del testigo, porque al decir éste que la finca pertenece a la familia de Francisco Jaramillo "pues allí no he visto ninguna otra persona distinta como cultivador o propietario, a excepción de la hermana de don Francisco llamada Pastora", está afirmando que a ésta sí la vio como cultivadora y propietaria. Agrega el testigo que Pastora continuó viviendo mucho tiempo allí después de la muerte de Francisco Jaramillo, aun cuando no sabe "en qué condiciones quedó ella en dicha finca a la muerte de Francisco Jaramillo". Dice que Pastora fue llevada a la finca por su hermano Francisco para protegerla y que aquélla reconoció siempre a éste como propietario o dueño de esa finca, pero esta aseveración en nada desvirtúa la deducción del Tribunal, puesto que, como lo anota el fallador, lo vendido por Hoyos Botero a Hurtado T. fue simplemente un derecho sobre mejoras, no sobre el terreno en que están fundadas y entonces la propiedad que se atribuye a Pastora Jaramillo, de quien derivaba su derecho Hoyos Botero, era sobre lo mismo, es decir sobre plantaciones o mejoras y no sobre el terreno.

Carece, por tanto, de fundamento el cargo, porque el recurrente lo relaciona con la posesión del predio "La Judea" cuando el Tribunal se refiere a la posesión de unas mejoras. Y como el Tribunal no incurrió en error al apreciar el testimonio

de Manuel Antonio Londoño en el sentido en que lo hizo, se rechaza el cargo.

Cuarto cargo

Este cargo lo formula así el recurrente: "Incurrió también el Tribunal en manifiesto error de hecho al apreciar como prueba de la posesión de Gabriel Hoyos Botero en la finca 'La Judea', lo que dice el demandante por medio de su apoderado al relatar el hecho 3º de la demanda".

Para sustentar este cargo el recurrente transcribe parte de la sentencia, el hecho octavo de la demanda, niega que el demandante haya afirmado "rotundamente" que la acción judicial a que se refiere fuera la de reivindicación encaminada a recuperar "La Judea", dice que sólo en la imaginación del Tribunal estuvo tal afirmación rotunda, que es patente el error del Tribunal en la apreciación de este pasaje de la demanda y que "siendo equivocada la apreciación de esa prueba es equivocada la conclusión que de allí saca el Tribunal".

Se considera:

Aun cuando el recurrente no cita en este cargo las disposiciones legales que hubieran podido ser infringidas por el Tribunal, dado que en su demanda señala los preceptos que a su juicio quebrantó el fallo al no declarar la nulidad pedida, se entiende que se refiere a esas disposiciones y se estudia el cargo.

Dijo el Tribunal: "Además, no puede pasarse por alto el hecho de que el copropietario de las mejoras 'La Judea', señor Carlos Cardona Angel, declaró que en verdad él vendió su derecho a la citada señora Inés González v. de Jaramillo, por ser ella la propietaria del terreno donde están plantadas. Por otra parte, el mismo demandante Hurtado ha afirmado rotundamente (hecho 3º de la demanda) que los poseedores inscritos del predio 'La Merced' tienen demandados a Gabriel Hoyos Botero y Carlos E. Cardona Angel, ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá, en acción reivindicatoria encaminada a recuperar 'La Judea'. Esto nos dice claramente que Hoyos Botero sí era poseedor de la mitad de las mejoras de 'La Judea' cuando las transfirió a Hurtado. La acción reivindicatoria se dirige, precisamente, contra el poseedor".

El hecho octavo de la demanda, que cita el anterior pasaje del fallo, dice textualmente:

"Octavo.—Como consecuencia de estos hechos, en el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá se ha iniciado la correspondiente acción judicial contra Gabriel Hoyos Botero, Carlos Enrique Cardona Angel y mi mandante Luis Hurtado T., ejercitada por los poseedores inscritos del inmueble señora Inés González v. de Jaramillo, Jairo y Sofía Jaramillo G."

Es verdad que en el hecho de la demanda que se acaba de transcribir no dice el demandante que se hubiera ejercitado la acción reivindicatoria encaminada a recuperar 'La Judea', pero lo que interesa saber es si con base en la demanda y demás pruebas existentes en el juicio el Tribunal dio como establecido un hecho que esas pruebas no demuestren, pues entonces habría incurrido en el error de hecho que se le imputa. El demandante en el punto octavo de la demanda sólo dice que los poseedores inscritos del inmueble han iniciado ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá la correspondiente acción judicial contra Hoyos Botero, Cardona Angel y Hurtado T. Debe advertirse que en los hechos anteriores al octavo el demandante se refiere al predio o lote 'La Judea' y que por tanto en este hecho octavo alude al mismo predio o lote 'La Judea'. Ahora bien, el apoderado del demandante solicitó que se librara despacho al señor Juez Civil Primero del Circuito de Tuluá a fin de que con vista en el juicio ordinario reivindicatorio establecido por el doctor Próspero Cardona, como apoderado de la señora Inés González v. de Jaramillo, contra los señores Gabriel Hoyos Botero, Carlos Enrique Cardona Angel y Luis Hurtado, expidiera copia de varios documentos. La solicitud del apoderado fue atendida y a los folios 12 y siguientes del cuaderno 2º obran las copias solicitadas, que comprenden la demanda inicial del referido juicio, la adición a la demanda, las notificaciones de ésta, las contestaciones a la misma, la sentencia del Juzgado, sus notificaciones y el auto que declara ejecutoriada la sentencia. Del memorial de pruebas y de las copias allegadas por el apoderado del demandante, resulta claro y demostrado que la acción judicial que inició y adelantó la señora Inés González por sí y en representación de sus hijos Sonia y Jairo Jaramillo contra Hoyos Botero, Cardona Angel y Hurtado T. fue la reivindicatoria encaminada a recuperar "La Judea".

De esta suerte, es evidente que el Tribunal no dio como existente un hecho que no estuviera demostrado con las probanzas del juicio, y la cir-

cunstancia de que no hubiera aludido a las otras que se relacionan con el hecho no implica error capaz de invalidar el fallo.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Quinto cargo

El recurrente acusa el fallo del Tribunal por error de hecho consistente en haber apreciado los testimonios de Carlos Cardona y José Hoyos como prueba de la entrega material de las mejoras 'La Judea' efectuada por Hoyos Botero a Hurtado T.

Considera que en las declaraciones de estos testigos no se hace relación detallada de hechos en virtud de los cuales el permutante Luis Hurtado T. hubiera quedado en posesión material efectiva de las plantaciones de café, plátano, yuca, postes artificiales y casa, en la proporción en que Hoyos Botero declara poseerlas en comunidad con Carlos E. Cardona. Encuentra el recurrente que los testigos se refieren a manifestaciones de palabra entre las personas que fueron a "La Judea" con el propósito de hacer la entrega, pero que no dicen que se recorrió la finca por sus linderos, señalando una a una las plantaciones, los cultivos, ni que a continuación de aquel acto quedara Hurtado T. en posesión material y efectiva de las mejoras. Y agrega:

"Y la entrega material de una cosa, especialmente si es un inmueble, como lo son las plantaciones, sementeras, cultivos y edificaciones, no se consuma con la sola manifestación de palabra que una de las partes hace a la otra. Es indispensable para ello que real y efectivamente, quien dice recibir entre en posesión o en tenencia efectivas, según el caso, del respectivo bien. Sólo así podrá decirse que hubo entrega real y material por una de las partes a la otra".

Se considera:

Al estudiar la petición de resolución del contrato por incumplimiento, dijo el Tribunal: "Con las declaraciones de Carlos Cardona y José Hoyos, aducidas por el demandado y que no fueron desvirtuadas por el demandante, se ha probado que la entrega material de las mejoras 'La Judea' sí se llevó a efecto por el vendedor Hoyos Botero, y, si esto fuera poco, está la propia declaración del adquirente Hurtado, cuando en la misma escritura número 779 de 8 de mayo de 1950, hizo constar que desde ese momento entraba en posesión de los derechos transferidos sobre esos bienes. Verdad es que no habló de posesión material, pero se entiende que se refería a la de tal calidad, pues la inscrita sólo se adquiere con la inscripción del título".

Basta leer las declaraciones de Carlos Cardona y José Hoyos para concluir, sin lugar a dudas, que la entrega material de las mejoras de que se trata se llevó a cabo y que el Tribunal no incurrió en error al considerar ese hecho demostrado con esos testimonios.

Dice el testigo Carlos Cardona: "...Es cierto y puedo afirmarlo que el día ocho (8) de mayo de 1950, fui con el señor Luis Hurtado en el automóvil del señor Francisco Barona, hacia la población de Riofrío, Corregimiento de Salónica, con el fin de entregar al señor Luis Hurtado, antes nombrado, unas mejoras que había permutado con el señor Gabriel Hoyos, y también a ver la parte que tenía yo en la misma propiedad. Al punto tercero contestó: Me consta de manera personal que el señor Luis Hurtado, recibió de manos del señor Agustín Atoy, las mejoras que le vendió el señor Gabriel Hoyos Botero, las cuales están en el nombrado Corregimiento de Salónica y también recibió algunos elementos que había en la finca mencionada por medio de inventario, habiéndole recomendado el señor Agustín Atoy que consiguiera unas mulas para llevar una carga de Tuluá para las susodichas mejoras. También manifestó al mismo señor Agustín Atoy que lo esperara en Tuluá para que le ayudara al transporte de la carga. En la propiedad de 'La Judea' dijo don Luis Hurtado a Agustín Atoy, nuestro mayordomo, que le guardara el revólver. Esto me consta porque yo era dueño de una parte de dichas mejoras y estuve presenciando la entrega y todas las diligencias hechas en la permuta celebrada entre Luis Hurtado y Gabriel Hoyos Botero".

El testigo José Hoyos dijo: "...Es verdad que yo en compañía del señor Carlos Cardona y Luis Hurtado, el día 8 de mayo de 1950, me trasladé en el carro del señor Francisco Barona, al municipio de Riofrío, corregimiento de Salónica, con el fin de entregar al señor Hurtado, antes nombrado, unas mejoras agrícolas ubicadas en el citado corregimiento de Salónica, las cuales había permutado con el señor Gabriel Hoyos Botero por un establecimiento de café en esta ciudad. Yo iba como comisionado por el señor Gabriel Hoyos Botero para hacer tal entrega. Al punto tercero contestó: Nosotros llegamos a la finca denominada 'La Judea', donde se encontraba el señor Agustín Atoy, quien desempeñaba el cargo

de mayordomo de los señores Carlos Cardona y Gabriel Hoyos Botero y el señor Hurtado exigió al nombrado señor Atoy, le hiciera entrega de lo que había, por cuanto había hecho un negocio con Gabriel Hoyos Botero, y ya era socio de don Carlos Cardona en las mejoras. A mí personalmente, de mi puño y letra, me tocó hacer el inventario de lo que existía en la fonda y demás elementos que existían allá, inventario que hice por duplicado con el fin de entregarle una copia a don Carlos Cardona y otra a don Luis Hurtado. Don Luis Hurtado procedió en seguida a solicitarle a Atoy que lo informara sobre lo que él debía a la compañía de Hoyos y Cardona, para saber que lo que le debía a Hoyos, se lo quedaba debiendo a él. El señor Atoy no quería en un principio hacer entrega de los elementos y de las mejoras, pero en vista de la carta que yo llevaba del señor Gabriel Hoyos en que me comisionaba a mí para que hiciera la entrega, accedió a ello y el señor Hurtado insinuó a Atoy que se quedara allí que ahora iba a trabajar por cuenta de él. También le manifestó que le mandara a cobrar a Gabriel Hoyos por medio de una carta lo que le debía de gastos que había hecho en la finca hasta ese día que figuraba como agregado de Hoyos, inclusive la parte que le correspondía por la rotura del documento que le tenía, habiéndome tocado a mí hacer la carta de mi puño y letra, la cual fue redactada en su mayor parte por el señor Luis Hurtado y firmada por Agustín Atoy. Cuando ya hicimos todo, por la noche Atoy y el señor Hurtado se pusieron a hacer proyectos para subir surtido y surtir la fonda. Autorizó el señor Hurtado a Atoy para que consiguiera los fletes y que lo esperaba el lunes en Tuluá para comprar $ 4.000.00 en surtido: que don Carlos Cardona ponía $ 2.000.00 y Hurtado $ 2.000.00 y que le bajara el caballo de don Carlos para subir".

Testigos como los anteriores que dan razón de su dicho y concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba sobre el hecho que relatan. La entrega material de las mejoras que transfirió Hoyos Botero a Hurtado se cumplió formalmente, mediante los actos que indican los testigos cuyas declaraciones quedan transcritas. El Código Civil no exige formalidades especiales para la entrega material de una finca y basta que el comprador tome posesión de ella para que la obligación del vendedor quede cumplida, ya que el dominio se le confiere mediante el registro del título.

No incurrió, pues, el Tribunal en error al apreciar los testimonios de Cardona y Hoyos como prueba de la entrega material de las mejoras, y, de consiguiente, tampoco prospera este cargo.

Sexto cargo

El Tribunal omitió apreciar, sin expresar las razones de tal omisión, "la declaración del testigo Roberto Viveros (fl. 27 y v. C. número 2º); las declaraciones de Eduardo Becerra y Efraín Jaramillo (fls. 8 y 10 del último cuaderno); la copia de la sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá que obra a fls. 16 a 19 del cuaderno 2º; la copia de la contestación de una demanda por el señor Luis Hurtado T. que obra al fl. 15 del mismo cuaderno, y el certificado de registro visible a fls. 21 v., 22 y 23 del mismo cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia".

Para sustentar este cargo dice únicamente el recurrente: "Como lo dije atrás, no habiéndose expresado razón alguna para omitir la apreciación de estas pruebas, la sola omisión, sin calificativo, opera sus efectos en relación con el recurso. Pero si la Honorable Corte estimare que es necesario calificar este error la omisión, lo califico de error de derecho por cuanto con él infringió la norma de derecho consignada en el artículo 471 del Código Judicial, que ordena contabilizar en el fallo todas las pruebas sobre los hechos importantes relacionados con las cuestiones de derecho que hayan de resolverse. Y en último subsidio, alego la misma omisión como error de hecho para el evento de que así se considere por la Honorable Corte".

Se considera:

Ya se dijo en relación al primer cargo, que el recurrente adicionó su demanda, tres días después de presentada, para entre otras cosas calificar la omisión en la apreciación de pruebas como "error de hecho y de derecho, por cuanto el hecho de no haber sido apreciadas las pruebas entraña desconocimiento del valor que les asigna la ley procesal". En este cargo, como en el primero, la imprecisión del demandante no será motivo suficiente para rechazar de plano la acusación y entra a estudiarla la Sala.

El Juzgador no está obligado a relacionar todas y una a una las pruebas que se traigan al debate, sino aquellas que demuestren hechos importantes que tengan conexión con las acciones y medios de defensa que las partes hagan valer para la efectividad de sus derechos. De donde

resulta que la simple omisión del Tribunal en citar en la parte motiva de la sentencia alguna prueba producida, cuando ésta no demuestra un hecho que tenga importancia en relación al punto de derecho que ha de resolverse en el fallo, no "opera sus efectos en relación con el recurso", como lo pretende el recurrente, es decir, no da base para invalidar el fallo si no se demuestra que por falta de apreciación de esa prueba el sentenciador erróneamente aceptó la existencia o no existencia de un hecho que la prueba contradice, configurándose así el error de hecho, y mediante éste, la infracción de la ley sustantiva por no aplicación o aplicación indebida. No es entonces la norma contenida en el artículo 471 del C. Judicial la que puede resultar infringida por la omisión, sino otras. La falta de apreciación de determinada prueba no produce error de derecho, porque éste consiste en la valoración equivocada de la prueba, o sea, que el juzgador le dé mayor o menor valor del que la ley asigna a la misma, e implica siempre estimación equivocada de la prueba.

Debe estudiarse, entonces, si las pruebas no apreciadas a que alude este cargo, desvirtúan hechos cuya existencia aceptó el Tribunal o demuestran hechos que éste hubiera considerado no probados.

El testigo Roberto Viveros declara que conoció a Francisco Jaramillo, a su esposa e hijos y que conoció también la finca "La Judea" pero no sabe si desprendido de esta finca haya algún predio "La Merced". Cuando conoció "La Judea" pertenecía a Francisco Jaramillo, quien la poseyó hasta su muerte, que pasó luego a su viuda y cuando ésta lo manejaba estaba allí en dicha finca una hermana del finado Francisco, pero ignora el testigo en qué circunstancias se encontraba dicha hermana del finado en esa propiedad; que Antonio Londoño construyó por cuenta de Francisco Jaramillo, cuando éste vivía, la casa existente en "La Judea" y allí llevó Jaramillo a vivir a su hermana Pastora, a quien socorrió y protegió suministrándole vivienda y lo necesario para su subsistencia, pero ignora el testigo si dicha Pastora haya figurado como dueña de "La Judea" en algún momento. Esta declaración, como se ve, nada demuestra en contra de lo afirmado por el Tribunal, cuyas apreciaciones quedaron relatadas en el estudio de los cargos anteriores, por lo cual es innecesario reproducirlas aquí.

Los testigos Eduardo Becerra y Efraín Jaramillo fueron citados para comprobar que Luis Hurtado fue víctima de una estafa por parte de Gabriel Hoyos. Declararon más o menos de conformidad con el interrogatorio, pero al ser repreguntados dijo el primero: "Me he dado cuenta de la estafa que le hizo el señor Gabriel Hoyos al señor Luis Hurtado, por los comentarios, es decir, nada me consta personalmente". Luego dice: "No he sido testigo presencial de ninguno de los hechos enunciados en los numerales a), b), c) y d) de este punto, pues, como lo he dicho antes únicamente me he dado cuenta por referencias". El segundo dijo: "No sé en qué consistiría la estafa, por cuanto no me constan los hechos de manera personal, pues como lo dije al principio, sólo me he dado cuenta por los comentarios de la calle". Con estas declaraciones no podía el Tribunal considerar probado el hecho que se pretendió demostrar.

La sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá, que dice el recurrente no fue apreciada por el Tribunal, puso fin al juicio reivindicatorio del lote "La Judea" iniciado por Inés González de Londoño, a nombre propio y de sus menores hijos Sonia y Jairo Jaramillo González contra Gabriel Hoyos Botero y Carlos Enrique Cardona y luego contra Luis Hurtado T. La sentencia absuelve al señor Luis Hurtado T. de los cargos de la demanda, con base en consideraciones que quedan resumidas en el último aparte de la motivación así: "Dadas las condiciones en que se ofrecen los autos en este negocio, mal podría el Juzgador declarar, conforme lo pretende la demanda, que doña Inés González de Londoño sea la dueña, junto con sus hijos, del lote demandado, cuya ubicación dentro de la propiedad de 'La Merced' no quedó probada en el expediente. Ni sin la prueba de que el señor Luis Hurtado T. esté efectivamente en posesión del lote dicho que diz que pertenece a los sucesores de don Francisco Jaramillo, podría el Juzgado condenar al demandado a la restitución solicitada. Ni, sin la prueba de la menor edad de los hijos de don Francisco Jaramillo, podría el Despacho proceder a darles un curador ad-litem. Todo, pues, conduce necesariamente a la absolución del demandado". No se ve el error del Tribunal por no haber estudiado esa sentencia, aun cuando pudo servirle para aclarar que la acción judicial a que alude el punto octavo de la demanda inicial del presente juicio era la reivindicatoria encaminada a recuperar "La Judea", como lo aseveró, según se vio al estudiar el cuarto cargo de la demanda de casación.

La contestación que diera el señor Luis Hurtado T. a la demanda reivindicatoria a la cual recayó la sentencia de que se acaba de hablar, no era prueba que el Tribunal estuviera obligado a tener en cuenta, porque, como lo dijo éste con palabras de la Corte, "es postulado universal del régimen de pruebas, surgido del principio de que las partes se consideran iguales ante el derecho, el que ninguna de éstas pueda gozar del privilegio de que se le crea lo que afirma en atención a su propia manifestación, sino que debe comprobar sus aseveraciones".

Por último, el certificado del Registrador, a que alude el cargo, aun cuando no fue citado, nada demuestra en contra de lo estimado en el fallo.

De todo lo anterior resulta que el Tribunal estuvo en lo cierto cuando dijo al final de su sentencia: "Concluyese de lo expuesto que el demandante, sobre quien gravitaba la carga de la prueba, no la ha dado y por esto la sentencia que absolvió a los demandados representa la evidencia procesal jurídicamente interpretada, lo que impone confirmarla, todo dentro de un criterio de recta justicia".

De consiguiente el cargo no prospera.

Y como el Tribunal no encontró demostrados en el juicio los motivos que se alegaron como fundamento de las nulidades absoluta o relativa cuya declaratoria se pidió, ni demostrado el incumplimiento del contrato y como la eficacia de la acción reivindicatoria también solicitada dependía del éxito de la acción de nulidad, el Tribunal no infringió ni directo ni indirectamente los artículos 1502, 1515, 1524, 1544, 1546, 1741, 1745 y 1746 por los conceptos indicados por el recurrente y que se anularon atrás bajo el mote El Recurso.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el juicio ordinario seguido por Luis Hurtado T. contra Gabriel Hoyos Botero y Jesús Argemiro Henao Gómez.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Arcola Escobar. Jesús María Arias—Guillermo Gazavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

LO REFERENTE A EXCLUSION DE BIENES Y CREDITOS DEBE DISCUTIRSE EN LAS OBJECIONES A LOS INVENTARIOS, NO EN OBJECIONES A LA PARTICION.—LEGADO DE BIENES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL. ACUSACION POR LA CAUSAL 1ª DE CASACION

1. Ningún recurrente en casación puede perder de vista, para hacer viable la posibilidad del éxito de su acusación, que la técnica y la limitación de este recurso extraordinario, exigen procedimental y doctrinariamente, enfrentar de manera directa y clara la motivación y decisión de la sentencia recurrida, con los textos de la ley sustantiva que se estime violada, señalándolos y demostrando de manera ordenada, precisa y nítida, el concepto de la violación y la forma directa o indirecta en que lo ha sido, es decir, la pugna objetiva entre la norma que se aplica o deja de aplicarse en sentido y efecto contrario al derecho, y la sentencia que con ella se relaciona, para que la Corte pueda infirmar ésta y volver por los fueros de aquélla, cuyo predominio general, uniforme y estable, es la finalidad esencial del recurso.

En armonía y función de lo antes expresado, debe existir una relación lógica, directa, expresa y clara entre la acusación y lo analizado y decidido por el fallo a que ella se refiere. Si los motivos que inspiran éste, su razonamiento y sus fundamentos de hecho y de derecho, son distintos a los desarrollados en la impugnación y no aparece esa relación íntima, el cargo resulta desviado del objeto esencial que puede hacerlo apto y operante, es un ataque en el vacío sin adversario al frente porque, se repite, la ley en su plenitud de efectos, en su manera de interpretarse y aplicarse, debe aparecer enfrentada a la sentencia que la violó, en cualquiera de las tres formas de infracción directa o de los medios de violación indirecta, de que habla la causal 1ª del artículo 520 del C. J., cuando es ésta la invocada para plantear la impugnación.

2. — Si en los inventarios se incluyeron unos créditos, y esta diligencia quedó en firme porque durante el término del traslado no hubo objeción por parte de los herederos sobre este punto, ha precluído la oportunidad procesal para hacerlo al dejársela pasar en silencio, por lo cual esta situación ya no puede remediarse objetando la partición, en razón de que sólo mediante el incidente de objeciones al inventario mismo se puede decidir sobre exclusión de bienes y de créditos.

Entonces el partidor obra legalmente si en el desempeño de su cargo se sitúa dentro de los límites de lo inventariado y avaluado, por activo y por pasivo, estando debidamente aprobada esta diligencia.

3. — El artículo 1168 del C. C. se refiere exclusivamente y en general al legado de bienes que no han pertenecido a una sociedad conyugal, ya porque el testador no ha sido miembro de ella, ya porque habiéndolo sido, el bien legado pertenecía a su exclusivo patrimonio personal. Si Pedro, siendo soltero y dueño de la mitad de una finca, dice en su testamento: "Lego mi finca tal", se entiende o presume según el citado texto legal, que la asignación se concreta a la parte, cuota o derecho que tiene en dicha finca, y no al total de ella porque toda no le pertenece y es obvio que sólo puede transmitir lo que posee en propiedad. Otro tanto ocurriría si siendo casado, la mitad de tal finca, la hubo antes del matrimonio, o por herencia o legado, es decir, que no hace parte del haber de la sociedad conyugal.

En cambio, el artículo 1799 regula específicamente un caso distinto, exclusivamente cuando el legado recae sobre un bien que hace parte de la sociedad conyugal a que pertenece el testador. Se entiende que la voluntad de éste ha sido legar ese bien, con imputación a sus gananciales, que el día de su muerte harán parte del acervo herencial, de cuyo valor se tomará si alcanzare para ello, deducidas las deudas, asignaciones for-

zosas, etc., en la liquidación correspondiente. Si Pedro adquiere a título oneroso, durante la sociedad conyugal, la finca tal y en su testamento dice que la lega a Juan, no se entiende que en la universalidad de bienes sociales, él es dueño de la mitad de esa finca, como socio, sino que el legado recae sobre toda ella o su valor, según el caso, siempre que al hacerse la liquidación de la sociedad no afecte la mitad del otro cónyuge, ni al liquidarse la sucesión afecte las asignaciones forzosas, o sea que el testador pudo disponer libremente de ese valor.

Si a la sociedad conyugal pertenece sólo la mitad de la finca, el legado operará sobre esa mitad y no se entendería que es sobre la cuarta parte de la finca, a base de que a cada cónyuge pertenece mitad de mitad, en el referido inmueble.

Si el pensamiento del legislador, al acoger en sus términos precisos el artículo 1799, hubiera sido el de que cuando el cónyuge testador lega una especie perteneciente a la sociedad, el legado sólo comprende el derecho o cuota social que tiene antes de la liquidación, sobraría tal disposición porque a falta de ella operaría en todo su vigor el artículo 1158. O si aquél hubiese sido su pensamiento, lo habría expresado así claramente, como lo expresó en el citado artículo 1158, disposiciones que regulan situaciones diferentes, congruentemente y dentro de la más plena armonía jurídica.

El inciso segundo del artículo 1423 del Código Civil francés, fue la base del artículo 1743 del chileno, del cual se tomó el 1799 del colombiano. El pensamiento del legislador francés y el del chileno, son sustancialmente iguales, aunque distintos en sus términos. Dice aquél: "Si él (el marido) ha donado en esta forma un efecto de la comunidad, el donatario no puede reclamarlo en especie, sino en dado que el efecto, por virtud de la partición, caiga en el lote de los herederos del marido: si el efecto no cae en el lote de esos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último". El artículo chileno, que es el nuestro, emplea términos más breves y precisos, suprimiendo por supervivencia la palabra TOTAL. Cuando el artículo francés dice: "el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado", el chileno y el nuestro dicen simplemente: "tendrá derecho a perseguir su pago sobre la sucesión del testador" sin expresar que es un precio TOTAL.

El recurrente se acoge a esta circunstancia para pensar que si en el derecho francés se habla del VALOR TOTAL, y en el nuestro se suprimió el término "TOTAL, es porque no se entiende que sea el total, sino la parte que al cónyuge le corresponde en el objeto legado al momento de testar. Pero la verdad es que entre decir "el precio total de la cosa es cincuenta mil pesos" o "el precio de la cosa es cincuenta mil pesos", no hay diferencia conceptual alguna, es cosa igual y siempre se entiende que se trata del total.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias)

Procede la Corte a decidir en casación, sobre las objeciones formuladas contra la partición y adjudicación de bienes en la sucesión de doña Helena Carrasco de Cortés.

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes

1º—Lucio Abel Carrasco y Bárbara Amaya T., contrajeron entre sí matrimonio eclesiástico en Guachetá el 8 de agosto de 1894 (fl. 14, C. número 1).

2º—De dicho matrimonio procedieron María Helena nacida el 23 de diciembre de 1896; Aristeo Fabio, nacido el 9 de abril de 1901, Ana María nacida el 8 de mayo de 1907; José Abel, nacido el 19 de mayo de 1911; José Francisco, nacido el 12 de noviembre de 1914; y Servio Meir, nacido el 30 de julio de 1917 (fls. 15 y 17, C. número 1).

3º—La hija mayor doña Helena Carrasco y don Leandro Cortés contrajeron entre sí matrimonio el 16 de junio de 1922, en Guachetá (fl. 4 C. número 1) y de él no hubo descendencia.

4º—En los primeros días de mayo de 1950 doña Helena Carrasco de Cortés, enfermó gravemente y fue sometida en la "Clínica de Marly S. A." a

una intervención quirúrgica, de la cual salió un poco repuesta para Ubaté, su vecindad permanente (fls. 42 a 44, C. número 1).

5º—El 9 de mayo de 1950, estando doña Helena en la Clínica, su cónyuge, don Leandro Cortés, compareció a la Notaría Segunda de Bogotá, y por la escritura número 2779 vendió en $ 50.000 al señor Severiano C. Cendales, los terrenos conocidos con los nombres de "Favita" y "Esperanza" ubicados en Ubaté y por los linderos que tal escritura especifica (fls. 8 vto., 10 vto. C. número 4).

6º—En la misma fecha y en la misma Notaría vendió al mismo comprador Severiano C. Cendales, la finca denominada "La Quinta", de Ubaté, según la escritura número 2771 que detalla los linderos. Esta venta fue por $ 20.000 (fls. 11 a 13 ibidem).

7º—El 4 de julio de 1950, el señor Leandro Cortés Cendales, por documento privado que aparece debidamente estampillado al fl. 57 del C. número 1, vendió al mismo señor Severiano C. Cendales, el ganado de leche que tenía en las citadas fincas, por $ 20.000, de modo que vendió bienes de la sociedad conyugal, por la cantidad de noventa mil pesos.

8º—Como la señora Helena Carrasco de Cortés siguiera mal de salud, a los pocos días de salir de la Clínica, el 24 de junio de 1950, compareció en la Notaría de Ubaté y por la escritura número 422, legible al fl. 1 vto. C. número 1, otorgó testamento abierto, expresando que no tenía descendientes. En la cláusula quinta explica que durante el matrimonio, su marido compró por la escritura número 851 de 8 de noviembre de 1927, otorgada en Zipaquirá, una casa urbana cuyos linderos determina, y que por la escritura número 572 de 23 de mayo de 1929, otorgada en Ubaté, compró un local de tienda y trastienda, anexos a la mencionada casa, cuyos linderos también determina. Con tales explicaciones, otorga la cláusula sexta, que dice: "Para el caso de que yo fallezca antes que mi esposo, es mi voluntad que las dos fincas mencionadas anteriormente, pertenezcan a mi esposo, junto con todos los enseres y artículos de negocio que se encuentren en la casa, en calidad de legado, y en último caso que se imputen a la cuarta parte de que puedo disponer libremente".

9º—Don Leandro Cortés solicitó el 17 de octubre de 1950 ante el Juez del Circuito Civil de Ubaté, la apertura del juicio de sucesión, parte testada, parte intestada, de su cónyuge doña Helena Carrasco de Cortés pidiendo que se le tuviera como parte interesada en calidad de cónyuge supérstite para percibir sus gananciales, como heredero y legatario. En su demanda relaciona como bienes relictos, la casa y locales ubicados en Ubaté y de que habla la cláusula 6ª del testamento, unas fincas compradas a Margarita y Roberto Montero; otra comprada al doctor Francisco Montero: los muebles y enseres de la casa y los artículos de comercio existentes en el almacén que manejaba contiguo a la casa; otro lote de terreno comprado a Jesús Rojas y otros (fl. 6 y vto.).

10º—Por auto de 18 del mismo mes, el Juzgado decretó abierto y radicado en su Despacho el juicio de sucesión de la señora Helena Carrasco de Cortés y reconoció como parte interesada a su cónyuge don Leandro Cortés en calidad de miembro de la sociedad conyugal, con derecho a gananciales y de legatario y heredero (fl. 7 vto. C. número 1).

11º—**Luis y Abel Carrasco**, representados por apoderado, fueron reconocidos como herederos en calidad de hermanos legítimos de Helena Carrasco, como consta en autos a fls. 19 y 39 del C. número 1. **Servio Heli, Francisco Aquiles y Aura María Carrasco**, fueron declarados herederos como hermanos legítimos de la misma y así se tienen, de una parte el cónyuge, y de otra los seis hermanos mencionados. Estos relacionaron además como bienes de la sucesión las dos fincas que el cónyuge supérstite vendió el 9 de mayo y los semovientes que vendió el 4 de julio y de lo cual se hizo mención en los numerales 5, 6 y 7, más algunas cantidades de dinero en Bancos y en poder del cónyuge, mercancías del almacén, etc.

12º—Corrida la tramitación correspondiente, el 2 de marzo de 1951, se llevó a efecto la diligencia de inventario y avalúo en el juicio de sucesión (fls. 58 a 62 C. número 1). El cónyuge supérstite, don Leandro Cortés, hizo el denuncio de bienes, relacionando en la primera partida del activo, la única propiedad urbana ubicada en Ubaté, o sea el inmueble que la causante le dejó como legado. Relaciona luego cuatro pequeños lotes rurales, los muebles y enseres de la casa, artículos del almacén anexo. Al denunciar el pasivo, relaciona como primera partida a cargo de la sociedad conyugal, un crédito en favor del Banco Comercial por $ 5.020.00 y del cual no aparece prueba alguna en el expediente; en la segunda, otro a cargo de la misma sociedad y en favor de la "Compañía Distribuidora de Azúcares", por

$ 3.500.00, valor de doscientos bultos de azúcar que el señor Cortés recibió en Ubaté el 12 y el 14 de septiembre de 1950, es decir, con posterioridad a la muerte de su cónyuge.

13.—A la misma diligencia de inventario concurrieron los seis hermanos herederos de doña Helena Carrasco de Cortés y pidieron se incluyeran en el activo del inventario los inmuebles y semovientes que el cónyuge de aquélla había vendido pocos días antes de disolverse la sociedad conyugal, por $ 90.000.00, que no aparecían inventariados. Relacionan otros bienes en dinero y depósitos bancarios, todo lo cual ordenó el Juez que se avaluara en el término de quince días, es decir, se tenía como activo denunciado.

14.—Pero lo más importante de la diligencia de inventario y avalúo, que toca directamente con el recurso de la casación que se interpuso, es lo relativo a las dos primeras partidas del pasivo relacionado por el cónyuge supérstite, o sea la inclusión del crédito a favor del Banco Comercial, sin éste solicitarlo y sin la menor prueba de su existencia y del crédito a favor de la Compañía Distribuidora de Azúcares, sin ésta pedirlo y sin prueba que preste mérito ejecutivo, sólo con base en el recibo de doscientos bultos de azúcar, con posterioridad al deceso de la causante y también pagados por dicho cónyuge sobreviviente, posteriormente como éste lo confiesa en la propia diligencia.

15—El Juez ordenó excluírse del pasivo esos dos créditos, pero el denunciante y heredero Cortés apeló de esa providencia que subió al Tribunal y éste en proveído de 8 de junio de 1951 (fl. 87, C. número 1), revocó lo resuelto por el Juez aún que sobre la exclusión se resolviera en el incidente de objeciones al inventario y avalúos.

16. El 20 de agosto de 1952 (fl. 94 vto. C. número 1), el Juzgado ordenó correr el traslado de los inventarios y avalúos, a todos los interesados, para los efectos legales, ordenados por el Tribunal. Notificado el traslado y puestos los autos a disposición de los interesados, sólo el cónyuge heredero y legatario, don Leandro Cortés, hizo uso del derecho de formular objeciones y solicitó que mediante la articulación pertinente se excluyeran del inventario todos los bienes denunciados como activo social, por los hermanos herederos de su cónyuge, avaluados en $ 279.969.00. Los hermanos herederos, nada solicitaron en relación con la exclusión de los dos créditos relacionados en el pasivo y de que antes se hizo relación.

17.—Después de varias pruebas, alegaciones e incidentes que no es pertinente relacionar aquí, el juez del conocimiento decidió la articulación en proveído de 17 de junio de 1953 (fls. 15 a 18, C. número 3) en el cual ordenó excluir del inventario los bienes relacionados por los hermanos herederos de doña Helena Carrasco de Cortés, a excepción de la cantidad de $ 7.656.35 que se demostró existían como saldos bancarios pertenecientes a la sociedad conyugal. De esa decisión apelaron los citados herederos y concedido el recurso, lo abandonaron, pues ni siquiera pagaron los portes de correo y hubo de declararse ejecutoriado todo lo resuelto, de conformidad con el artículo 4º del Decreto número 243 de 1951.

18.—En tales condiciones, el juez aprobó los inventarios, por auto de 9 de octubre de 1953 y ordenó la partición el 3 de noviembre siguiente, para lo cual fue designado el doctor Hernando Morales M. (fls. 105 a 107, C. número 1).

19.—El partidor cumplió su cometido para liquidar la sociedad conyugal que formaron Leandro Cortés y Helena Carrasco, para liquidar la herencia de ésta y para hacer las adjudicaciones correspondientes, como consta en su memorial del folio 113 al 128 del C. número 1), ciñéndose estrictamente al activo y pasivo del inventario aprobado y ejecutoriado, y a las demás pruebas del expediente. El partidor tuvo en cuenta como pasivo social, los dos créditos denunciados a favor del Banco Comercial y de la Compañía Distribuidora de Azúcares; el legado de la cláusula sexta del testamento sobre el total y no parte del inmueble en él relacionado; en la hijuela de deudas y gastos, adjudicó bienes al cónyuge heredero, con la obligación de pagar el pasivo; las hijuelas de los hermanos herederos de la causante, se pagaron con adjudicaciones a prorrata sobre un inmueble rural y no sobre el urbano; finalmente, autorizó se compensaran los posibles frutos de bienes con los demás gastos que pudiera haber hecho el cónyuge heredero por pagos de impuestos, etc.

20.—Por auto de 20 de mayo de 1954 se corrió a los interesados el traslado de la partición y el apoderado de los hermanos herederos de doña Helena Carrasco de Cortés, presentó el 7 de junio siguiente, un memorial de objeciones que dice: "Me veo obligado a objetar el trabajo de partición, porque considero que no está de acuerdo con la ley. **Primera objeción:** Tanto al liquidar la sociedad conyugal, como al liquidar la herencia, se tuvieron en cuenta deudas que se hicieron figurar como de la sociedad conyugal, que no

constan en documento que preste mérito ejecutivo y que fueron rechazadas expresamente por el doctor Luis F. Robayo y por el suscrito en la diligencia de inventarios ya que no se corrió el traslado que ordena el artículo 941 del C. J. **Segunda objeción:** Se hizo la hijuela de deudas y gastos a favor del señor Leandro Cortés únicamente, sin el consentimiento de los otros herederos y como el señor Cortés también figura como acreedor, se efectuó una "dación en pago" en lugar de ordenar el remate de una finca, con lo cual, hubieran recibido beneficio todos los asignatarios, así por el mayor valor que han adquirido las fincas desde cuando se hizo el inventario, como porque se hubiera solucionado el problema de la comunidad en la finca de Lactógeno. **Tercera objeción:** Como la testadora no tenía sino un derecho en las fincas materia del legado, de acuerdo con el artículo 1163 del C. C., se presume que tal derecho es el que legó al señor Cortés y por tanto, no se puede deducir del acervo hereditario la suma de $ 50.007.85 sino la mitad".

21.—Tramitado como articulación, el incidente de objeciones, lo desató el juzgado de la instancia, en providencia de 28 de septiembre de 1954 (fls. 3 vto. a 7 vto. C. número 6), declarando infundadas tales objeciones, aprobando el trabajo de partición y ordenando los registros de ley, en los libros correspondientes de la Oficina de Registro del Circuito de Ubaté. Apelada la sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la confirmó en sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, contra la cual se interpuso por los objetantes, recurso de casación; éste se concedió por el Tribunal, se admitió por la Corte y se fundó por los recurrentes en oportunidad, por lo cual se procede a decidir lo pertinente.

CAPITULO SEGUNDO

El libelo acusatorio

Relaciona sintéticamente los antecedentes e incidencias del juicio. Luego, para pedir la infirmación de la sentencia recurrida, se sitúa dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, en forma genérica que sólo se especifica y comprende al estudiar los cargos. Dice: "Alego la causal 1ª de las determinadas en el artículo 520 del Código Judicial, la que apoyo en los siguientes motivos". Aunque las objeciones formuladas contra la partición fueron cinco, declaradas todas infundadas, sólo concreta su acusación en relación con tres y estructura tres cargos que se analizan uno a uno, para ver si tienen fuerza o aptitud suficiente que determinen la infirmación solicitada.

Primer cargo

Lo enuncia así: "Falto de apreciación de pruebas y violación de los artículos 1343, 1393 y 1757 del Código Civil".

Transcribe la primera objeción a la partición que aceptó como pasivo de la sociedad conyugal el crédito de $ 5.520.00 a favor del Banco Comercial y el de $ 3.500.00 a favor de la Compañía Distribuidora de Azúcares, sin tener en cuenta que los apoderados de los hermanos herederos de la causante, no los aceptaron en la diligencia de inventario y avalúo, por no constar en documento de mérito ejecutivo. Que en cuanto al primero, sólo hubo la afirmación del cónyuge sobreviviente y en cuanto al segundo, cosa igual y un comprobante de haberse pedido doscientos bultos de azúcar antes de morir la causante y haberse recibido después de su muerte, ya disuelta la sociedad conyugal.

En el desarrollo del cargo formulado, es bien difícil localizar con precisión y claridad, lo que el recurrente entiende por pruebas no apreciadas, o sea el error de hecho en que pudo incurrir el Tribunal, para violar al través de él los textos legales que señala al enunciar el cargo.

Después de varias consideraciones generales dice: "De lo expuesto anteriormente, se deducen con nitidez los siguientes hechos:

"a) Que los acreedores no hicieron petición alguna para que los créditos en cuestión fueran incluídos en el inventario, y que los herederos rechazaron en el acto de la diligencia de inventarios los citados créditos;

"b) Que de éstos, el de la partida segunda no existe, lo que está demostrado con el documento del folio 41 del cuaderno 1º, presentado por el mismo señor Cortés y que sólo existe la manifestación de éste con relación a la prueba del crédito de la partida Primera". Luego agrega: "... prescindió en la sentencia recurrida de las pruebas mencionadas en los ordinales a) y b) anteriores, procedió como si no hubieran existido los hechos demostrados con tales pruebas, dejó de apreciarlas y, en consecuencia, incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos. Como consecuencia de tales errores violó

los artículos 1343, 1393 y 1757 del Código Civil, artículos que no aplicó, siendo el caso de aplicarlos".

Lo que el recurrente entiende, pues, por hechos o pruebas no apreciadas, son:

1º—Que sin petición del Banco Comercial, como acreedor, el cónyuge heredero solicitó la inclusión de un crédito a favor de ese Banco, sin acompañar prueba alguna, y los hermanos herederos de la cónyuge lo rechazaron en la diligencia de inventario y avalúo;

2º—Que igualmente, sin petición de la Compañía Distribuidora de Azúcar, el mismo cónyuge citado, solicitó la inclusión de otro crédito a favor de ella, acompañando sólo una nota de pedido con la constancia de cumplido, posterior a la disolución de la sociedad conyugal, y que los mismos herederos rechazaron la deuda, también por carecerse de prueba con mérito ejecutivo.

Que así consta en la diligencia de inventario y el Tribunal no lo tuvo en cuenta, incurrió en errores de hecho, sin los cuales habría declarado fundada la objeción y habría aplicado los artículos 1343, 1393 y 1757 del C. C.

Ningún recurrente en casación puede perder de vista, para hacer viable la posibilidad del éxito en su acusación, que la técnica y la limitación de este recurso extraordinario, exigen procedimental y doctrinariamente, enfrentar de manera directa y clara la motivación y decisión de la sentencia recurrida, con los textos de la ley sustantiva que se estime violada, señalándolos y demostrando de manera ordenada, precisa y nítida, el concepto de la violación y la forma directa o indirecta en que lo ha sido, es decir, la pugna objetiva entre la norma que se aplica o deja de aplicarse en sentido y efecto contrario al derecho, y la sentencia que con ella se relaciona, para que la Corte pueda infirmar ésta y volver por los fueros de aquélla, cuyo predominio general, uniforme y estable, es la finalidad esencial del recurso.

En armonía y función de lo antes expresado, debe existir una relación lógica, directa, expresa y clara entre la acusación y lo analizado y decidido por el fallo a que ella se refiere. Si los motivos que inspiran éste, su razonamiento y sus fundamentos de hecho y de derecho, son distintos a los desarrollados en la impugnación y no aparece esa relación íntima, el cargo resulta desviado del objetivo esencial que puede hacerlo apto y operante, es un ataque en el vacío, sin adversario al frente porque, se repite, la ley en su plenitud de efectos, en su manera de interpretarse y aplicarse, debe aparecer enfrentada a la sentencia que la violó, en cualquiera de las tres formas de infracción directa o de los dos medios de violación indirecta, de que habla la causal 1ª del artículo 520 del C. J., cuando es ésta la invocada para plantear la impugnación.

Sentada esta premisa fundamental, es fácil observar que en el caso de autos no existe la correlación anotada, porque el Tribunal, para confirmar la sentencia que declaró infundada la objeción, motivo de estudio, y aprobar la partición, tomó una orientación de hecho y derecho, completamente diferente a lo expuesto por el recurrente, y que no le permitía siquiera detenerse a estudiar lo ocurrido en la diligencia de inventario y avalúo. Es a saber: Observó, como consta claramente en el expediente, que de esa diligencia se dio traslado a los interesados en auto de 20 de agosto de 1952 "por el término de tres días, para que dentro de los tres siguientes puedan formular sus objeciones" (fl. 94 vto. C. número 1).

El 22 se notificó esa providencia y quedaron los autos a disposición de las partes: en seguida (fl. 2 C. número 3) el cónyuge heredero formuló objeciones para que no se incluyeran en el activo los bienes denunciados por los hermanos herederos de la causante, pero éstos guardaron silencio y no formularon sus objeciones para que no se incluyeran en el pasivo los créditos de las partidas **primera** y **segunda** que él comprende, y sobre lo cual recae la objeción, no al inventario, sino más tarde a la partición.

Corrida la tramitación correspondiente, con varios incidentes que dieron a los citados hermanos ocasión de actuar, las objeciones del cónyuge sobreviviente se declararon fundadas en providencia de 17 de junio de 1953 (fl. 15 C. número 3). Con igual o mayor razón se habrían declarado fundadas las que pudieron proponer aquéllos, pero como no hicieron uso del derecho que se les concede en el artículo 941 del C. J. ni de los términos precisos y claros en que el Tribunal les expresó que ello debía hacerse en incidente de objeciones al inventario y avalúo (fl. 67 y vto.), dejaron precluir toda oportunidad para actuación viable y oportuna. El partidor se situó rigurosamente dentro de los límites de lo inventariado y avaluado por activo y por pasivo, debidamente aprobado en providencia de 9 de octubre de 1953 (fl. 105 C. número 1). Sobre esta situación jurídica obró el juzgado del conocimiento para aprobar los inventarios y el Tribunal para confirmar

la sentencia aprobatoria, considerando que no le era dado retrotraerse hacia la diligencia de inventarios que no fueron objetados en oportunidad, ya que también en providencia ejecutoriada dijo el Tribunal que sólo mediante el incidente de objeciones al inventario mismo se podía decidir sobre exclusión de bienes y de créditos; como la oportunidad se dejó en silencio, esto ya no puede remediarse objetando la partición misma.

El recurrente debió entonces atacar el fallo del Tribunal bajo este aspecto de derecho, para demostrar, si ello fuere factible, que se violaron determinados textos de la ley sustantiva, que no podía el partidor basarse en el inventario aprobado con ejecutoria, o que obró contra tal inventario, cosa que no se ha intentado, pues el Tribunal dentro del rumbo que tomó, no tenía por qué analizar lo ocurrido en la diligencia de inventario, no lo hizo y entonces mal puede decirse que por error de hecho sobre algunos puntos de esa diligencia, se llegó a infringir normas sustantivas. El Tribunal después de relacionar cómo se dio a los interesados con toda oportunidad el traslado de los inventarios y avalúos, sin que los recurrentes objetaran nada, dice: "Para los hermanos herederos transcurrió el término del traslado en silencio... pues ni propusieron en esa oportunidad objeción alguna a la inclusión de los créditos denunciados por el cónyuge".

Obsérvese que al formularse la objeción de que se ha venido hablando, los objetantes terminan así: ". . . ya que no se corrió el traslado que ordena el artículo 941 del C. J." Esto es inexacto, pues ese traslado se corrió oportunamente y el Tribunal analiza con exactitud el artículo 941 del C. J. y aclara: "Como se ve, la disposición mencionada contempla dos situaciones que somete a dos procedimientos diferentes: deudas que constan por escrito en documento que reúne las condiciones exigidas por el artículo 962 del C. J., y deudas que, no teniendo ese respaldo documental, sean aceptadas expresa o tácitamente por los herederos. Para el primer caso la ley no hace distingos de ninguna naturaleza: sólo manda que se incluyan en el inventario. Para el segundo establece la formalidad del traslado que de la solicitud que haga el acreedor, debe hacerse a los herederos con el obvio objeto de que éstos manifiesten su aquiescencia u objeten su inclusión".

Acorde con la tesis expuesta, que es jurídica, el mismo Tribunal había revocado en este juicio una providencia del juez, expresando claramente que tales objeciones deben ser "Resueltas dentro del incidente de objeciones a los inventarios y avalúos" y no en la diligencia misma.

Luego agrega, con sobrada razón, refiriéndose al procurador judicial de los hermanos herederos: "Si éste guardó silencio, si omitió hacer entonces lo que le indicaban no sólo las normas de procedimiento, sino el propio auto del Tribunal en el cual se señaló a los interesados el momento procesal en que podían ejercitar su derecho, permitió que aquella oportunidad precluyera sin ejercitarla". "Por lo demás, el partidor tiene la obligación de atender en la ejecución de su trabajo a lo que resulte de los inventarios y avalúos, tal y como definitivamente han quedado aprobados".

Esto hace ver claramente que los motivos del fallo en este punto son muy diferentes a los que aduce el recurrente sobre hechos que para nada tenía el Tribunal que analizar y tener en cuenta. Además, el recurrente afirma: "Como consecuencia de tales errores violó los artículos 1343, 1393 y 1757 del Código Civil, artículos que no aplicó, siendo el caso de aplicarlos". Se observa que precisamente los dos primeros artículos que cita son los que obligan al partidor a señalar el lote o hijuela de deudas, como lo hizo y lo aceptó el Tribunal; cuanto al tercero, determina a quién incumbe la carga de la prueba, etc., lo que habría servido para el incidente de objeciones al inventario, pero no al de la partición de los bienes. De lo expuesto se desprende que el recurrente no fundamenta su cargo en relación directa con la motivación que llevó al Tribunal a no declarar fundada la objeción que se analiza y por ende no puede casarse el fallo, como se pide.

Segundo cargo

Se enuncia así: "Violación de los artículos 1626, 1627, 1687, 1689, 1643 y 1693 del Código Civil; de los cuatro primeros por infracción directa y de los dos últimos por interpretación errónea". Desarrolla el cargo bajo los artículos 1343 y 1393 que, son los pertinentes.

La objeción a la partición y a que este cargo se refiere, fue transcrita atrás, consistente en que el partidor adjudicó la hijuela de deudas y gastos al cónyuge heredero, don Leandro Cortés, asignándole bienes suficientes con la obligación de atender al pago, sin el consentimiento de los demás herederos, en lugar de ordenar el remate de una finca, ya valorizada, y para evitarse que continuara en comunidad la finca de "Lactógeno".

El Tribunal en este punto, acoge las razones del juez que declaró infundada la objeción y expresa que los artículos 1343 y 1393 imponen al partidor la obligación de señalar, como lo hizo, un lote o hijuela para pagar las deudas conocidas, a cargo de la sucesión o de la sociedad conyugal. Siendo ello así, no puede afirmarse que violó, por interpretación errónea tales textos legales, puesto que en ellos no se dice que ese lote se remate o se adjudique a todos los herederos para que paguen las deudas y gastos.

Puede el partidor, adjudicar el lote o hijuela destinada a esos pagos, a todos los herederos o a uno solo, que es lo más usual, ya porque se haya atendido a tales pagos, como en el caso de autos, ya porque de esa manera se evita una adjudicación a prorrata, formándose comunidad de bienes sobre reducida porción de ellos, lo que siempre debe evitarse en cuanto sea posible, de manera que bajo este aspecto, el cargo es infundado.

Por lo tocante al problema planteado sobre la novación con ese procedimiento del partidor, resulta inexacto pues esa figura jurídica no aparece en tal caso.

El artículo 1625 del C. C. estatuye que una obligación se extingue por la novación creándose en su lugar una nueva, según el contenido del artículo 1687 que cita el recurrente, y siempre que la obligación sustituida y el contrato que le sustituye sean válidos, conforme al artículo 1689, también citado por el recurrente.

La hijuela de deudas y gastos, para pagar el pasivo social y hereditario, formado por el partidor, ascendió a $ 13.274.85 con base en comprobantes de gastos y deudas que ya no era el caso discutir y a lo cual tenía que atenerse legalmente. El pago debía verificarse con los bienes del activo, porque precisamente se hacía una liquidación de bienes sociales y sucesorales, para deducir lo que podía quedar para el cónyuge y los herederos. Ordenó el partidor que dicho cónyuge se hiciera cargo de los pagos, no en especie sino en dinero, tal como eran las deudas y tal como él había sufragado los gastos, de modo que a ningún acreedor extraño al cónyuge que lo era en parte, se le entregaron bienes en especie. Se le adjudicaron al cónyuge, por el precio del avalúo aprobado y ejecutoriado, única base conocida que se tenía, ya porque él había sufragado todos los gastos, ya porque él había pagado o quedaba obligado a pagar en dinero, el pasivo real que se debía, procedimiento consagrado por la costumbre y práctica en los trabajos de partición, ya que no hay texto expreso que lo prohiba y en este caso el cónyuge tenía la calidad de miembro de la sociedad extinguida y la de heredero, no siendo un extraño o tercero por lo cual tanto vale legalmente asignarle a él la obligación de pagar, mediante la adjudicación de bienes para tal objeto, como asignársela a dos o más herederos, o a todos, en este caso con el inconveniente de quedar nueva comunidad entre tales adjudicatarios, lo que tiende siempre a evitarse en lo posible, como queda dicho.

De manera que es muy distinto el fenómeno de la novación a que alude el recurrente: ni se ha obligado a ningún acreedor a recibir especies por dinero y de consiguiente, el partidor al señalar la hijuela de deudas y gastos se ciñó a lo preceptuado en los artículos 1343 y 1393 y así lo aprobó el Tribunal como debía ser, pues lo contrario sí sería violar esas normas. No determinó que a acreedores extraños se les obligara a recibir especies, por lo cual no es posible pensar que se violaron los artículos 1626 y 1627 del C. C. Tampoco aparece demostrada la novación contractual, ni de hecho, por lo cual no puede aceptarse que hubo violación de los artículos 1687 y 1689 del C. C., lo que indica que el cargo es infundado y no apto para declarar infirmado el fallo.

Tercer cargo

Se enuncia así: "Violación de los artículos 1108, y 1769 del Código Civil, del primero por infracción directa y del segundo por errónea interpretación".

Este cargo se relaciona con la tercera objeción a la partición, concebida en los siguientes términos: "Como la testadora no tenía sino un derecho en las fincas materia del legado, de acuerdo con el artículo 1108 del C. C. se presume que tal derecho es el que legó al señor Cortés y, por tanto, no se puede deducir del acervo hereditario la suma de $ 50.007.85, sino la mitad".

La cláusula testamentaria sobre el legado dice: "Para el caso de que yo fallezca antes que mi esposo, es mi voluntad que las dos fincas relacionadas anteriormente (la casa que habitaba la causante y un local anexo) pertenezcan a mi esposo junto con todos los enseres y artículos de negocio que se encuentran en la casa, en calidad de legado y, en último caso, que se imputen a la cuarta parte de que puedo disponer libremente".

La casa con el local y enseres fueron avaluados

en $ 50.007.85; el activo líquido hereneial de la causante fue avaluado en $ 59.560.63.

En estas condiciones, el partidor dijo: "Del acervo hereditario líquido es menester, en primer lugar, descontar el valor del legado que en su testamento hizo la causante al señor Leandro Cortés, según lo ordenan los artículos 1343 y 1393 del C. C. puesto que el legado constituye una deuda hereditaria".

Descontó dicho valor y quedó como acervo herencial adjudicable a los herederos, la cantidad de $ 9.552.78 que la distribuyó de conformidad con el artículo 21 de la ley 45 de 1936. Pero como las fincas materia del legado pertenecían a la sociedad conyugal, los hermanos herederos de la causante consideran que ésta no podía legar sino la mitad de tales fincas, porque tal era su derecho como miembro de dicha sociedad, y no la totalidad de ellas, como se hizo y se adjudicó en la partición con violación del artículo 1168 del C. C. que dice: "Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho". Pero el Tribunal expresó que la disposición aplicable es el artículo 1799 del citado Código, que dice: "Si el marido o la mujer dispone por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que la especie en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador". Como el recurrente entiende que es el 1168 el aplicable, afirma que la sentencia violó directamente el primero e interpretó erróneamente el segundo, aplicándolo al caso controvertido, sin ser aplicable.

El artículo 1168 del C. C. se refiere exclusivamente y en general al legado de bienes que no han pertenecido a una sociedad conyugal, ya porque el testador no ha sido miembro de ella, ya porque habiéndolo sido, el bien legado pertenecía a su exclusivo patrimonio personal. Si Pedro siendo soltero y dueño de la mitad de la finca 'El Porvenir' dice en su testamento: "Lego mi finca 'El Porvenir', se entiende o presume según el citado texto legal, que la asignación se concreta a la parte, cuota o derecho que tiene en tal finca, y no al total de ella porque toda no le pertenece y es obvio que sólo puede trasmitir lo que posee en propiedad. Otro tanto ocurriría si siendo casado, la mitad de tal finca, la hubo antes del matrimonio, o por herencia o legado, es decir, que no hace parte del haber de la sociedad conyugal.

En cambio, el artículo 1799 regula específicamente un caso distinto, exclusivamente cuando el legado recae sobre un bien que hace parte de la sociedad conyugal a que pertenece el testador. Se entiende que la voluntad de éste ha sido legar ese bien, con imputación a sus gananciales, que el día de su muerte harán parte del acervo herencial, de cuyo valor se tomará si alcanzare para ello, deducidas las deudas, asignaciones forzosas, etc., en la liquidación correspondiente. Si Pedro adquiere a título oneroso, durante la sociedad conyugal, la finca "El Porvenir" y en su testamento dice que la lega a Juan, no se entiende que en la universalidad de bienes sociales, él es dueño de la mitad de esa finca, como socio, sino que el legado recae sobre toda ella o su valor, según el caso, siempre que al hacerse la liquidación de la sociedad no afecte la mitad del otro cónyuge, ni al liquidarse la sucesión afecte las asignaciones forzosas, o sea que el testador pudo disponer libremente de ese valor.

Si a la sociedad conyugal pertenece sólo la mitad de la finca, el legado operará sobre esa mitad y no se entendería que es sobre la cuarta parte de tal finca, a base de que a cada cónyuge pertenece mitad de mitad, en el referido inmueble.

Si el pensamiento del legislador, al acoger en sus términos precisos el artículo 1799, hubiera sido el de que cuando el cónyuge testador lega una especie perteneciente a la sociedad, el legado sólo comprende el derecho o cuota social que tiene antes de la liquidación, sobraría tal disposición porque a falta de ella operaría en todo su vigor el artículo 1168. O si aquél hubiese sido su pensamiento, lo habría expresado así claramente, como lo expresó en el citado artículo 1168, disposiciones que regulan situaciones diferentes, congruentemente y dentro de la más plena armonía jurídica.

El inciso segundo del artículo 1423 del Código Civil francés, fue la base del artículo 1743 del chileno, del cual se tomó el 1799 del colombiano. El pensamiento del legislador francés y el del chileno, son sustancialmente iguales, aunque distintos en sus términos. Dice aquél: "Si el [el marido] ha dotado en esta forma un efecto de la comunidad, el donatario no puede reclamarlo en especie, sino en tanto que el efecto, por virtud de la partición, caiga en el lote de los herederos del marido; si el efecto no cae en el lote de esos herederos, el legatario tiene la recompensa del va-

lor total del efecto donado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último". El artículo chileno, que es el nuestro, emplea términos más breves y precisos, suprimiendo por superflua la palabra total. Cuando el artículo francés dice: "el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado", el chileno y el nuestro dicen simplemente: "tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador" sin expresar que es un precio total.

El recurrente se acoge a esta circunstancia para pensar que si en el derecho francés se habla del valor total y en el nuestro se suprimió el término total, es porque no se entiende que sea el total, sino la parte que al cónyuge le corresponde en el objeto legado al momento de testar. Pero la verdad es que entre decir "el precio total de la cosa es cincuenta mil pesos" o "el precio de la cosa es cincuenta mil pesos", no hay diferencia conceptual alguna, es cosa igual y siempre se entiende que se trata del total.

El Tribunal es muy claro en sus consideraciones, para concluir, como lo hizo, que era de aplicación el artículo 1799 y no el 1168, en relación con el legado y la adjudicación que de él se hizo al legatario, sin perjudicar los derechos del otro cónyuge, ni asignaciones forzosas que en este caso no las había.

Dice: "Es cierto que las fincas materia del legado pertenecían a la sociedad conyugal... Habiéndose avaluado el derecho de la testadora, por razón de gananciales, en $ 39.360.63, quedó establecido que esa era la suma de que podía disponer ella en su testamento. Como los bienes raíces y muebles, materia de la objeción, fueron avaluados en $ 50.007.85 y la testadora manifestó su voluntad de legarlos a su marido, nada impedía que esta voluntad se cumpliera totalmente, pues el valor de esos bienes era inferior al valor de las gananciales de que podía ella disponer libremente en su testamento, no habiendo legitimarios".

Cumplió así el partidor la voluntad de la testadora sin violar ninguna norma legal. En el momento del testamento, los bienes a que se refiere esta objeción eran de la sociedad conyugal. Liquidada ésta quedaron representando esos bienes sencillamente una suma de pesos, la del avalúo correspondiente, y se le adjudicaron al marido en cumplimiento del legado. Es el artículo 1799 del C. C. el aplicable al caso y no el 1168 de la misma obra. El punto parece perfectamente claro.

Las razones antes expuestas por la Corte, corroboran las del Tribunal, demuestran que no hubo errónea interpretación del artículo 1799 del C. C. como lo considera el recurrente, ni infracción directa del 1168, por lo cual el cargo no puede prosperar.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el incidente de objeciones propuestas por los hermanos herederos de la señora Helena Carrasco de Cortés, en el juicio sucesorio de la misma.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Jesús M. Arias—Daniel Anzola Escobar — Guillermo Caravita Durán — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

LAS ACCIONES DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA NO SON CONTRARIAS E INCOMPATIBLES ENTRE SI, POR LO CUAL PUEDEN PROPONERSE EN UN MISMO LIBELO. — LOS ARTICULOS 209 Y 593 DEL CODIGO JUDICIAL NO SON DISPOSICIONES SUSTANTIVAS PARA EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION.—VIOLACION DIRECTA DE LA LEY.—TECNICA DEL RECURSO

1.—La norma del artículo 209 del Código Judicial es mandamiento de carácter sustantivo pese a su localización en el código de leyes adjetivas y acusable por vía de casación con ocasión de su posible quebrantamiento, como que determinar si dos acciones son contrarias e incompatibles entre sí, es problema que presupone estudio de fondo no de simple rito procesal. Esta es la jurisprudencia de la Corte. (V. ras. marzo 9 de 1943, LV, 45 y 46).

2.—La jurisprudencia ha distinguido, invariablemente, entre la acción de SIMPLE PROPIEDAD, en la que se pide que el demandante es dueño de una determinada cosa, de la ACCION REIVINDICATORIA, que es la que tiene el titular de un derecho real de que no está en posesión para que el poseedor o tenedor de él sea obligado a restituírselo.

De ahí, por qué, en la acción REIVINDICATORIA no está obligado el demandante a pedir se le declare dueño de la cosa que pretende reivindicar, pero está, y necesariamente, obligado a demostrar que es dueño de la cosa, toda vez que el carácter de propietario es no solamente hecho de indispensable demostración en acciones de esta índole sino que, como lo tiene explicado la jurisprudencia "es condición axiológica de la acción de propiedad cuya no demostración conlleva el inevitable fracaso de la acción". Ha decir, la acción reivindicatoria puede ejercitarse en forma autónoma o directamente; pero si el demandado posee la cosa alegando ser dueño de ella, como habrá que destruírsele esta pretendida calidad para que proceda la reivindicación, entonces, es apenas obvio, deben ejercitarse conjuntamente ambas acciones, la de propiedad y la reivindicatoria. O lo que es lo mismo, en un solo libelo puede buscarse la anulación indirecta o descalificación del título del demandado para, despejada la vía, darle prevalencia al título del actor y poder proferir la disposición de entrega de la materia de la litis.

Tiene la Corte establecido de antaño que la acción de dominio consagrada por el artículo 946 del C. C. está configurada por dos elementos: UNO PETITORIO declarativo del carácter de dueño del demandante, y OTRO RESTITUTORIO de la cosa que dice relación al poseedor demandado y sin que ello implique que el primero envuelva petición DECLARATIVA y petición de CONDENA el segundo, como que la calidad de dueño, extremo fundamental de la acción reivindicatoria, debe resultar plenamente establecida para que sin inconveniente procesal pueda el fallador ordenar que la cosa le sea restituída.

Al alegarse que la acción de PROPIEDAD y la RESTITUTORIA son contrarias e incompatibles, se hace con notorio olvido de que la demanda sobre entrega o restitución de la cosa que pretende reivindicarse tácitamente implica o tiene como base la consideración o el hecho del dominio del demandante sobre la cosa, y con olvido también, de que la declaración de pertenecerle el dominio al demandante conlleva la procedencia de la orden de entrega de la cosa por el poseedor o simple tenedor en favor del que ha sido reconocido como dueño.

3.—Con ocasión de un fallo la ley sólo puede quebrantarse por la VIA DIRECTA cuando el sentenciador entiende la ley equivocadamente, esto es, cuando le da a la norma una interpretación contraria a sus términos; cuando interpretándola rectamente, se la aplica sin embargo para regular un caso o hecho no previsto; o cuando se deja de aplicarla al caso previsto.

4.—La naturaleza extraordinaria del recurso de casación radica en el hecho de que está establecido no en provecho de las partes sino de la ley y en forma, que corresponde al recurrente alegar, precisar y demostrar las equivocaciones o errores de hecho o de derecho en que pudo incurrir el sentenciador con ocasión de la sentencia que acusa. Alegar que el Tribunal hizo apreciaciones injurídicas o inexactas porque estima que debió haber propiciado las contrarias, pero sin darle razón o fundamento a su apreciación, equivale a no formular cargo ninguno ya que la Corte no puede considerar el que se haga cuando el recurrente se limita a enunciarlo sin exponer la razón que lo sustenta, y porque, palabras de la Corte, "cuando no se combaten los fundamentos de una determinada apreciación o disposición del fallo ella queda en pie como base fundamental de la sentencia".

5.—Tiene repetido la Corte, y es su jurisprudencia "que la disposición del artículo 593, que estatuye que 'toda decisión judicial, en materia civil, se fundamenta en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa...', no es norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es regla que el legislador da a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de la prueba". Consiguientemente, lo ha repetido esta Sala, esta disposición no puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la deseche o contraríe será indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tenga como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagren derechos sustantivos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar).

La escritura pública número 820 de 28 de noviembre de 1929 de la Notaría Segunda de Tunja da cuenta de que Antonio Martínez dio en venta al señor Leonardo Espitia "con destino para los menores impúberes Benigno y María Piratobas" el dominio y propiedad de dos lotes de terreno ubicados dentro de la comprensión municipal de Arcabuco del Departamento de Boyacá, alindados por los señalamientos indicados allí y por el precio de $ 300.00 que el vendedor declaró recibidos a su satisfacción. En los cláusulas siguientes hicieron constar los otorgantes: "Que desde hoy hace el comprador entrega real de los terrenos vendidos, sometiendo la venta especialmente a las condiciones siguientes: 1ª Los menores impúberes Benigno y María Piratobas, para quienes se hace esta venta, no podrán entrar en el dominio y posesión de los lotes de terreno que se les venden sino una vez que hayan cumplido la mayor edad. 2ª En caso de que el comprador señor Espitia falleciere antes de cumplir la mayor edad Benigno y María Piratobas, los representará el vendedor señor Martínez, para el efecto de la eficacia de la venta de lo que en seguida se expresa...."—"5ª Si el valor de los arrendamientos o frutos civiles no alcanzaren para dar a los menores la mediana educación a que hubiere lugar, de común acuerdo vendedor y comprador pueden disponer de un pedazo de terreno para atender a este gasto".

Posteriormente, los citados Martínez y Espitia, quienes actuaron en el negocio de los lotes aludidos "con destino para los menores impúberes Benigno y María" optaron por venderlos al doctor Gonzalo Rodríguez Suárez, lo que hicieron mediante la escritura Nº 627 de 21 de agosto de 1939 de la misma Notaría. Días después, el 15 de diciembre siguiente, por instrumento número 1013 de la misma Notaría, el doctor Rodríguez Suárez volvió a venderle al mismo Antonio Martínez los lotes referidos, quien por este medio y a partir de esa fecha, entró en posesión de los inmuebles.

En el año de 1951, Benigno y María Piratobas —para quienes se había hecho la compra de los expresados lotes cuando aún eran impúberes— ya revestidos de capacidad jurídica por haber obtenido su mayor edad, por instrumento número 312 de 2 de marzo de dicho año vendieron a Cipriano Rojas los inmuebles objeto de los traspasos anotados haciendo en la escritura respectiva estas advertencias: "Tercero. Que los derechos de propiedad y dominio que hoy enajenan los adquirieron por compra que de ellos hicieron al señor Antonio Martínez G. según consta en la escritura pública número 820 de 28 de noviembre de 1929, otorgada ante el Notario Segundo de esta ciudad"... "—Quinto. Que no hacen entrega material de los terrenos que venden por cuanto han sido

ocupados y poseídos por personas diferentes a los exponentes...".

La demanda

Así las cosas, Cipriano Rojas, por medio de apoderado, en escrito presentado en el Juzgado del Circuito de Moniquirá demandó al indicado Antonio Martínez para que con su audiencia declarara el Juzgado en la sentencia de un juicio ordinario:

"**Primera.**—Que mi representado Cipriano Rojas, de las condiciones anotadas, es dueño y tiene mejor derecho que el demandado Antonio Martínez, y le pertenece, por consiguiente, el dominio y propiedad de un terreno o potrero denominado 'La Esmeralda', situado en la vereda de Quirbaquirá de la jurisdicción de Arcabuco y que tiene los siguientes linderos: por el oriente, cerca de alambre al medio, linda con de Jorge Jiménez y hermanos; por el norte, cerca de alambre al medio, linda con terrenos de Leonardo Espitia poseídos hoy por Ana Tulia García; por el occidente, cerca de alambre y la carretera del Cararé al medio, linda con de Marco Tulio Garavito y Ana Tulia García, y con de herederos de Rosalbina Espitia, y por el sur, cerca de alambre y pared linda con de Arcelio Espitia.

"**Segundo.**—Que se condene al demandado Antonio Martínez a restituir a mi poderdante Cipriano Rojas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que dicte el señor juez el terreno o potrero denominado 'La Esmeralda' y que antes se determinó por sus linderos, junto con sus frutos naturales y civiles y que haya podido producir desde la fecha en que lo posee materialmente el demandado Antonio Martínez, hasta el día en que haga la entrega material del mismo. Se le debe condenar como poseedor de mala fe, porque habiéndolo vendido lo retiene sin justa causa y no ha hecho entrega del mismo al comprador.

"**Tercera.**—Que se condene al demandado Antonio Martínez a pagar a mi poderdante los perjuicios que le ha causado con la retención del inmueble ya determinado.

"**Cuarta.**—Que se condene en las costas al demandado Antonio Martínez, si se opone".

Entre los hechos aducidos en la demanda conviene transcribir estos:

a) "El demandado Antonio Martínez fue quien vendió a Leonardo Espitia y para los menores, en ese entonces Benigno y Rosa María Piratobas el lote o potrero determinado en el punto primero de esta demanda (la parte petitoria). Luego por algunas incidencias, el mismo Antonio Martínez vendió nuevamente lo que ya había vendido, a Gonzalo Rodríguez Suárez y éste a la vez volvió a vender a Antonio Martínez el potrero materia de esta acción y Arcelio Espitia otro bien. En todo caso el demandado posee el potrero a sabiendas de que no es de su propiedad y que pertenece a su verdadero dueño que lo es mi representado Cipriano Rojas.

b) "Por medio de la escritura pública número 820 de 28 de noviembre de 1929 de la Notaría Segunda de Tunja, Antonio Martínez, o sea el demandado, vendió, entre otros bienes el lote o potrero determinado en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda. Por consiguiente el terreno o potrero que se reivindica pertenece a mi poderdante por haberlo adquirido de sus verdaderos dueños Benigno y Rosa Piratobas. La venta la hizo Antonio Martínez a Leonardo Espitia pero para los menores antes mencionados y éstos vendieron a mi mandante el terreno o potrero mencionado.

c) "Por medio de la escritura pública número 312 de 2 de febrero de 1951 de la Notaría Segunda de Tunja, los ya mayores de edad Benigno y Rosa María Piratobas vendieron a mi representado Cipriano Rojas, entre otros bienes el terreno o potrero determinado en el numeral primero de la parte petitoria de esta demanda y el cual es materia de la presente acción de dominio o reivindicación.

d) "El demandado Antonio Martínez a sabiendas de que el lote o potrero determinado en la parte petitoria de la demanda pertenece en propiedad a mi poderdante Cipriano Rojas, de mala fe ha mantenido la posesión material sobre el lote o potrero ya mencionado.

e) "El demandado debe ser condenado como poseedor de mala fe, porque no ha querido hacer entrega del lote o potrero materia de esta acción a su verdadero dueño, o mejor, lo ha retenido a sabiendas de que pertenece a mi poderdante".

El demandado se opuso a que se hicieron las declaraciones impetradas; con algunas explicaciones negó los hechos; contestó al 2º "no es cierto, me opongo: el propietario y poseedor de lo

finca es mi representado señor Antonio Martínez. La ha manejado con justo título y buena fe y no como lo afirma el actor. La mala fe está en el demandante, quien a la vez afirma un hecho que no está probado, y que es constitutivo en su afirmación de un delito que se denomina calumnia". Opuso a la acción las excepciones de "Carencia de Personería Sustantiva de la parte actora" y la de "Prescripción en sus dos formas extraordinaria y ordinaria", defensas que fundamentó, la de "Carencia de Personería", en que "ni el demandante, ni las personas a quienes dice haberles comprado el lote que pretende reivindicar, han tenido derecho de dominio alguno". Y la de "Prescripción" —la extraordinaria— "por haber poseído el demandado por el término legal el bien por reivindicar, en forma pacífica y tranquila"; y "la ordinaria" por existir justo título y posesión material con buena fe durante más de diez años, todo en favor de mi representado".

—

Trabada así la litis, le puso fin a la primera instancia el señor juez del conocimiento con su sentencia de 16 de junio de 1955 del siguiente tenor resolutivo:

"Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"1º—Declarar que el señor Cipriano Rojas es dueño y le pertenece por consiguiente el dominio y propiedad del terreno o potrero denominado 'La Esmeralda', situado en la vereda de Quirbaquirá de la jurisdicción de Arcabuco, por los linderos determinados en la parte petitoria de la demanda.

"2º—Como consecuencia de lo anterior se condena al demandado señor Antonio Martínez a entregar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, el terreno denominado 'La Esmeralda' y por la alinderación de que trata la demanda.

"3º—Deberá restituir también los frutos naturales y civiles que haya producido el terreno, desde la notificación de la demanda hasta el día en que se efectúe la entrega material. Frutos que se deberán liquidar como lo ordena el artículo 553 del C. J.

"4º—Se condena en las costas del juicio a la parte demandada. Cancélese la inscripción de la demanda".

—

El Tribunal Superior de Tunja resolvió el recurso de apelación que interpuso el demandado mediante sentencia de 16 de diciembre del año próximo pasado confirmatoria de la apelada, con costas a cargo del apelante.

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado del demandado el recurso de casación que declarado admisible por la Corte va la Sala a desatarlo, agotados como se encuentran los trámites legales.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera de las señaladas por el artículo 520 del C. J., el recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

A) "Violación directa de la ley sustantiva por infracción del ordinal 3º del art. 209 del C. J.

B) "Violación directa de los artículos 2518, 2528 y 2529 del C. C. y 593 y 598 del C. J.

C) "Violación de la ley sustantiva por infracción directa del artículo 1743 del C. C.

D) "Aplicación indebida del artículo 766 del C. C. (ordinal 3º) que llevó al sentenciador a la violación de los artículos 764 y 946 del Código Civil.

E) "Ser la sentencia violatoria por infracción directa de los artículos 593 y 598 del C. J.".

Estudio de los cargos

Primer cargo—(Violación directa de la ley sustantiva por infracción del ordinal 3º del artículo 209 del C. J.).

Dispone la norma que se dice violada: "En una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones siempre que concurran los siguientes requisitos: 1º..... 2º..... 3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí....".

El recurrente formula el cargo así: "Quien en un mismo libelo propone en forma simultánea acciones contrarias entre sí, debe perder el pleito en virtud de que las acciones no son acumulables". Y agrega:

"En la demanda propuso el actor dos acciones, **la declaratoria de dominio**, cuando dijo que mi representado es dueño y tiene mejor derecho que el demandado; **la de condena**, al proponer que se condene al demandado a restituir a mi poderdante los lotes del litigio". Y opina el recurrente que estas dos peticiones de la demanda contienen

dos acciones **contrarias** e **incompatibles** entre sí porque "la acción declarativa tendiente, no a la condenación del demandado sino a la simple declaración del derecho, es contraria a la llamada de condena, tendiente como su nombre lo indica a la condenación del demandado a la entrega de la cosa; y son contrarias entre sí, porque mientras que con la una se pide que no se condene al demandado, con la otra se pide que sea condenado". Adelante, reiterando sus puntos de vista agrega: "La primera es declarativa porque con ella tan sólo se buscó que el señor Juez declarara la simple existencia del derecho de dominio en cabeza de Cipriano Rojas, y la segunda es de condena porque se persiguió la ejecución del derecho cuya declaratoria se pedía".

Sobre las anteriores explicaciones concluye el señor apoderado:

"Dando el H. Tribunal de Tunja, prosperidad a las acciones, y siendo ellas incompatibles entre sí, la sentencia es violatoria en forma directa del art. 209 del C. J. y por ello merece ser casada".

En relación con los particulares anotados fijó el Tribunal su criterio en estos pasajes de su fallo:

"Teniendo en cuenta los hechos enunciados, que de modo manifiesto descubren la verdadera causa de la demanda, el derecho invocado que precisamente es el contenido en las disposiciones que normalizan la acción reivindicatoria o de dominio y la finalidad, también manifiesta de las súplicas segunda y tercera de obtener la restitución del predio poseído por el demandado y de que el actor afirma ser dueño exclusivo o "de mejor derecho", hay que concluir que la primera de las declaraciones incoadas sólo constituye como ya se dijo, un presupuesto de la restitución pedida en las demás, y no una acción declarativa la que tampoco se configuraría en el caso de autos como tal, si se tiene en cuenta que lo que caracteriza a las acciones declarativas es que su única objetividad es la obtener (sic), exclusivamente, el reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de un derecho frente a quien la impugna, que su ejercicio se agota con la afirmación del juez acerca de esa existencia o inexistencia, y que no tiene como causa la violación de un derecho"... "En el caso que se examina, el objeto de la demanda es en definitiva la restitución de la cosa que se dice indebidamente poseída por el demandado, con causa en el hecho de ser el demandante dueño de 'un mejor derecho' que éste, y no haber sido posible obtener por otros medios la restitución perseguida. La afirmación contenida en el hecho segundo de la demanda, y repetida en otros, compendia, en efecto, esa causa y esa finalidad. 'Mi representado —dice el abogado del demandante—; es el propietario y poseedor inscrito del lote determinado por sus linderos en el primer punto de la parte petitoria de la demanda y el demandado lo posee materialmente y de mala fe y no ha sido posible que lo restituya a su verdadero dueño que lo es el actor'... 'Por lo demás, la misma doctrina de la H. Corte contenida en el fallo que invoca la parte demandada en sus alegatos, precisamente sienta el principio de que la declaración previa del dominio exclusivo por parte de quien reivindica, no puede tomarse como el ejercicio de la acción meramente declarativa, 'puesto que tal declaración, expresa o tácita, es presupuesto necesario de la condena de los demandados a la entrega de dicha cosa'" (G. J. número 2149, pág. 117 in fine).

De su lado, opina el opositor, que debe rechazarse el cargo "porque la disposición que se supone quebrantada —numeral 3º del artículo 209 del C. J.— es disposición adjetiva no siendo entonces procedente el recurso de casación por estas razones: a) porque por la causal 1ª sólo es admisible la acusación del fallo por violación de disposiciones sustantivas; b) porque si se hubiera incurrido en alguna violación del artículo 209 del C. J., sería ella indirecta por errónea interpretación de la demanda, motivo que no se alegó; y c) porque constituye lamentable equivocación entender que hay acumulación indebida de acciones cuando quien ejerce la de dominio, pide que —para condenar al demandado a que restituya la cosa— se principie por declarar o reconocer el dominio de ella a favor del demandante".

Considera la Corte:

La tesis de que jurídicamente no es posible acumular en una misma demanda acciones contrarias e incompatibles entre sí es estrictamente legal, más, cuanto que el enunciado es copia literal de la letra de la citada norma del Código Judicial —artículo 209, numeral 3º— mandamiento de carácter sustantivo pese a su localización en el código de leyes adjetivas y acusable por vía de casación con ocasión de su posible quebrantamiento, como que determinar si dos acciones son contrarias e incompatibles entre sí, es problema que presupone estudio de fondo no de simple rito pro-

cesal. Es éste, lo tiene repetido la Corte, "un proceso que va al fondo de la cuestión y resuelve sobre los derechos sustantivos incoados por las partes; o mejor dicho, es proceso en que se falla el pleito desconociendo de plano, por una cuestión meramente procedimental, derechos de vital importancia para los litigantes". (Casación 9 de marzo de 1943, LV, 45 y 46).

Ahora bien, si el planteamiento del recurrente es jurídico, no resulta aplicable al caso del pleito. La jurisprudencia ha distinguido, invariablemente, entre la acción de simple propiedad, en la que se pide que el demandante es dueño de una determinada cosa, de la acción reivindicatoria, que es la que tiene el titular de un derecho real de que no está en posesión para que el poseedor o tenedor de él sea obligado a restituírselo.

De ahí, por qué, en la acción reivindicatoria no está obligado el demandante a pedir se le declare dueño de la cosa que pretende reivindicar, pero está, y necesariamente, obligado a demostrar que es dueño de la cosa, toda vez que el carácter de propietario es no solamente hecho de indispensable demostración en acciones de esta índole sino que, como lo tiene explicado la jurisprudencia "es condición axiológica de la acción de propiedad cuya no demostración conlleva el inevitable fracaso de la acción". Es decir, la acción reivindicatoria puede ejercitarse en forma autónoma o directamente; pero si el demandado posee la cosa alegando ser dueño de ella, como habrá que destruírsele esta pretendida calidad para que proceda la reivindicación, entonces, es apenas obvio, deben ejercitarse conjuntamente ambas acciones, la de propiedad y la reivindicatoria. O lo que es lo mismo, en un solo libelo puede buscarse la anulación indirecta o descalificación del título del demandado para, despejada la vía, darle prevalencia al título del actor y poder proferir la disposición de entrega de la materia de la litis.

Tiene la Corte establecido de antaño que la acción de dominio consagrada por el artículo 946 del C. C. está configurada por dos elementos: uno pretorio declarativo del carácter de dueño del demandante, y otro restitutorio de la cosa que dice relación al poseedor demandado y sin que ello implique que el primero envuelva petición declarativa y petición de condena el segundo, como que la calidad de dueño, extremo fundamental de la acción reivindicatoria, debe resultar plenamente establecida para que sin inconveniente procesal pueda el fallador ordenar que la cosa le sea restituída.

Al alegar el recurrente que la acción de propiedad y la restitutoria son contrarias e incompatibles, lo hace con notorio olvido de que la demanda sobre entrega o restitución de la cosa que pretende reivindicarse tácitamente implica o tiene como base la consideración o el hecho del dominio del demandante sobre la cosa, y olvida también, que la declaración de pertenecerle el dominio al demandante conlleva la procedencia de la orden de entrega de la cosa por el poseedor o simple tenedor en favor del que ha sido reconocido como dueño. Por lo demás, el concepto jurídicamente expuesto en la sentencia y defendido por el sentenciador a base de consideraciones y apreciaciones de juridicidad indiscutible consistente "en que en la acción reivindicatoria la declaración de dominio expresa o tácita, es presupuesto necesario de la condena del demandado a la entrega de la cosa" no ha sido atacado en el recurso.

Pero volviendo a la enunciación del cargo y especialmente a la motivación aducida en fundamento, ve la Sala, que como se acusa la sentencia sobre el supuesto de haberse incurrido por el sentenciador en violación directa de la ley, el cargo resulta equivocado porque el sentenciador en ningún pasaje de su fallo afirmó que en una misma demanda podían acumularse acciones incompatibles y contrarias; y, principalmente, porque si las pretensiones de la demanda hubiesen envuelto, como lo cree el recurrente, la adución de acciones incompatibles y contrarias, la acusación legalmente procedente habría sido la de violación indirecta de la ley por interpretación indebida o aplicación errónea. Apenas habrá para qué recordar, que con ocasión de un fallo la ley sólo puede quebrantarse por la vía directa cuando el sentenciador entiende la ley equivocadamente, esto es, cuando le da a la norma una interpretación contraria a sus términos; cuando interpretándola rectamente, se la aplica sin embargo para regular un caso o hecho no previsto; o cuando se deja de aplicarla al caso previsto; modalidades, ni una ni las otras, que no son a las que quiso referirse el recurrente en este capítulo de la demanda. Debe consiguientemente, rechazarse el cargo.

Segundo cargo. — "Violación directa de los artículos 2513, 2528 y 2529 del C. C. y 593 del C. J."

En relación con la violación directa de estas

normas alega el recurrente, en síntesis, que como halláca el sentenciador que al título del reivindicante le opuso el demandado el hecho de la prescripción adquisitiva ordinaria del mismo predio consumada a su favor, estudió este fenómeno jurídico frente a los elementos del proceso y dedujo ilegalmente que como el título aducido por el demandante —el que le dio base para ejercer posesión sobre el inmueble del litigio— "no tiene las características de justo y la buena fe exigida por el artículo 764 del Código Civil no existe" esa equivocación lo condujo a concluir "que la posesión adquirida por Martínez es irregular, inhábil, no suficiente a enervar el derecho de la parte actora fundado en título, ese sí revestido de todas las características de justo".

A lo anterior arguye: "Pero, ocurre Honorables Magistrados, que para el caso de autos, sí existe la posesión regular, que se reclama para estructurar la excepción de prescripción ordinaria en virtud de que operan los siguientes elementos: 1º) El contrato de compraventa contenido en la escritura número 1013 de 15 de diciembre de 1939, según el cual el doctor Gonzalo Rodríguez Suárez vendió a Antonio Martínez el terreno de 'La Esmeralda' materia del pleito. Este es el justo título del excepcionante ya que reúne los requisitos exigidos por la ley (artículos 1502 y 1857 del C. C.); 2º) Hay posesión no interrumpida porque de acuerdo con las pruebas, múltiples declaraciones que operan en el expediente, el hecho posesión ejercido por Martínez se presenta sin interrupción natural o civil; 3º) El término pedido por la ley, en cuanto a la posesión regular no interrumpida, de diez años, está cumplido ya que desde el 17 de octubre de 1944 cuando entró el menor de los Piratobas a la mayor edad, al primero de diciembre de 1964, fecha en la que se notificó la demanda, han transcurrido más de diez (10) años pedidos para la prescripción ordinaria".

Y concluye: "No reconocer la excepción de prescripción ordinaria del dominio en favor de Antonio Martínez, estando ella demostrada, es violar la ley sustantiva en cuanto a ello corresponde, por no dar aplicación a las disposiciones citadas del C. C en este aparte de la demanda de casación. Al ser la sentencia violatoria en forma directa de los artículos 2518, 2528 y 2529 del C. C., por no habérsele dado aplicación, debe casarse".

Considera la Corte

No motiva, no defiende el recurrente los puntos de vista que acaban de anotarse, ni explica ni da a conocer las razones de orden jurídico en que hace descansar las afirmaciones que enunciándolas simplemente, opone a las que precisó el Tribunal y que, gradualmente fueron dándole respaldo a la conclusión que en el recurso se califica de injusta e injurídica. Dice, sin ayuda de razonamientos propios o adecuados "que la escritura que posee Martínez vinculada sobre los lotes del litigio —número 1013 de 15 de diciembre de 1939 — declarativa de la venta que le hizo el doctor Rodríguez Suárez es el justo título del excepcionante ya que reúne los requisitos exigidos por la ley en sus artículos 1502 y 1857 del Código Civil"; "que el demandado tiene posesión no interrumpida legal y justa sobre los predios mismos porque así lo acreditan multitud de elementos probatorios"; "que el término de prescripción ordinaria está cumplido porque a partir del día de la mayor edad del menor de los Piratobas han transcurrido más de diez años —no lo dice la demanda pero debe entenderse— de estar ejerciendo el demandado la posesión del predio".

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación radica en el hecho de que está establecido no en provecho de las partes sino de la ley y en forma, que corresponde al recurrente alegar, precisar y demostrar las equivocaciones o errores de hecho o de derecho en que pudo incurrir el sentenciador con ocasión de la sentencia que acusa. Alegar que el Tribunal hizo apreciaciones injurídicas o inexactas porque estima que debió haber propiciado las contrarias, pero sin darle razón o fundamento a su apreciación, equivale a no formular cargo ninguno ya que la Corte no puede considerar el que se haga cuando el recurrente se limita a enunciarlo sin exponer la razón que lo sustenta, y porque, palabras de la Corte, "cuando no se combaten los fundamentos de una determinada apreciación o disposición del fallo ella queda en pie como base fundamental de la sentencia".

Al sustentar el cargo dice el recurrente, simplemente, "que el título de su patrocinado es justo y que la posesión que éste ejerce sobre el predio del litigio tiene las características de regular y que como así no lo declaró el sentenciador, incurrió en violación directa de las normas indicadas". Por inepto debe rechazarse el cargo.

Tercer cargo.- "Violación de la ley sustantiva por infracción directa del artículo 1743 del Código Civil".

Luego de transcribir el texto de los artículos 1743 y 1741 del Código Civil, comenta el recurrente: "El Tribunal al pronunciarse dijo que el título exhibido por mi representado era nulo, porque se había otorgado siendo indispensable para ello o para su validez licencia judicial, por cuanto los bienes eran de menores. Quiere decir esto que el Tribunal de oficio se pronunció sobre una nulidad de carácter relativo"... "El hecho de haverse pronunciado el Tribunal sobre una nulidad de carácter relativo es lo que constituye la violación directa de la ley, más concretamente del artículo 1743 del C. Civil. Por este aspecto, también la sentencia debe ser casada".

Considera la Corte

El Tribunal se vio precisado en la parte motiva de su fallo a estudiar lo relacionado con la validez jurídica del título aducido por el demandado para resolver si el instrumento en que se hacía descansar la legitimidad de la posesión que estaba ejerciendo sobre el predio del litigio tenía las características de justo: si emanaba del verdadero dueño de la cosa; si no adolecía de nulidad; si para su otorgamiento medió previo decreto judicial, etc., etc. Y como el sentenciador hallara probadas varias de estas circunstancias calificó el título de inhábil para fundar en él el hecho de una posesión regular; no fue, oficiosamente - tal se afirma—, como procedió el Tribunal al estudio y calificación del expresado documento. El demandado lo exhibió como índice de su posesión dándole calificación de justo y a su turno el demandante a lo largo de la litis lo impugnó de irregular y de viciado. El Tribunal debió entonces, previa confrontación de las probanzas, hacer los pronunciamientos respectivos y para ello naturalmente tuvo que aducir razonamientos que, si no comparte el recurrente, no fueron impugnados directa ni indirectamente ni en sus fundamentos ni en la conclusión. Debe consiguientemente desestimarse este otro cargo.

Cuarto cargo—"Aplicación indebida del artículo 766 del Código Civil, ordinal 3º que llevó al sentenciador a la violación de los artículos 764 y 946 del Código Civil".

Lo fundamenta el recurrente en que "aceptando, en vía de discusión, que los señores Antonio Martínez y Arcelio Espitia, no eran propietarios del lote 'La Esmeralda', cuando lo transfirieron al doctor Gonzalo Rodríguez Suárez el 21 de agosto de 1939, tendríamos que los títulos ya citados contendrían contratos de compraventa sobre bienes ajenos; si Martínez y Espitia vendieron lo que no era suyo al doctor Gonzalo Rodríguez Suárez, hay venta de cosa ajena. Si el doctor Gonzalo Rodríguez por medio de la escritura 3013 vendió a Antonio Martínez lo que no era suyo, estamos también en frente del fenómeno jurídico de venta de bienes ajenos. Más por el hecho de que el doctor Rodríguez Suárez en 15 de diciembre de 1939, hubiere vendido lo que no era suyo, aun cuando fuera de menores, no se puede llegar a la conclusión de que ese título, como realización en concreto de una de las fuentes de las obligaciones sea injusto. No se puede llamar a tal título, injusto, precisamente porque la ley ha dicho que "la venta de cosa ajena es válida", y porque de la venta como de cualquier otro contrato no nacen sino simples obligaciones; no es otra cosa lo que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos, especialmente en el de 30 de septiembre de 1954"

"Por estas razones, agrega, el Tribunal erró al afirmar que en nuestro Derecho la venta de cosa ajena no es título justo, rechazando, en consecuencia, la excepción de prescripción ordinaria por ese solo motivo...".

Considera la Corte

Buscándole adecuada síntesis a las alegaciones del recurrente en orden a conocer los motivos aducidos para sustentar el cargo, la Corte las concreta, como lo hizo el opositor, así: "Estima el recurrente que aun aceptando que la venta que hicieron Antonio Martínez (el demandado) y Arcelio Espitia al doctor Gonzalo Rodríguez Suárez y la que éste hizo después al mencionado Antonio Martínez, fueron de cosa ajena, no podrían ellas considerarse como título injusto, ya que el Código Civil dispone expresamente que la venta de cosa ajena es válida, y sería absurdo aceptar que lo que la ley establece como válido se tenga por los jueces como injusto. Además, agrega el recurrente que también constituye violación del artículo 766, el negar la buena fe ya que dicha disposición "consagra que se requiere la buena fe" aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión".

Se alega en este capítulo, ya se vio, violación

de los artículos 764 y 946 del Código Civil como consecuencia de haberse aplicado indebidamente el artículo 766 del Código Civil, ordinal 3º.

Se explica:

La acusación por aplicación indebida de una determinada norma obliga al recurrente a especificar y determinar los errores de hecho o de derecho en que según su parecer incurrió el Tribunal con ocasión del fallo. Correspondía entonces al recurrente precisar en el caso estas circunstancias para luego, con base en ellas, poder llegar a la conclusión de que legalmente no era aceptable la afirmación del sentenciador de que el demandado —el recurrente— carecía de justo título y que la buena fe no amparaba la posesión que estaba ejerciendo sobre los lotes del litigio. Leyendo con cuidadoso esmero, con detenimiento, el texto de la demanda de casación observa la Sala que en ninguno de sus largos pasajes se encuentra concepto o afirmación que satisfaga en su contenido las exigencias y formalidades anotadas.

El razonamiento que tiene alguna relación con el cargo en sí mismo considerado ya viene transcrito. Los conceptos anotados en el pasaje copiado, cuanto a su contenido vinculante con el caso del proceso hubieran podido tener oportunidad si los actores en los contratos aludidos pudieran estimarse como que son terceros, lo que no es posible. El demandado vendió los lotes a sabiendas de que eran de propiedad de los menores, o lo que es lo mismo, de que eran ajenos; al comprarlos nuevamente, precisamente a la misma persona a quien se los había vendido sabiendo que eran ajenos, otra vez negoció sabiendo esa precisa circunstancia con el resultado, entonces, de que título adquirido en semejantes circunstancias y por medios tan oblicuos y de poco recibo en el común desenvolvimiento de las normales relaciones contractuales no puede tener exactamente las características de justo, más, cuanto que para que la buena fe ampare a una determinada convención no podrá el acto surgir o ser la resultante de una serie de dudosas convenciones.

Es más, en apoyo del cargo se cita en la demanda de casación el artículo 766 del Código Civil para afirmar, con base en él, "que habiendo adquirido el demandado de buena fe el título en cuestión, el mismo siguió siendo justo, aunque ésta la buena fe no hubiera seguido subsistiendo después de adquirida la posesión". Lejos de favorecerle al recurrente la cita anotada, le perjudica, porque, en fin de fines, viene a confesar que la buena fe no presidió el desarrollo normal de su actuación precisada en la serie de pactos comentada.

Por las razones expuestas debe rechazarse el cargo.

Quinto cargo.—"Ser la sentencia violatoria por infracción directa de los artículos 593 y 598 del C. J.".

a) Tiene repetido la Corte, y es su jurisprudencia "que la disposición del artículo 593, que estatuye que 'toda decisión judicial, en materia civil, se fundamenta en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa...', no es norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es regla que el Legislador da a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de la prueba". Consiguientemente, lo ha repetido esta Sala, esta disposición no puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la deseche o contraríe será indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tenga como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos. Y sucede, en el caso, que no advierte el recurrente la incidencia de la doctrina ni da razón alguna de la cual pueda deducirse la viabilidad del cargo.

b) Considera el recurrente "violado directamente el artículo 598 del C. J., por la misma razón, vale decir, por errónea apreciación de la prueba" consistente en la simple circunstancia de que el demandante al relacionar en la demanda la escritura en que funda su derecho de dominio otorgada el 2 de de mayo de 1951, siendo que se sobre los lotes del litigio —o sea la que le otorgaron Benigno y María Piraloba— la anotó como en la crítica probatoria. Si, pues, en los autos el pleito, todo al tenor de las normas que prescribe la realidad lo fue el 2 de febrero de ese mismo año.

La norma que se supone violada dispone que las pruebas pedidas en tiempo y actuantes en el proceso sirven para ser consideradas al fallarse actúa la prueba del contrato, escritura número 312 de 2 de febrero de 1951, a la que quiso referirse el demandante, y al rededor de ese contrato se desenvolvió toda la traba procesal y en forma que el recurrente fundó en él parte de sus alegaciones, procede concluir que la simple equivocación del mes del otorgamiento al relacionar la escritura no tiene la virtud de anular en este proceso su fuerza vinculante, de ese documento estudiado y controvertido en su tenor por ambos

litigantes a todo lo largo del proceso. Por inoperante y baldío debe rechazarse el cargo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Ansola Escobar.

Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán.

Juan E. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas.

Jorge Soto Soto, Secretario.

EL DEMANDANTE, EN ACCION DE SIMULACION, DEBE DESVIRTUAR LA AFIRMACION DE PAGO DEL PRECIO CONTENIDO EN LA ESCRITURA. — CUANDO UNO DE LOS CONTRATANTES ES TERCERO EN ACCIONES DE ESTA NATURALEZA. — CONFESION HECHA EN LA DEMANDA O LA CONTESTACION.—ERROR EVIDENTE DE HECHO. — PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.—PRUEBA DE LA SIMULACION

1.—La comprobación del pago del precio cuando se ejercita la acción de simulación no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al demandante a quien corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por ese motivo.

2.—Cuando son dos los compradores, cada uno se hace dueño de su derecho y pasa a ser un tercero respecto a las escrituras privadas que el otro comprador y el vendedor hagan para alterar lo pactado en la escritura pública en que se hizo constar el contrato de compraventa. Si no fuera así fácilmente podría arrebatarse el derecho al primero mediante confabulación del vendedor y el otro comprador.

3.—Dice el recurrente que las afirmaciones contenidas en la demanda se destruyen y neutralizan, pero esto no es cierto, porque las confesiones que se hagan en la demanda y en su respuesta quedan en firme y producen sus efectos.

Los hechos que exponga el demandante en su libelo son la base de las acciones que ejercita y el fundamento de sus pretensiones. La demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse por el actor, por una sola vez, en el tiempo que la ley señala, después de lo cual no le es dado al demandante modificar su libelo y deberá sufrir las consecuencias de sus afirmaciones o omisiones, que siempre incidirán en el resultado final del litigio. Es pieza que debe elaborarse con sumo cuidado y meditarse con ponderación, pues la demanda es una prueba en sentido lato. La afirmación en la demanda de un hecho que perjudique al libelista sólo puede destruirse mediante la prueba de haber sufrido error de hecho, sin que le reste valor la circunstancia de haber sido hecha por el apoderado judicial, porque la ley presume que tiene autorización de su poderdante para hacer confesión en el escrito de demanda. (Artículo 607 del C. J.). Lo misma puede predicarse de la contestación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia.'— Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha 13 de febrero de 1955, que decidió la segunda instancia del juicio ordinario propuesto por Amalia Zarama de Luna contra Antonio Santacruz y Juana Benavides de Santacruz sobre simulación de unos contratos de compraventa.

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 777 de 22 de junio de 1950, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Pasto, Amalia Zarama de Luna dio en venta a los esposos Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz, tres potreros contiguos denominados Potrero de la Entrada, Potreros de las Vacas y la Estancia Vieja con Las Cuadras, los cuales forman un solo lote, ubicados en jurisdicción del Municipio de Pasto y demarcados en conjunto por los linderos que se expresan en la misma escritura.

Posteriormente, por escritura número 1025 otorgada en la misma Notaría el 14 de agosto de 1950, la nombrada Señora Amalia Zarama de Luna dio en venta a Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz, dos potreros ubicados en la sección de Arana del Distrito de Pasto demarcados por los linderos que en esa escritura se indican.

El 6 de diciembre del mismo año de 1950 la vendedora Amalia Zarama de Luna, por medio de apoderado, demandó a los esposos Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declararan "rescindidos", por simulación, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 777 y 1025 antes citadas. Subsidiariamente pidió se declararan rescindidos esos contratos por lesión enorme y en subsidio final que se declararan resueltos los contratos por falta de pago del precio.

Instancias

El conocimiento del negocio correspondió al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto. En la primera instancia las partes se abstuvieron de producir pruebas y el Juez dictó la sentencia de fecha 22 de febrero de 1952 en la cual absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon. La demandante apeló de esa sentencia y el Tribunal, luego de practicar las numerosas pruebas pedidas en la segunda instancia y resolver todos los incidentes que se presentaron, dictó el fallo de fecha 12 de febrero de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"**Primero.**—Se absuelve a los demandados en relación con las acciones principal de simulación y subsidiarias de rescisión por lesión enorme y resolución por falta de pago del precio que contienen las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta y 'Peticiones Subsidiarias Finales' de la demanda, menos en cuanto a la acción resolutoria, por no pago del precio, del contrato a que se refiere la escritura pública número 1.025 de 14 de agosto de 1950, de la Notaría Primera de Pasto, sobre la cual se declara probada la excepción perentoria de contrato no cumplido por parte de la actora del juicio. En los términos anteriores queda reformada la sentencia de primera instancia.

"**Segundo.** — Se condena a la parte actora del juicio, recurrente en apelación, al pago de las costas procesales de la segunda instancia".

Contra esta providencia interpuso recurso de casación la parte demandante, el que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

La casación

Dice el recurrente que el recurso se encamina a obtener la casación total del fallo acusado, para que en su lugar se revoque el de primera instancia y se haga la declaración principal de simulación o las subsidiarias suplicadas alternativamente y las consecuenciales pedidas. Formula cuatro cargos, que serán estudiados en el mismo orden en que fueron presentados.

Primer cargo

Lo enuncia así: "Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el artículo 520 del C. J., o sea por aplicación indebida de los artículos 1524, 1766, 1849, 1857, 2221 a 2235, 2243, 2422, 1626, 740 a 743, 745 y 756 C. Civil, concordados con el 1602, misma obra, y del artículo 8º, L. 153 de 1887, a consecuencia de error evidente de hecho proveniente de mala apreciación o falta de estimación de las piezas procesales que se señalaran en el cuerpo del cargo, y de error de derecho en la estimación de dichas probanzas".

En su extensa alegación tendiente a demostrar el cargo, considera el recurrente que el Tribunal incurrió en los siguientes errores:

a) Error evidente de hecho, proveniente de mala estimación de la confesión de los demandados y de falta de estimación de la escritura pública número 774 de 22 de junio de 1950 de la Notaría Primera del Circuito de Pasto, y error de derecho al no aplicar los textos sobre valoración de la prueba e incumbencia de la misma en relación con la aludida confesión de los demandados y las escrituras números 774 y 777 de 22 de junio de 1950 de la Notaría Primera de Pasto.

Este error lo hace consistir en que en las escrituras que contienen los contratos acusados de ser simulados, se lee que los supuestos compradores pagaron el precio indicado de $ 30.000 y $ 20.000, respectivamente, en moneda legal, que la vendedora dio por recibida. Que no obstante, de las posiciones absueltas por los demandados aparece que los supuestos compradores no pagaron el precio como allí se dice. "Esta confesión de los de-

mandados —son sus palabras— es plena prueba de una simulación, puesto que si confiesan no haber pagado el precio en la forma dicha en las escrituras citadas, ello significa que lo pagaron en otra forma o no lo pagaron. Los demandados alegan lo primero, esto es, que pagaron el precio en otra forma de la que dicen las referidas escrituras, pero no sólo no han presentado la prueba de su aserto, sino que las que citan como tales los contradicen evidentemente". Que los demandados afirman que pagaron el precio de la compraventa contenida en la escritura 777, entre otras cosas, con la hipoteca que a su favor existía sobre la misma finca por la suma de $ 14.000 cancelada ese mismo día, pero ocurre que la escritura de cancelación de dicha hipoteca es anterior a la 777, pues lleva el número 774, y en ella consta que los demandados cancelan la hipoteca "por hallarse satisfechos de pago" y que como en parte alguna esa escritura dice que el gravamen se cancela a cambio de la enajenación de la finca Arana, debe entenderse que estando ya los acreedores hipotecarios satisfechos de pago, mal podían pagar parte del precio de la compra con el valor de una hipoteca que ya había sido cancelada por pago efectivo confesado por los demandados en la escritura de cancelación.

"Luego si esto es así —continúa el recurrente— tenemos que la evidencia procesal, surgida de prueba que tiene el carácter de plena contra los demandados (su propia confesión contenida en las posiciones absueltas en el juicio y su confesión contenida en la E. P. 774 de 1950) dice cómo los demandados no pagaron en dinero los $ 30.000 que figuran como precio de la venta contenida en la E. P. 777 de 1950 y cómo tampoco los pagaron mediante la cancelación de la hipoteca efectuada por la E. P. 774 de la misma fecha".

Agrega que como el deudor corresponde demostrar el pago que alega, según lo dice el artículo 1757 del C. C., habiendo los demandados confesado que no pagaron el precio en la forma expresada en la escritura de compra, les corresponde demostrar que lo pagaron en otra forma, ya que arguyen el pago, que es una excepción que tienen obligación de probar conforme al artículo 609 del C. J. Repite que los demandados no sólo no han probado el pago alegado, sino que la forma misma como pretenden justificarlo está en su contra, ya que en la escritura número 774 de 1950, en que se hizo la cancelación de la hipoteca, "confesaron estar satisfechos de pago del mutuo allí contenido, confesión anterior a la 'compraventa' de que trata la escritura 777 del mismo año".

b) Error de hecho al considerar que el documento de fecha 13 de noviembre de 1950, suscrito en dos ejemplares por Amalia Zarama de Luna y Antonio Santacruz, reconocido por éste en el juicio y que obra a los folios 3 del cuaderno número 4 y 289 del cuaderno número 5, es un principio de prueba por escrito, cuando es la "confesión palmaria" de que la suma de $ 10.000.00 sacada de la Caja Agraria mediante hipoteca del inmueble a que se refiere la escritura 777, lo fue por cuenta y para la señora Zarama de Luna.

Dice el recurrente que uno de los ejemplares estaba en poder de los demandados y que ese documento contiene la **cuenta corriente** de la señora Zarama de Luna con Antonio Santacruz y en él se lee entre otras cosas: "Señora Amalia Zarama a Antonio Santacruz. Debe, valor de un crédito que el señor Santacruz tomó en la Caja Agraria, hipotecando una propiedad escriturada a su favor por medio de la escritura número 777 de este año...$ 10.000.00". Que como este documento fue reconocido por el demandado Santacruz tiene la fuerza de confesión judicial y que él contiene la confesión del demandado Santacruz sobre dos hechos: "1º La existencia de una cuenta corriente entre la actora y el dicho Santacruz. — 2º Que éste tomó en préstamo a la Caja Agraria la suma de $ 10.000.00 hipotecando la propiedad a que se refiere la escritura 777 de 1950, por cuenta de la demandante, la cual, por esto, aparece como deudora del demandado Santacruz, por igual suma". Que si se relaciona esta confesión del demandado Santacruz con la confesión tanto del mismo como de su esposa, que ha puntualizado, se tiene que de estas pruebas "plenísimas" aparece la demostración de que los presuntos compradores no pagaron el precio de la supuesta venta, siendo mentira, mera simulación, la afirmación hecha en la escritura 777 de 1950 sobre el particular, ya que no han podido probar, y, por el contrario, aparece la prueba opuesta, de que la suma de $ 14.000.00 la hubieran cubierto mediante la cancelación de la hipoteca a que antes se aludió, siendo en cambio evidente que la finca que se dice enajenada por la escritura 777, fue hipotecada por Santacruz, por cuenta de la actora y a su cargo, a la Caja Agraria por la suma de $ 10.000.00, como lo ha dicho y reiterado la demandante.

En seguida se refiere a la forma como el demandado Santacruz recibió los $ 10.000.00 pres-

tados por la Caja Agraria, su consignación, en parte, en la cuenta de éste en el Banco Comercial Antioqueño, para llegar a la conclusión de que con ese mismo dinero se canceló la obligación hipotecaria a favor de José Primitivo Castro, y decir adelante, al tratar lo referente a la venta contenida en la escritura pública 1026 de 14 de agosto de 1950 de la Notaría Primera de Pasto, que como el pago de la hipoteca de Castro fue hecha con dineros tomados para la demandante, no puede aceptarse que esos dineros pagados a Castro fueran parte del precio de la venta a que alude la escritura 1035 citada. De todo esto deduce que los compradores tampoco pagaron el precio de la segunda venta y que la afirmación de tal pago contenida en las escrituras es mentira, que las escrituras son simuladas, que la primera tuvo como objeto permitir que los demandados obtuvieran de la Caja Agraria un préstamo por $ 10.000.00 que permitiera a la señora Zarama de Luna pagar a José Primitivo Castro la deuda de ésta para con él, por $ 9.000.00, como efectivamente se hizo, y en cuanto a la segunda que es mentira que los $ 20.000.00, señalados como precio se hubieran pagado en parte mediante la cancelación de dicho crédito, ya que el dinero que recibió Castro pertenecía a la demandante y los $ 11.000.00 restantes pagados con una letra no eran precio sino una suma que forma parte de la cuenta corriente entre la señora Zarama de Luna y el señor Santacruz, por concepto de mutuos y pagos de éstos, letra que el demandado debitó en la cuenta corriente a su cargo.

c) Error en la apreciación de los testimonios de Antonio José Chaves y Ricardo Paredes Chaves, ya que éstos sirven, no para contra-probar el contenido de las escrituras públicas que hablan de compraventa, como equivocadamente lo cree el Tribunal, ni para completar un principio de prueba por escrito, como también erradamente lo dice el fallador, sino para ratificar el contenido de la plena prueba que obra en autos y para demostrar el hecho de que la señora Juana Benavides de Santacruz presenció la firma del documento de 13 de noviembre de 1950 (cuenta de la señora Amalia Zarama de Luna y Antonio Santacruz) y asintió a lo que en él se dice, estando errado el Tribunal al considerar que respecto a la señora de Santacruz no obran tales pruebas.

Transcribe algunas de las contestaciones que dieron los aludidos testigos al interrogatorio que se les formuló, en apoyo de su afirmación, y dice que el Tribunal sentenciador olvidó estos testimonios que son plena prueba de la presencia de la señora Juana Benavides de Santacruz y de su asentimiento a la firma del corte de cuentas entre su esposo y la señora Zarama de Luna, al tenor del artículo 697 del C. J. Agrega que estos mismos testigos deponen sobre que oyeron decir al señor Santacruz que tan pronto como la señora Zarama de Luna le pagara el saldo de que trata el corte de cuentas tantas veces mencionado le devolvería las escrituras de confianza que la señora Zarama de Luna le había hecho. "Los testimonios relatados —dice— vienen a complementar no una prueba incompleta, sino la plena prueba que surge de la propia confesión de los sindicados y de los demás documentos que anteriormente puntualicé".

Al final hace el resumen del cargo así:

"La plena prueba que obra de autos, que dejo puntualizada, y la evidencia procesal que de ella surge, prueban la simulación alegada en la demanda, y como el Tribunal, por los relatados errores de derecho y evidentes de hecho se abstuvo de declararlo así, negando el carácter de mutuo que tienen algunas de las sumas que se dicen dadas como parte del precio de los inmuebles sobre que versa el litigio y desconociendo que otras NO se pagaron, negando igualmente que los inmuebles de marras fueron transferidos a título de garantía y en confianza por la actora a los demandados y olvidando que por tanto no existió compraventa, y que esto hizo, repito, por haber desconocido el mérito probatorio que los textos legales citados en el cargo dan a las probanzas determinadas en el mismo y la evidencia que surge del proceso, violó por aplicación indebida, al aplicarlos malamente o dejarlos de aplicar, los siguientes textos legales sustantivos: el artículo 1766 del C. Civil, fundamento de la acción de simulación, concordado con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, según el cual los vacíos y deficiencias legales se suplen con normas semejantes y en su defecto con los principios generales de derecho, entre los cuales figura la teoría de la simulación; el artículo 1524, que exige una causa real en los contratos, según el cual, el Tribunal ha debido declarar la existencia de una causa simulandi en el presente litigio, dando aplicación a la verdadera intención contractual de las partes, que es su ley al tenor del artículo 1602, por esto violado. Y por haber admitido la existencia de una compraventa, que era sólo simulada pero que dio por real, quebrantó los artícu-

los 1849, que define el contrato, 1857, que exige el acuerdo real sobre la cosa vendida y el precio, y los artículos 740 y 743, sobre tradición, ya que no hubo intención de transferir y de adquirir el dominio de los predios materia de la litis, ni la transferencia de ellos se hizo por el registro de las E. P. 777 y 1025, con lo cual se violaron los artículos 745 y 756. Por cuanto se declaró un pago que no hubo del precio de dichas ventas simuladas, se violó el artículo 1626, y en cuanto se olvidó que las sumas recibidas por la señora Zarama de Luna lo fueron a título de mutuo, se infringieron los artículos 2221 a 2235; finalmente, al desconocer que las supuestas compraventas fueron en verdad contratos de fiducia que contenían el llamado 'pacto pignoraticio' y que mediante ellas se obtuvo el que el acreedor se pagara con la garantía sin el lleno de las formalidades legales, se violaron los artículos 2422 concordado con el artículo 2248, todos los textos citados del C. C., que dicen cuáles son los derechos del acreedor con garantía real y que prohiben a dicho acreedor apropiarse la cosa dada en garantía real por otros medios que los señalados en el C. C. y en el título 46 del C. J."

Se considera:

1º—El Tribunal, al estudiar la acción de simulación, que consideró era la súplica principal de la demanda, afirmó que las posiciones absueltas por los demandados no contienen confesión alguna sobre los hechos en que se basa la acción de simulación, y está en lo cierto porque éstos negaron rotundamente que los contratos fueran simulados.

El recurrente deduce de las posiciones absueltas por los demandados que éstos no pagaron el precio de $ 30.000.00 y $ 20.000.00 respectivamente, en la forma que indican las escrituras, esto es, en dinero. Califica este hecho como confesión de una simulación y mediante un esforzado razonamiento llega a la conclusión de que el precio de la primera compraventa no fue pagado tampoco en la forma que indican los demandados, quienes manifestaron que en parte lo pagaron mediante la cancelación de una hipoteca por $ 14.000.00 que sobre el mismo predio vendido existía a su favor. Argumenta que como los demandados cancelaron esa hipoteca "por estar satisfechos de pago", aun cuando la escritura de cancelación sea del mismo día y de la misma Notaría, por tener numeración anterior a la de compraventa, no puede admitirse que la cancelación aludida fuera a cuenta del precio del inmueble que ese día compraban, porque la escritura no lo dice. El error evidente de hecho de que en primer término acusa al Tribunal consiste, como se indicó en el aparte a) anterior, en mala estimación de la aludida confesión de los demandados y de falta de estimación de la escritura de cancelación del crédito hipotecario de que se ha hablado.

Ha dicho esta Sala y lo reitera ahora que: "El error de hecho en la apreciación de las pruebas, que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios conocidos en el juicio". (Casación de 27 de octubre de 1954, G. J. número 2147, pág. 972).

Sería suficiente la anterior doctrina para desestimar la acusación que se viene estudiando, mas conviene anotar que el recurrente en su argumentación parte de una base errada porque en la escritura número 777 de 22 de junio de 1950 en que consta el primer contrato de compraventa de que trata este juicio no se dijo que el precio hubiera sido pagado en dinero efectivo. Allí se lee: "Que el justo precio y verdadero valor de lo vendido es la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda legal, que declara la vendedora tener recibida a su entera satisfacción de manos de los compradores". No se dice, pues, que el pago se hubiera efectuado en dinero, sino que la vendedora declara tener recibida a su entera satisfacción la suma señalada como justo precio y verdadero valor de lo vendido.

El que en la escritura número 774 ya citada hubieran manifestado los demandados que cancelaban el crédito de los $ 14.000.00 y la hipoteca que lo garantizaba "por estar satisfechos de pago" no impide que ese crédito se hubiera cancelado para cubrir así parte del precio de la compraventa celebrada el mismo día y a que alude la escritura 777 tantas veces referida, porque es elemental suponer que cuando los contratantes con-

curren a la Notaría a legalizar el contrato, ya lo han acordado con anterioridad en todos sus términos, los que no siempre se expresan con toda claridad en la escritura, máxime cuando lo convenido queda garantizado con las declaraciones que en diversos actos pueden hacer constar los contratantes. La práctica indica que ordinariamente cuando el acreedor hipotecario adquiere el bien gravado, por compra a su deudor, opta por cancelar en escritura separada y anterior la hipoteca, a fin de que su título quede sin especificación del gravamen que el inmueble tenía. Esto es de ocurrencia muy frecuente. Por otra parte, aun cuando ni en la escritura de cancelación de la hipoteca, ni en la escritura de venta, se hubiera dicho que el crédito hipotecario se daba por cancelado a cuenta del precio de la compraventa, la afirmación de los demandados a ese respecto está admitida expresamente por la demandante en las posiciones que absolvió (folio 42 v. a 44 del cuaderno 6º), cuando al ser preguntada si era verdad que el precio de $ 30.000.00 que aparece en la escritura 777 lo recibió en esta forma: $ 14.000.00 que la absolvente debía a los esposos Santacruz, mediante contrato de mutuo e hipoteca, que consta en la escritura número 1597 de 19 de noviembre de 1949, mutuo e hipoteca que se cancelaron en la misma fecha del contrato de compraventa, por medio de la escritura 774 de 22 de junio de 1950, etc., contestó que la escritura en la cual constaba la deuda de los $ 14.000.00 fue cancelada para hacer la venta simulada. Además, la comprobación del pago del precio cuando se ejercita la acción de simulación no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al demandante a quien corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por ese motivo.

Lo anterior es suficiente para considerar infundado el primer aspecto de la acusación.

2º—En segundo término acusa el fallo por error de hecho al considerar que el documento, que obra al folio 3 del cuaderno 4º, es un principio de prueba por escrito, cuando en sentir del recurrente es la "confesión palmaria" del demandado Santacruz de que el crédito que éste tomó en la Caja Agraria lo fue por cuenta y para la demandante Zarama de Luna.

El recurrente, como queda dicho, considera que el documento de que se trata contiene la confesión del demandado Antonio Santacruz sobre la existencia de una cuenta corriente entre la demandante y el demandado y sobre el hecho de que éste tomó en préstamo en la Caja Agraria $ 10.000.00 por cuenta de la demandante. Le concede mucha importancia a este último hecho, no para relacionarlo con la simulación del contrato o contratos de compraventa, sino con el no pago del precio de la venta. En efecto, dice el recurrente: "Si relacionamos esta confesión del demandado Santacruz con la confesión tanto del mismo como de su esposa, la demandada Juana Benavides de Santacruz, que he puntualizado hace poco, tendremos que de estas pruebas plenísimas, aparece la demostración de que los presuntos compradores no pagaron el precio de la supuesta venta, siendo mentira, mera simulación, la afirmación hecha en la escritura 777 de 1950 sobre el particular, ya que no han podido probar y, por el contrario, aparece la prueba opuesta, de que la suma de $ 14.000.00 la hubieron cubierto mediante la cancelación de la hipoteca de que trata la escritura 1597 de 1948, siendo en cambio evidente, que la finca que se dice enajenada por dicha escritura pública número 777, fue hipotecada por el señor Santacruz, por cuenta de la actora y a su cargo, a la Caja Agraria, por la suma de $ 10.000.00, como lo ha dicho y reiterado la demandante".

Ya se vio que carece de fundamento la reiterada afirmación del recurrente de que deja demostrado que el crédito hipotecario de los $ 14.000 no se aplicó al precio de la compra primera que los demandados hicieron a la demandante, porque ella misma aceptó que la hipoteca fue cancelada para hacer la venta.

No encuentra la Sala que el sentenciador hubiera incurrido en error a consecuencia de la apreciación que hiciera del documento suscrito por la demandante y el demandado Santacruz. Refiriéndose a ese documento dijo el Tribunal: "Si esa escritura privada pudiera estimarse como un principio de prueba para demostrar la simulación, apenas serviría, como tal, contra quien la suscribió, señor Antonio G. Santacruz. A lo anterior se agrega que la acción de simulación es indivisible en este caso, porque la parte compradora la forman dos personas, los señores Antonio Santacruz y Juana Benavides de Santacruz. Además la redacción del aludido documento de 13 de noviembre de 1950 no contiene ninguna declara-

ción expresa, por parte de Santacruz, sobre la simulación de los contratos de compraventa de las escrituras 777 y 1025, sino algunas sugerencias que, a lo sumo, formarían un indicio que no es grave ni necesario".

El Tribunal, pues, estimó que el documento no contiene ninguna declaración expresa sobre la simulación de los contratos de compraventa. Esta afirmación no es equivocada. Dijo además que si pudiera estimarse como un principio de prueba para demostrar la simulación sólo serviría como tal contra el demandado que lo suscribió y no contra la otra demandada, y esto es cierto. Además no es que lo califique como principio de prueba escrita de la simulación, sino que hace la hipótesis para señalar el alcance que en tal caso tendría. Y no incurrió en error el Tribunal al estimar el documento en la forma en que lo hizo, porque de él no puede deducirse, como lo pretende el recurrente, que el préstamo tomado por los demandados a la Caja Agraria fuera para la demandada. Razonamente podría entenderse que el dinero tomado en préstamo a la Caja Agraria lo prestó a su vez Santacruz a la señora Amalia Zarama, por razón de la primera partida de la cuenta que contiene el documento. La segunda partida a cargo de la señora Zarama, por $ 14.000, no tiene razón de ser, porque se dice que es "valor de una venta de otra propiedad de 'Arana' de la señora Amalia Zarama, titulada a favor de Antonio Santacruz". No se ve cómo la vendedora quede debiendo al comprador el valor de la venta. Las tres partidas siguientes se refieren al valor de letras: dos a cargo de la señora Zarama y a favor de Santacruz y la última a cargo de éste y a favor de la señora Zarama.

La Corte ha dicho: "Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara, total o expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso".

Aplicando estos conceptos al documento que se estudia, se ve que no reúne todos los elementos que se requieren para calificarlo como principio de prueba por escrito, porque, aun cuando contenga una cuenta o un corte de cuenta y provenga de uno de los demandados, en nada alude a las acciones que se ejercitan en el juicio, ni hace verosímil la pretendida simulación.

Los demandados negaron rotundamente que el préstamo que tomaron de la Caja Agraria hubiera sido por cuenta y para la demandante. El hecho no muy bien demostrado de que el mismo fuera aplicado para pagar el precio de la segunda compra, mediante la cancelación del crédito hipotecario que sobre ese inmueble existía a favor de José Primitivo Castro, ninguna luz arroja respecto a la simulación de los contratos de compraventa.

3º—Tampoco incurrió en error el Tribunal al apreciar los testimonios de Antonio José Chaves y Ricardo Paredes Chaves, respecto a los cuales consideró que podrían servir para atestiguar una confesión extrajudicial, por parte de Antonio C. Santacruz, sobre el carácter de confianza de las dos escrituras públicas números 777 y 1025, pero que semejante prueba no alcanza a alterar las declaraciones que hicieron las partes en los instrumentos públicos citados, ni puede perjudicar a la otra compradora Juana Benavides de Santacruz. Esta apreciación es acertada, pues debe tenerse en cuenta que el juicio se ventila entre las partes que intervinieron en los contratos que se acusan de ser simulados y por ello la prueba de la simulación debe consistir en otra escritura pública, o en la confesión de la otra parte, o en un principio de prueba por escrito complementada con otras o con indicios graves que concurran a demostrarla. Como no existen esas pruebas la testimonial sola no es suficiente.

El recurrente da importancia a esos testimonios como prueba de que la demandada Juana Benavides de Santacruz presenció el momento en que se firmó el documento suscrito por la señora Zarama de Luna y Antonio Santacruz, de que antes se habló, y asintió lo que en él se dice. Ya se vio que ese documento no contiene prueba alguna respecto a la simulación y por tanto las declaraciones de estos testigos carecen de la importancia que se les atribuye.

De consiguiente, no habiendo incurrido el Tribunal sentenciador en los errores de hecho y de derecho de que lo acusa el recurrente en este cargo, debe concluirse que no infringió las disposiciones que se señalaron como violadas por el fallador.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

En forma complementaria del cargo anterior, acusa el fallo por errónea interpretación del artículo 1766 del Código Civil.

Para demostrarlo, dice el recurrente:

"En la parte transcrita de la sentencia acusada, que hice en el cargo anterior, se vio cómo el Tribunal dice que, aunque se diera por probada la simulación en relación con el demandado Santacruz, no podría prosperar la acción porque ésta es indivisible y la prueba no existe respecto de su esposa, la señora Juana B. de Santacruz. Aunque ya probé que ésta fue parte en la simulación y que la ha confesado, para el caso de que la H. Corte lo estime necesario, presento este cargo, puesto que siendo indivisible la acción de simulación y estando probada ésta respecto de un contratante, es obvio que lo está respecto del otro, porque no sería posible que un adquirente, por una misma causa y unos mismos hechos no hubiera pagado precio si hubiera adquirido, mientras que el otro sí: y porque de ser esto posible, lo cual supone diversidad de causa en cuanto a los hechos y al pago, nada impediría declarar la simulación en cuanto a uno de los adquirentes, estableciendo así una comunidad entre la 'enajenante' y la señora de Santacruz".

Se considera:

En el estudio del cargo anterior se vio que la acción de simulación no puede prosperar por falta de prueba.

El Tribunal acertadamente consideró que en el caso de que existiera proveniente del demandado Santacruz un principio de prueba escrita para demostrar la simulación, esa prueba no podría perjudicar a la otra demandada. Esto por razón precisamente del mandato del artículo 1766 del Código Civil, porque conforme a esta disposición las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Aquí la parte compradora, como dijo el Tribunal, la forman dos personas, los señores Antonio Santacruz y Juana Benavides de Santacruz. Cuando son dos los compradores, cada uno se hace dueño de su derecho y pasa a ser un tercero respecto a las escrituras privadas que el otro comprador y el vendedor hagan para alterar lo pactado en la escritura pública en que se hizo constar el contrato de compraventa. Si no fuera así fácilmente podría arrebatarse el derecho al primero mediante confabulación del vendedor y el otro comprador.

La confesión sólo puede perjudicar a quien la hace.

Como el Tribunal no violó la disposición citada, el cargo no prospera.

Tercer cargo

Lo enuncia así: "Violación por aplicación indebida de los artículos 1946 y 1947 del C. C., como resultado de errores de derecho y evidente de hecho en la estimación de las pruebas que determinaré en el curso del cargo".

"El error del Tribunal consiste, dice el recurrente, en afirmar que no existe en el proceso base que le permita hacer la regulación del precio del inmueble de que trata la E. P. 1025 de 1950, conforme lo ordena el artículo 721 del C. J., cuya infracción configura el error de derecho enunciado, conjuntamente con la equivocada apreciación según la cual, conforme al artículo 1887 del C. Civil, no puede prosperar la acción rescisoria por lesión en la venta de que trata la escritura 1025 por no haber sido avaluado como 'cuerpo cierto' y haberlo sido, en cambio, conjuntamente con los predios de que trata la E. P. 777".

Se considera:

Al estudiar la primera acción subsidiaria, rescisión por lesión enorme, el Tribunal estimó que no podía prosperar la tal acción con relación al contrato de compraventa contenido en la escritura número 777 de 23 de junio de 1950 de la Notaría 1ª de Pasto, porque los inmuebles sobre los cuales versó el contrato, cuyo precio fue de $ 30.000.00, fueron materia del remate verificado el 21 de marzo de 1952 dentro del juicio especial sobre venta de la cosa hipotecada que siguió la Caja de Crédito Agrario contra Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz, en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto, remate que fue adjudicado al doctor Agustín Guerrero Enríquez por la suma de $ 24.000.00. Como el precio

de venta de esos bienes fue de $ 30.000.00 y se vendieron, por ministerio de la ley, en $ 24.000.00, no pudo haber lesión en la venta.

Pero se encontró en imposibilidad de poder conocer el justo precio de los bienes a que se refiere el contrato de venta contenido en la escritura número 1025 de 14 de agosto de 1950, de la Notaría Primera de Pasto, por carecer de elementos de prueba sobre ese particular. En efecto, aun cuando durante el término de prueba en la segunda instancia se practicó un avalúo pericial, en tal diligencia, por haber sido solicitada así, se hizo el avalúo conjunto de los inmuebles comprendidos en los dos contratos de compraventa de que se trata, sin tener en cuenta que las ventas se hicieron por actos separados, cada uno de los cuales versó sobre cuerpo cierto, por precios diferentes y sin indicar siquiera la extensión superficiaria de los potreros vendidos. Pero además de esto los peritos estuvieron en desacuerdo en ese avalúo global: uno de ellos estimó que los bienes valían $ 240.000.00; el otro que valían $ 71.400.00, y el perito tercero los estimó en $ 127.500.00. Se estaba en presencia del caso contemplado en el artículo 721 del Código Judicial, ya que la diferencia entre los dos extremos excedió de un cincuenta por ciento de la cantidad menor. Para disipar la oscuridad, el Tribunal, con base en la facultad que confiere la última parte del artículo citado y también la señalada en el artículo 600 del C. J., dictó el auto para mejor proveer de fecha 30 de septiembre de 1954, en el cual dispuso se practicara un nuevo avalúo que indicara el precio, separadamente, de los inmuebles que se detallan en la escritura 777 y el precio justo de los potreros alinderados en la escritura 1025. Como lo expresa el Tribunal en su sentencia, el nuevo avalúo no pudo realizarse por la contradicción de una de las partes y la inercia de la otra.

Por las razones que se indicaron el Tribunal dejó descartada la acción rescisoria del contrato contenido en la escritura 777 y no halló base en el peritazgo para hacer una regulación equitativa del precio justo de los bienes vendidos por la escritura 1025. Procedió a estudiar los demás elementos del proceso y tampoco encontró en ellos la base para hacer la regulación.

Estima el recurrente que el Tribunal ha debido, para conocer el justo precio del inmueble vendido por la escritura 1025, descontar del avalúo global dado por el perito que señaló la menor suma, el valor en que fue rematado el otro inmueble comprendido en ese avalúo. Esa operación no hubiera sido justa para hacer una regulación equitativa, si se considera que por múltiples factores las ventas que se realizan por remate ordinariamente están por debajo del precio comercial. Si se tomara el camino de las deducciones, lo más equitativo sería entonces restar del avalúo global indicado por el recurrente el valor señalado al bien rematado por los peritos del juicio de venta, ya que siempre se ha considerado como medio idóneo para conocer en juicio el valor de la cosas el dictamen pericial. La fórmula del recurrente no es aceptable y ninguna de estas operaciones hubiera dado al Tribunal base cierta para una regulación equitativa del justo precio del inmueble de que se trata, especialmente en esta clase de juicio en donde es el interesado quien debe demostrar en forma plena que ha sufrido la lesión cuya reparación demanda. En concepto de la Sala, el Tribunal obró en forma demasiado amplia cuando dictó su auto para mejor proveer ordenando la práctica de una prueba que suplía las deficiencias de los litigantes y que hubiera podido ser decisiva en el resultado del juicio.

Carece, pues, de razón el recurrente cuando dice que "por no haber procedido a dar aplicación al mandato del artículo 721 del C. J., cometió el Tribunal un error de derecho que, conjuntamente con el evidente de hecho que dejo anotado, lo llevaron a quebrantar, por falta de aplicación o indebida aplicación los artículos 1946 y 1947 del C. C.", porque ya se vio que obró precisamente dando cumplimiento a las disposiciones del artículo 721 citado.

Tampoco prospera este cargo.

Cuarto cargo

En este cargo se acusa el fallo de ser violatorio de los artículos 1928, 1929, 1930 y 1609 del Código Civil y 329 y 343 del Código Judicial, a consecuencia de errores de derecho y errores de hecho en la estimación de la prueba.

El error de derecho lo hace consistir en haber calificado el Tribunal el hecho 9º de la demanda como plena prueba del incumplimiento de la obligación de la vendedora de hacer la entrega del inmueble vendido.

Como error de hecho señala el que el Tribunal hubiera estimado que la vendedora no entregó los inmuebles vendidos, a pesar de la plena prueba de ese hecho que resulta de las resoluciones

dictadas por el Inspector Segundo Municipal de Pasto, por la Alcaldía Municipal de la misma ciudad y por la Secretaría de Gobierno, en las querellas de policía que se promovieron mutuamente las partes en este litigio.

Considera el recurrente que el hecho 8º de la demanda se encamina a hacer una afirmación base de la demanda de simulación y que como los demandados la negaron y afirmaron que sí recibieron los bienes, las dos afirmaciones se destruyen y neutralizan, por lo cual ha debido el Tribunal buscar en otras pruebas del proceso la verdad de los hechos. Esas pruebas son las resoluciones antes citadas.

Se considera:

El Tribunal, al estudiar la acción subsidiaria de resolución por no pago del precio, hace un cuidadoso y detenido análisis de las disposiciones legales sobre la materia y de todos los elementos del proceso. Llega a la conclusión de que con la propia confesión de los compradores está comprobado que dejaron de pagar, como parte del precio de la compraventa a que se refiere la escritura 1025 de 24 de agosto de 1950, la cantidad de $ 11.000.00, importe de la letra de cambio que el demandado Antonio G. Santacruz giró a la orden de la vendedora Amalia Zarama de Luna como resto del precio del inmueble sobre que versó ese contrato de compraventa. Esa letra fue endosada por la beneficiaria a favor de su hijo Alfredo Luna Z., quien procedió al cobro judicial de la acreencia, sin que se halle constancia de que los deudores Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz, contra quienes se libró mandamiento de pago ejecutivo, hayan pagado la deuda.

Y también llegó a la conclusión de que la vendedora cumplió su obligación de hacer entrega a los compradores de los inmuebles vendidos, circunstancia que enerva la acción resolutoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil. La prueba de este hecho la halló en la confesión judicial que el apoderado de la actora hizo en el hecho 9º de la demanda, corroborada en las copias de una querella que obran en el cuaderno quinto.

En el hecho noveno de la demanda dijo el apoderado de la actora: "9º—Hasta la presente fecha, los llamados compradores no han ejercido acto alguno de dominio de los potreros materia de las ventas, ni han entrado en posesión de ellos, ni han requerido a la señora Zarama de Luna para que verifique la entrega de esos predios rurales".

El apoderado de la demandada, al contestar la demanda dijo refiriéndose al hecho 9º: "No es cierto este hecho de la demanda, mi mandante y su esposo tienen la posesión inscrita de esos bienes. Materialmente les fueron entregados por la vendedora. Después de esta entrega, mal aconsejada la demandante, perturbó la posesión con vías de hecho, asunto del cual conoce la policía, que hace poco amparó a mis mandantes en esa posesión, como se demostrará". El mismo apoderado al contestar la demanda a nombre de Santacruz, dijo que reproducía en todo la contestación dada por la demandada.

Dice el recurrente que estas afirmaciones se destruyen y neutralizan, pero esto no es cierto, porque las confesiones que se hagan en la demanda y en su respuesta quedan en firme y producen sus efectos.

Los hechos que expone el demandante en su libelo son la base de las acciones que ejercita y el fundamento de sus pretensiones. La demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse por el actor, por una sola vez, en el tiempo que la ley señala, después de lo cual no le es dado al demandante modificar su libelo y deberá sufrir las consecuencias de sus afirmaciones u omisiones, que siempre incidirán en el resultado final del litigio. Es pieza que debe elaborarse con sumo cuidado y meditarse con ponderación, pues la demanda es una prueba en sentido lato. La afirmación en la demanda de un hecho que perjudique al libelista sólo puede destruírse mediante la prueba de haber sufrido error de hecho, sin que le reste valor la circunstancia de haber sido hecha por el apoderado judicial, porque la ley presume que tiene autorización de su poderdante para hacer confesión en el escrito de demanda. (Artículo 607 del Código Judicial). Lo mismo puede predicarse de la contestación de la demanda. En el caso que se estudia confiesa en la demanda el apoderado de la actora que su poderdante no había cumplido, a la fecha de la demanda, la obligación que como vendedora tenía de entregar los inmuebles vendidos a los compradores, y no habiendo demostrado, pero ni siquiera alegado que sufrió un error de hecho al hacerla, su confesión tiene toda la eficacia que la ley le asigna. El Tribunal le reconoció el valor de plena prueba que la ley le da, luego no incurrió en el error de derecho que alega el recurrente.

Por lo que hace a la confesión de los demandados, en el escrito de contestación, sobre que los bienes les fueron entregados materialmente por la vendedora, tiene base en lo manifestado en las mismas escrituras de venta en donde se dijo que la vendedora, desde esa misma fecha, hacía entrega real y material de los bienes vendidos a los compradores. Pero como éstos agregan que después de esa entrega la demandante perturbó la posesión, a la larga concuerdan con la afirmación del demandante. En todo caso la entrega material debe ser tal que los compradores queden y continúen en posesión de lo vendido.

Dijo además el Tribunal que "las copias de una querella policiva que intentó la señora Zarama de Luna contra los compradores, y que figuran en el cuaderno 5º, refuerzan la creencia de que ella sostenía la posición de poseedora material del objeto de las compraventas, confesando, por este medio, el incumplimiento de la obligación de entregar materialmente los bienes a los compradores", y está en lo cierto.

En efecto al folio 49 y siguiente del cuaderno 5º obra copia de la querella aludida y de las diligencias a que dio lugar. Esa querella fue presentada ante el Alcalde Municipal de Pasto el 7 de diciembre de 1950 y en el hecho 3º se lee: "Pero resulta que hace el espacio de unos quince días, que los querellados señores Antonio Santacruz, Juana Benavides de Santacruz y Enrique Bucheli, trataron de ocupar la casa que se encuentra en la misma hacienda que se llama Aranda, previniendo al mayordomo de mi representada y que responde al nombre de Alejandro Hoyos, los dos primeros nombrados que en su condición de dueños y el último como recomendado, que debía entregarles las llaves y hasta se atrevieron a quitarlas al mayordomo ya mencionado, manifestándole que colocarían nuevo mayordomo y por su cuenta y riesgo, y que continuarían en los actos de perturbación y si es posible valiéndose de la fuerza". Obsérvese que esta querella fue presentada con posterioridad a la demanda inicial del juicio en que se dictó la sentencia recurrida en casación. A través de la larga actuación a que dio origen esa querella, la actora sostuvo estar en posesión de los inmuebles a que se refería, que son los mismos vendidos a los demandados Santacruz. Verdad es que éstos también alegaron que esos bienes les habían sido entregados, pero siempre con base en las escrituras de venta, en las cuales se dice que la vendedora desde esa fecha hace entrega real y material de lo vendido.

La acción policiva finalizó con la Resolución número 5 de 1952, enero 8, dictada por la Gobernación del Departamento, Secretaría de Gobierno, Sección de Justicia, mediante la cual declaró improcedente la acción. Le sirvió de base la consideración de que las escrituras 777 y 1025 hacen plena prueba entre los contratantes y según estas escrituras la señora Zarama de Luna entregó en forma real y material a los compradores los bienes vendidos desde la fecha de las escrituras. Devuelto el expediente a la Alcaldía, el apoderado de los querellados pidió al Alcalde que ordenara la entrega de los bienes vendidos, porque la vendedora los conservaba en su poder. La Alcaldía por auto de 12 de marzo de 1952 ordenó la entrega y señaló fecha para esa diligencia. Pero a petición del apoderado de la señora Zarama de Luna, quien de nuevo afirmó que su mandante nunca había hecho entrega de los bienes y que había continuado en posesión de ellos, la Alcaldía revocó la orden de entrega, por auto cuya parte resolutiva dice: "Por lo expuesto, esta Alcaldía repone el auto de fecha doce de marzo de este año (1952), en el sentido de que no hay lugar por falta de fundamento para poner en posesión de los predios materia de la querella a los demandados señor Antonio Santacruz y señora Juana Benavides de Santacruz, en la querella que les propuso la señora Amalia Z. de Luna, controversia que está fenecida". Conviene advertir, además, que la acción policiva iniciada ante el Inspector 2º Municipal, fue reclamada por la Alcaldía y perdió su interés por haber avocado la Alcaldía el conocimiento.

De suerte que las copias de la actuación policiva referida refuerzan, como lo dijo el Tribunal, la prueba de que la demandante mantenía la posesión material de lo vendido, y así tampoco incurrió el Tribunal en el error de hecho de que se acusa el fallo, ni se infringieron las disposiciones a que alude este cargo, el que no puede prosperar.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pro-

ferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 12 de febrero de 1955, en el juicio ordinario seguido por Amalia Zarama de Luna contra Antonio G. Santacruz y Juana Benavides de Santacruz.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias— Guillermo Garavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL MANDATO JUDICIAL ES UN CONTRATO ESENCIALMENTE REMUNERATIVO.—LA REVOCACION DEL MANDATO SIN CULPA DEL MANDATARIO, NO EXCLUYE EN EL MANDANTE LA OBLIGACION DE RETRIBUIR A AQUEL SU TRABAJO REALIZADO

1.—Las legislaciones fuente de nuestro Derecho Civil, tenían establecido que la gratuidad del mandato era de la esencia del contrato y en forma, que si se convenían honorarios asumía la categoría de simple arrendamiento de servicios. La nuestra tiene dispuesto lo contrario, vale decir, que la remuneración en el mandato es de la esencia del contrato, como se desprende de lo dispuesto por los artículos 2184, inc. 3º, y 2143 del C. C., con el aditamento de que en relación con la remuneración de los apoderados judiciales tiene la Corte establecido "que sobre el particular el artículo 347 del C. J. es más explícito y que éstos deben ser remunerados por disposición del artículo 16 de la ley 62 de 1936. Innegable, consiguientemente, que en relación con el mandato judicial debe presumirse que se pactó remunerado, hasta el punto de que a falta de estipulación procede el señalamiento judicial. En otros términos, puede afirmarse que es de la naturaleza del mandato judicial el pago de honorarios, más sin que esto implique, que por las estipulaciones del convenio puede ser gratuito o en ocasiones someterse a una determinada condición, por ejemplo, si se gana el pleito, si la gestión tiene éxito ante DETERMINADA autoridad, etc., etc.

2.—Si el mandante en uso de un derecho suyo no fue fiel a las naturales obligaciones de mandante y revocó el poder a su abogado, no por ello pueden quedar en el aire, insolutas, extinguidas o sin valor sus obligaciones para con el mandatario, sencillamente porque la revocación del mandato no es medio para extinguir de plano las obligaciones del convenio; lo será para terminar el mandato, pero no podrá serlo para extinguir las resultantes de esas relaciones contractuales, máxime cuando el mandatario haya desempeñado en parte la gestión.

(Ver. Cas. abril 9 de 1943 y agosto 4 de 1950, LVII, 492 y LXVII, 765).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Por Resolución número 310 de 31 de marzo de 1942, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sometió al régimen de administración fiduciaria prescrita por los Decretos números 59 y 147 del mismo año, todos los bienes que el súbdito alemán Hans Joaquín von Mellenthin poseía dentro del territorio nacional. Con el fin de obtener que el Fondo de Estabilización, el Ministerio de Hacienda o las autoridades de lo Contencioso Administrativo accedieran a disponer que previa a la operancia de la orden de congelación general se le hiciera liquidación individual al mandato de la ley 39 de 1945, Mellenthin contrató los servicios profesionales del abogado doctor Hernando Moreno Moreno para que en su nombre y representación hiciera ante las autoridades administrativas las gestiones pertinentes, y en su caso, incoara ante el Consejo de Estado la competente acción de plena jurisdicción en orden a obtener el restablecimiento del derecho en el evento de que la administración diera negativa a la demanda. En desarrollo de la personería conferida, el doctor Moreno presentó ante el Fondo de Estabilización y luego ante el Ministerio de Hacienda varias solicitudes encaminadas a la solución del interés del poderdante.

El abogado recibió poder de Mellenthin para que lo representara ante el Tribunal Laboral con ocasión de la demanda que había iniciado el señor Hans Klotz relacionada con el cobro de distintas prestaciones sociales. El doctor Moreno representó igualmente al mismo señor en actuaciones relacionadas con el negocio de banano que aquél proyectaba exportar a su país.

En curso las gestiones relacionadas con la congelación de bienes dispuesta por el Gobierno, en la que quedaron incluidos los de propiedad de Mellenthin, este señor manifestó al doctor Moreno que quería que un conservador de prestancia y amigo del régimen fuera su apoderado, pues de esta manera estaba seguro de conseguir la devolución de sus bienes, y que por tanto veía con gusto lo autorizara para designar el abogado de filiación conservadora que quería elegir como su apoderado (folio 6 posición número 4, cuaderno de pruebas). Elementales razones precisaron al doctor Moreno a hacer dejación de los poderes mas sin que por la labor ya cumplida hubiese obtenido la retribución compensatoria convenida en un porcentaje liquidable sobre el valor de los bienes que le fueran devueltos al mandante (pág. 6 posición número 2). Fue así, como el doctor Liborio Escallón recibió de Mellenthin personería para presentar ante el Consejo de Estado demanda de plena jurisdicción tendiente a buscar la nulidad de las resoluciones ministeriales y el consiguiente restablecimiento del derecho considerado lesionado, con el resultado, de que la entidad sentenciadora declaró la nulidad de las resoluciones administrativas y como consecuencia dispuso restablecer al demandante en su derecho, mediante orden al Fondo de Estabilización de "verificar la liquidación individual del monto gravable de los bienes del ciudadano alemán señor Hans Joaquin von Mellenthin decidiendo en ella lo referente a su condición de residente o domiciliado en Alemania o en Colombia" (folio 54, cuaderno principal).

La demanda

La circunstancia anotada, no haberle Mellenthin arreglado satisfactoriamente al doctor Moreno el valor de lo que estima se le adeuda "por razón de los servicios profesionales de abogado prestados a dicho señor por sus gestiones profesionales ante las autoridades administrativas para los fines indicados" dio lugar, a que éste, en demanda presentada ante el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá a quien correspondió el negocio, solicitara, que en la sentencia de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"Primera. — Que en ejercicio de mi profesión de abogado le presté al señor Hans J. von Mellenthin los correspondientes servicios profesionales para que de acuerdo con la ley 39 de 1945 se verificara la liquidación de los bienes de propiedad de dicho señor que estaban en administración fiduciaria en el Fondo de Estabilización, en la forma más conveniente a los intereses de su propietario, gestiones ejecutadas por razón del mandato especial que me confirió ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Fondo de Estabilización;

"Segunda. — Que en ejercicio de mi profesión de abogado le presté al señor Hans J. von Mellenthin los servicios profesionales correspondientes ante el Juez 6o del Trabajo de Bogotá, en el juicio que le promovió por medio de apoderado el señor Hans Klein, en la forma más conveniente a sus intereses, servicios profesionales prestados por causa del mandato especial que me confirió ante el mencionado juez;

"Tercera.—Que en ejercicio de mi profesión de abogado le presté al señor Hans J. von Mellenthin servicios profesionales, en esta ciudad y en la de Santa Marta, con el fin de obtener la contratación y exportación de bananos a Alemania;

"Cuarta.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al señor Hans J. von Mellenthin, de las condiciones civiles expresadas, a pagarme, una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, y como honorarios por las expresadas gestiones profesionales de abogado, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000) correspondientes a los servicios que le presté en los diversos asuntos de que tratan las declaraciones anteriores; o la suma que en este juicio, o en juicio separado, se fije pericialmente como honorarios por dichas gestiones; y

"Quinta.—Que se condene al demandado en las costas del juicio si se opusiere a la demanda".

Entre los hechos sustentantes de la acción, además de los que vienen indicados, da la Sala a conocer los que tienen relación directa con el recurso extraordinario de casación que ha sido propuesto. Son éstos:

a) "En desarrollo de las diversas conferencias que tuvimos, el citado señor von Mellenthin, unas veces verbalmente y otras por escrito, me fue dando todos los informes y documentación necesarios, por los cuales pude conocer la justicia, legalidad y viabilidad de la gestión que se me encomendaba por el señor Mellenthin citado. De allí las cartas de fechas 23 de enero y 25 del mismo mes del año de 1949, que acompaño, dirigidas

a mí y copia en papel común de la escritura número 150 de 20 de enero de 1949, de la Notaría 3ª de Bogotá por la cual a insinuación mía se protocolizaron varios documentos;

b) "Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, me encargué de la gestión profesional que el señor Mellenthin me solicitaba, contrato éste, en virtud del cual me obligué a prestar mis servicios profesionales, realizando esas gestiones profesionales en la forma que yo lo estimase conveniente;

c) "En desarrollo del contrato de servicios profesionales citado, el mencionado señor Hans J. von Mellenthin me confirió un poder especial para ante el Fondo de Estabilización; y también para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

d) "En ejercicio del mandato especial a que he hecho referencia, el 7 de febrero de 1949, en un largo, razonado y jurídico memorial solicité del Fondo de Estabilización se hiciera la liquidación individual relativa a los bienes del señor von Mellenthin; memorial que en copia auténtica, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que acompaño;

e) "El Fondo de Estabilización comunicó al doctor Moreno que sus peticiones habían sido negadas.

f) "Ante la negativa el demandante recurrió ante el Ministerio, con resultado negativo, porque también le fue negada la solicitud en dos resoluciones, la última confirmatoria de la primera;

g) "El señor von Mellenthin no me ha pagado los servicios profesionales que le presté durante el año de 1949 en relación con las gestiones, estudios y vigilancia de que he hablado, se niega a pagármelos, pretextando que fue el distinguido jurisconsulto doctor Liborio Escallón, quien obtuvo la nulidad de las resoluciones ministeriales que he citado. La aceptación mía a que designara como su apoderado especial, en mi sustitución, a quien el señor von Mellenthin deseara, no implicaba el que mi mandato y servicios prestados, durante casi todo el año de 1949 hubieran sido gratuitos y dejara de remunerárseles. Mal podría yo, que vivo de mi profesión, trabajar casi durante un año gratuitamente;

h) "Con enorme satisfacción se puede leer en la sentencia del H. Consejo de Estado, de 18 de diciembre de 1951, que tan alta Superioridad, en sus consideraciones acoge totalmente las tesis jurídicas expuestas por mí y basado en ellas decreta la nulidad de las resoluciones del Ministerio de Hacienda. Léase mis alegaciones y la sentencia del Consejo de Estado; y allí, resalta en caracteres de alto relieve, lo que dejo afirmado, como se ve en la copia de la sentencia aludida, que en copia auténtica acompaño;

i) "Soy abogado titulado e inscrito en ejercicio desde hace 34 años de mi profesión; y como tal actué en las gestiones que se dejan enumeradas en los hechos anteriores de este libelo".

El demandado se opuso a que el juzgado hiciera las declaraciones solicitadas y negó los hechos presentados en fundamento de la acción.

Las sentencias de instancia

El señor Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con su sentencia fechada el 16 de diciembre de 1954 que en lo pertinente al recurso de casación dispone:

"..... ....

"2º—Absuélvese al demandado de pagar suma alguna al doctor Hernando Moreno por sus gestiones ante el Fondo de Estabilización y Ministerio de Hacienda, por concepto de honorarios, ya que no se causaron".

El Tribunal Superior de Bogotá al desatar el recurso de apelación propuesto por el demandante, revocó la decisión del inferior mediante sentencia fechada el 27 de febrero del año en curso, y en su lugar resolvió:

"1º—Revócase el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"2º—Declárase que el abogado Hernando Moreno Moreno prestó al Sr. Hans J. v. Mellenthin servicios profesionales para que, de acuerdo con la ley 39 de 1945 se verificara la liquidación de los bienes de propiedad de dicho señor Mellenthin, que estaban en administración fiduciaria.

"3º—Condénase al señor Hans J. v. Mellenthin a pagar al Dr. Hernando Moreno Moreno lo que dejó de ganar por concepto de los servicios profesionales de que trata el numeral anterior, conforme al artículo 2056 del C. C.

"Parágrafo.—La liquidación del valor de estos servicios se llevará a efecto por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases sentadas sobre el particular en la motivación de este fallo.

"4º—Confírmanse los numerales 1º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, de fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

. . . . . .

"5a—Sin costas en el recurso".

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el demandado el recurso de casación que declarado admisible por la Corte es la oportunidad de desatarlo cumplido como se encuentra el trámite procesal correspondiente.

Fundamentos del fallo del Tribunal

Los principales razonamientos del Tribunal, en lo atañadero al recurso, están comprendidos en estos pasajes de su fallo:

"El texto del artículo 2144 del C. C. ha propiciado una acentuada y general tendencia a considerar que siempre, indistintamente, las relaciones jurídicas entre los profesionales y sus clientes asumen la figura del mandato.

"Nuestro Código manda ajustar, entonces, los servicios de las profesiones liberales a las reglas que disciplinan el mandato, el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios. Estas últimas, las de los Capítulos VIII y IX del Libro 4º del C. C. habrán de aplicarse para gobernar las relaciones de los profesionales con sus clientes, en todo aquello en que no se opongan a las que norman el mandato y su aplicación habrá de ser preferencial a las del Capítulo I, Título 28 del mismo Libro, siempre que el vínculo por el cual hayan de prestarse servicios propios de las profesiones que suponen largos estudios, asuma la figura de un arrendamiento de tales servicios y no la de un mandato.

"Lo que habitualmente sucede en el caso del patrocinio en juicio es la coexistencia de dos negocios jurídicos diversos: a) el arrendamiento de servicios o de obra, según el caso, y b) la representación mediante un acto de apoderamiento.

"La circunstancia de que el profesional acepte una remuneración aleatoria y contingente en el pacto de cuota litis, que sujeta la existencia de la obligación de quien arrendó sus servicios a los resultados favorables de las gestiones, y la cuantía de esa obligación al beneficio económico del cliente, en nada modifica el vínculo o vínculos que los unen jurídicamente. En estos casos habrá un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales para la ejecución de una obra (la locatio operis del Derecho Romano), unido al fenómeno de representación de que habla el artículo 1505 del C. C. Representación que, a su vez, puede operar conjuntamente con un mandato, si así se desprende de las modalidades especiales del contrato, como sucedería si el abogado tiene la obligación de gestionar una transacción previa.

"Ahora bien, conforme al artículo 2063 del mismo estatuto, 'las obras inmateriales o en que predomine lo intelectual sobre la mano de obra se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos ..., 2056...'.

"Los de abogados son servicios que presuponen largos estudios, y a su regulación son aplicables las normas que disciplinan el arrendamiento de servicios inmateriales en cuanto no se opongan a las que gobiernan el mandato. Ya se vio cómo el artículo 2056 no se opone a las reglas que norman el mandato, pero resta explicar por qué la aquiescencia del demandante a que la gestión se continuara por otro abogado distinto, no implica que Mellenthin hubiera quedado libre de cumplir sus obligaciones contractuales.

"La oposición del abogado Moreno a que así procediera el demandado no tenía ningún efecto jurídico ni práctico. La revocatoria del título de representación es un acto unilateral del representado —considéresele como mandante o como simple representado— y nada podía hacer el representante para impedir su consumación".

El recurso de casación

Con fundamento en la causal 1ª de las señaladas en el artículo 520 del C. J. el recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

a) "Acuso la sentencia recurrida por violación directa de los artículos 1530, 1536 y 1542 del C. C., por falta de aplicación y del 2056 de la misma obra, por aplicación indebida".

b) "En subsidio sostengo que los artículos 1530, 1536, 1542 y 2056 a los cuales se refiere el primer cargo, fueron violados indirectamente por virtud de errores de hecho provenientes de la falta de apreciación de pruebas".

c) "Acuso la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos 2142, 2144 y 2150, inciso 3º del C. C., a consecuencia de errores de hecho provenientes de falta de apreciación y de errónea aplicación de pruebas".

Estudio de los cargos

Primer cargo. — "Violación directa de la ley sustantiva, a) por falta de aplicación de los artículos 1530, 1536 y 1542 del C. C.; y b) por indebida aplicación del artículo 2056 ibidem".

Motivo a)—Al fundamentar el cargo acepta el recurrente, que entre las partes "existió un contrato a cuota-litis según el cual el doctor Moreno se obligó a conseguir mediante gestiones profesionales adelantadas por sí mismo, que a Mellenthin le fueran devueltos los bienes de su propiedad aplicados al pago de indemnizaciones de guerra y Mellenthin a pagar a Moreno por concepto de esas gestiones un porcentaje sobre el valor de los bienes cuya devolución obtuviera".

Luego, haciendo referencia al Título IV del Libro 4º del Código Civil dice "que el Tribunal en su afán inmoderado de enmendarle la plana al juez de la primera instancia o de condenar a un alemán, no vio o deliberadamente pasó por alto el expresado libro"; que "el artículo 1530 del Código Civil enseña que es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no: que ninguno de estos elementos falta en el contrato que ligó a Mellenthin con el abogado demandante, como que "a simple vista aparece que el acontecimiento futuro e incierto está constituído allí por el hecho de que Mellenthin obtuviera la devolución de sus bienes, puestos en administración fiduciaria; que la obligación de Mellenthin de pagar honorarios al doctor Moreno quedó sujeta a que se realizara esa devolución, por virtud de las gestiones profesionales del doctor Moreno. No del doctor Escallón. Y que tal condición fue convenida voluntariamente por las partes".

Sobre el supuesto de que la obligación pactada fue condicional, concluye afirmando que "como por obvias razones que no es el caso de explicar la obligación no era resolutoria, debe entenderse como que fue suspensiva, y, en forma, que el derecho del abogado demandante no nació simultáneamente con el contrato pactado sino que quedó en suspenso. Y nunca se realizó, pues Moreno no obtuvo la devolución de los bienes del demandado, siendo aplicable al caso, por consecuencia, el mandato del artículo 1542 del Código Civil que dice: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente", disposición que si la hubiera tenido en cuenta el sentenciador para fallar el pleito, en vez de condenar a Mellenthin lo habría absuelto". Finaliza la argumentación diciendo, "que por estas razones la Corte debe casar la sentencia recurrida".

Motivo b)—**La acusación.** "Por violación indebida por parte del Tribunal del art. 2056 del Código Civil" la hace consistir en que "encontrando el Tribunal probado que las partes estaban ligadas con un contrato que obligaba al Dr. Moreno a ejecutar actos jurídicos como apoderado judicial, no obstante, basándose en el supuesto erróneo de que a ambas partes las ligaba no un contrato de mandato sino uno doble —arrendamiento de servicios y representación judicial— aplicó el artículo 2056 para condenar a Mellenthin, "no al pago de los honorarios profesionales que le reclamaba el doctor Moreno por concepto del ejercicio del poder ante el Fondo de Estabilización y el Ministerio de Hacienda, sino al pago de lo que Moreno dejó de ganar por la prestación de servicios inmateriales, representados por los alegatos y diligencias realizadas por el demandante ante aquellas entidades".

Y se pregunta luego: "¿Qué fue lo que Mellenthin le encomendó al doctor Moreno? La ejecución de unos memoriales y de unas diligencias ante el Fondo de Estabilización y el Ministerio de Hacienda? No, desde luego. Le encomendó la realización de los actos jurídicos necesarios para que se le restituyera la propiedad de sus bienes incautados por el Estado para el pago de indemnizaciones de guerra".

Y finaliza: "De manera que si el H. Tribunal no hubiera aplicado indebidamente el artículo 2056 del C. C. al caso **sub-judice**, otra habría sido su resolución. En vez de condenar a Mellenthin al pago de perjuicios lo hubiera absuelto. Por lo cual se impone la casación de la sentencia acusada para hacer, en lugar de la condena, el consiguiente pronunciamiento absolutorio".

Consideraciones de la Corte

El cargo explicado, siguiendo las palabras del recurrente, se hace consistir, en síntesis, a) en que Moreno y Mellenthin celebraron un contrato en virtud del cual el primero se comprometió a gestionar para el segundo la serie de actos jurídicos necesarios a obtener la devolución de sus bienes puestos en administración fiduciaria, a condición de ganar el apoderado el honorario convenido en un determinado porcentaje cobrable tan sólo si obtenía la devolución o libertad de los bienes; y b) que como sucedió que esta condición —la devolución de los bienes— no se consumó por causa de la gestión del abogado Moreno, el mandante Mellenthin nada debe al abogado porque al mandato del artículo 1542 del Código Civil no puede exigirse el cumplimiento de

la obligación condicional sino verificada la condición totalmente.

Se explica:

Las legislaciones fuente de nuestro Derecho Civil, tenían establecido que la gratuidad del mandato era de la esencia del contrato y en forma, que si se convenían honorarios asumía la categoría de simple arrendamiento de servicios. La nuestra tiene dispuesto lo contrario, vale decir, que la remuneración en el mandato es de la esencia del contrato, como se desprende de lo dispuesto por los artículos 2184, inciso 3º del C. C. y 2143 del mismo Código, con el aditamento de que en relación con la remuneración de los apoderados judiciales tiene la Corte establecido "que sobre el particular el artículo 347 del C. J. es más explícito y que éstos deben ser remunerados por disposición del artículo 16 de la ley 62 de 1936". Innegable, consiguientemente, que en relación con el mandato judicial debe presumirse que se pactó remunerado, hasta el punto de que a falta de estipulación procede el señalamiento judicial. En otros términos, puede afirmarse que es de la naturaleza del mandato judicial el pago de honorarios, mas sin que esto implique, que por las estipulaciones del convenio puede ser gratuito o en ocasiones someterse a una determinada condición, por ejemplo, si se gana el pleito, si la gestión tiene éxito ante determinada autoridad, etc., etc.

Ahora bien, Moreno recibió de Mellenthin mandato judicial para que en su nombre iniciara y adelantara las gestiones necesarias ante la autoridad administrativa con el fin de obtener "la devolución de sus bienes sometidos por acto de la autoridad a administración fiduciaria de acuerdo con disposiciones legales pertinentes", y para en su caso, entablar ante el Consejo de Estado demanda de plena jurisdicción en el evento negativo de los primeros funcionarios.

Y el mandatario, fiel al encargo recibido llevó la primera etapa de la labor hasta obtener el agotamiento de la vía gubernativa, gestión indispensable, pues sólo en esa forma podía dársele entrada a la acción de plena jurisdicción ventilable ante el Consejo de Estado. Así las cosas, el contenido del mandato permite concluir que mandante y mandatario previeron la negativa de la autoridad administrativa y consiguientemente la necesidad de que el abogado debería acudir ante el Consejo de Estado.

No se comprometió el apoderado a obtener éxito ante las dependencias administrativas ni ante el Consejo de Estado: se obligó a agotar los recursos legales para obtener los fines del mandato, pactando como contraprestación por sus gestiones un determinado porcentaje deducible de los bienes que le fueran devueltos al mandante.

Pero cree el abogado de la parte recurrente que como ante el Consejo de Estado, entidad que resolvió favorablemente el reclamo inicial de Mellenthin llevó la personería abogado distinto del doctor Moreno, éste no tiene derecho a remuneración ninguna por la gestión administrativa, porque aquélla, la remuneración, debía deducirse de la cuantía de bienes que por las gestiones directas de Moreno le fueran devueltos al mandante. No lo estimó así el Tribunal sentenciador, entre otras razones, a) porque hecho o culpa del mandante fue lo que impidió que Moreno continuara la gestión jurídica iniciada debidamente como que ya había logrado el agotamiento de la vía gubernativa, paso necesario para darle competencia al Consejo de Estado; y b) porque el doctor Moreno no podía oponerse a que le fuera revocado el poder, ya que podía Mellenthin cancelarlo libremente, es obvio, con sujeción a las consecuencias legales por su unilateral determinación.

El mandato conferido por Mellenthin a su abogado lo fue para un acto concreto —obtener la devolución de sus bienes congelados—, susceptible como toda gestión judicial de dar ocasión a la postulación de los trámites propios de los grados de competencia de los funcionarios ante quienes correspondiera actuar (petición ante el Fondo de Estabilización, reposición de lo que esta entidad resolviera, apelación ante el Ministro, reposición de la inicial resolución, declaración ministerial sobre agotamiento de la vía gubernativa, acción de nulidad ante el Consejo de Estado, ejecución de la sentencia, etc., etc.).

Si, pues, en mitad del camino —cuando el apoderado había logrado el agotamiento de la vía gubernativa—, Mellenthin puso fin o interrumpió la labor del abogado impidiéndole la actuación ante el Consejo, ese hecho no anula, no puede anular, el derecho del abogado a que proporcionalmente se le retribuya su trabajo, consistente, en la provechosa labor que hubo de desarrollar para poner en movimiento la solución que vino a darle el Consejo de Estado con el fallo favorable a las peticiones del actor.

La causa del mandato convenido entre las partes es idéntica a la que existe o media en todos los contratos de la misma naturaleza, es decir, la

misma de los convenios sobre prestación de servicios profesionales. La prestación por parte de Moreno consistió en sus servicios profesionales de abogado y la contraprestación correlativa, en el pago de una suma de dinero por concepto de honorarios equivalente a un determinado porcentaje. Ahora, si el poder fue revocado a Moreno cuando había desarrollado y concluido la fatigosa labor administrativa, y si esa labor fue la base para poder llevar a éxito el reclamo memorado, esto implica considerar que si Mellenthin en uso de un derecho suyo no fue fiel a las naturales obligaciones de mandante y revocó el poder al abogado, no por ello quedaron en el aire, insolutas o extinguidas sus obligaciones, sencillamente porque la revocación del mandato no es medio para extinguir de plano las obligaciones del convenio: lo será para terminar el mandato pero no podrá serlo para extinguir las resultantes de esas relaciones contractuales.

—

Ahora bien: los artículos 1530, 1536 y 1542 que el recurrente considera que debieron aplicarse por el sentenciador al proferir el fallo reglamentan en su orden, lo que debe entenderse por obligación condicional; cuando la condición es suspensiva; y el último, "que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente".

Dedúcese de las citas legales y demás consideraciones, que por virtud del convenio —Mellenthin y Moreno— uno y otro quedaron ligados por los vínculos propios de las obligaciones y derechos del mandato: que el honorario que debía recibir el abogado por sus servicios profesionales debía liquidarse al obtenerse la entrega de los bienes colocados por el Gobierno en administración fiduciaria; que el hecho de la revocación impidió al abogado la culminación de las gestiones idóneas al fin encomendado; que este hecho, la revocación del mandato judicial, como acto unilateral del mandante, no pudo tener la virtud de anular las obligaciones a cargo de éste —pagar el valor del servicio profesional prestado hasta el momento de la revocación del poder y constitución de nuevo apoderado—, como que supuesto contrario llevaría a darle paso a la posibilidad antijurídica de que si a Moreno se le hubiese permitido llevar la gestión ante el Consejo de Estado, sin embargo Mellenthin hubiera podido excusar el pago del honorario con el simple hecho de la revocatoria del poder en vísperas del día de la sentencia del Consejo de Estado, alegando, que como durante la vigencia del poder no se obtuvo la entrega de los bienes, no puede exigir Moreno el cumplimiento "de la obligación condicional" —el pago de sus honorarios— por no haberse verificado a condición totalmente.

Cuanto a la aplicación indebida del artículo 2058 en que se afirma incurrió el sentenciador, cabe anotar, que la disposición reglamenta lo relacionado con la confección de obras materiales; y que si viene citada en la sentencia, no lo fue para fundar en tal disposición la solución del pleito sino para explicar cómo en esa relación jurídica —prestación de servicios materiales— el artífice de la obra encomendada tampoco pierde el valor de su trabajo con pretexto en que "el que encargó la obra podrá hacerla cesar". Precisamente la disposición agrega: "reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar con la obra".

Lo que el Tribunal al comentar esta disposición expresó, fue que entre esta norma y las que regulan el mandato no hay oposición sino al contrario, una verdadera sinonimia.

Resultado de las anteriores consideraciones es el de que el cargo no puede prosperar.

—

Segundo cargo.—"Violación indirecta de los artículos 1530, 1536, 1542 y 2056 del Código Civil por virtud de errores de hecho provenientes de falta de apreciación de pruebas".

Estas disposiciones son las mismas a que hizo referencia el recurrente al estimar, con motivo del primer cargo, que el sentenciador las había violado **directamente.** Afirma en éste, que el Tribunal incurrió en violación indirecta de esas mismas normas, y la acusación la propone "para el caso de que se declare infundado el primer cargo". No habiendo éste prosperado procede el estudio de la acusación subsidiaria.

Considera la Corte:

No señala el recurrente las pruebas "que por falta de apreciación" llevaron al sentenciador a incurrir en violación indirecta de las normas sustantivas citadas. Dice, simplemente, que aparece probado en el proceso: "a) Que el doctor Moreno fue mandatario y sólo un mandatario de Mellenthin, y b) Que era un mandatario cuyo derecho a percibir honorarios dependía de que obtuviera buen éxito en sus gestiones. Sin embargo el H. Tribunal no apreció esas pruebas, y por tal me-

nosprecio, incurrió en los siguientes errores de hecho, que aparecen manifiestos: a) considerar que el doctor Moreno no ejecutó actos jurídicos como apoderado judicial de Mellenthin sino simples obras inmateriales, por encargo de aquél; y b) que el doctor Moreno, para tener derecho a honorarios no necesitaba obtener la devolución de los bienes de Mellenthin, sino simplemente reclamar esa devolución ante el Fondo de Estabilización y el Ministerio de Hacienda mediante unos memoriales y unas cuantas diligencias".

Como se advierte, las pruebas que al entender del recurrente dejó de considerar el sentenciador, son sin lugar a duda las que en su fallo relaciona el Tribunal, y que estudia con notoria exactitud; ocurre, que la apreciación que hizo el Tribunal de los elementos probatorios no coincide con el que considera el recurrente que ha debido hacerse; su empeño se reduce a expresar que las pruebas evidencian que Mellenthin nada debe al doctor Moreno porque no fueron sus gestiones profesionales las que impusieron al Fondo de Estabilización la obligación de acceder a la solicitud que en su tiempo formuló el doctor Moreno.

La Corte al verificar el cargo anterior constató el sentido de la crítica probatoria que hizo el Tribunal y como la hallara conforme, optó por rechazarlo dándole pleno asentimiento al contenido del estudio de que da cuenta la sentencia recurrida.

Deberá entonces rechazarse el cargo.

Tercer cargo.—"Violación indirecta de los artículos 2142, 2144 y 2150, inciso 3º del C. C., a consecuencia de errores de hecho provenientes de falta de apreciación y de errónea apreciación de pruebas".

En el fondo este cargo es idéntico al ya estudiado con la diferencia que en éste sí enumera y señala el recurrente las pruebas que en su concepto llevaron al Tribunal "por error de apreciación de ellas" a violar indirectamente las indicadas disposiciones sustantivas.

Como pruebas "erradamente apreciadas" señala: "a) las copias del poder otorgado por Mellenthin al doctor Moreno, de los alegatos dirigidos por éste al Fondo de Estabilización y al Ministerio de Hacienda y de las providencias de estas entidades recaídas sobre dichos alegatos, visibles del folio 9 al 34 del C. número 1; b) la confesión hecha por el doctor Moreno al absolver la cuarta de las posiciones que le pidió Mellenthin —sexta de la diligencia respectiva debido a la división que hizo el juez—, en los siguientes términos: "Yo arreglé con el señor Mellenthin hacer las gestiones que fueran necesarias ante el Fondo de Estabilización, ante el Ministerio de Hacienda y aun ante el Consejo de Estado, si la gestión administrativa no prosperaba, por un porcentaje de lo que recibiera por causa de esas gestiones mías como abogado.. " (subrayo), y c) la confesión de Mellenthin al responder la primera pregunta de las posiciones que absolvió, hecha en estos términos: "...acepté los servicios profesionales del doctor Moreno quien me cobraba un 15% del total que se obtuviera en la gestión, siendo los gastos por cuenta de él"..... "Respecto de esta última respuesta procede relivar (sic) que el Tribunal en su sentencia (folio 18 del C. número 4) acepta que en ella "hay una confesión sobre la existencia del vínculo contractual y sobre el sistema escogido para remunerar al profesional...".

Dice el recurrente que la errónea apreciación de las pruebas anotadas consistió en que el Tribunal al examinarlas "incurrió en los siguientes errores de hecho: 'a) considerar que entre las partes no existió un contrato de mandato, y b) considerar que Mellenthin rompió unilateralmente el contrato que lo vinculaba a Moreno' ".

Las razones alegadas son estas: "En varios pasajes de su sentencia el H. Tribunal reconoce la existencia de esas pruebas. Pero al apreciarlas no cayó en la cuenta de que ellas demostraban plenamente que Mellenthin y Moreno habían pactado un contrato de mandato, y no de arrendamiento de servicios, por las siguientes razones: a) porque Moreno había ejecutado actos jurídicos en representación de Mellenthin, hecho que se opone al simple arrendamiento, y b) porque la remuneración a cuota-litis no puede pactarse dentro del arrendamiento, ya que la ejecución de una obra material o inmaterial no se contrata nunca como un hecho contingente y aleatorio, o que puede llegar a tener esas características, sino como un hecho cierto y determinado".

Considera la Corte:

El razonamiento aducido ya fue considerado y tenido en cuenta por la Sala al estudiar los otros cargos; y precisamente, a base de la confutación de todo el elemento probatorio se halló acertada la fundamentación relativa a la crítica probatoria de que da cuenta la sentencia.

Dedujo el Tribunal, luego de apreciar las pruebas, que entre Mellenthin y Moreno medió un contrato de mandato según el cual éste se obligó a prestarle a aquél sus servicios profesionales de abogado recibiendo como contraprestación un determinado porcentaje; que Mellenthin unilateralmente y cuando el apoderado adelantaba convenientemente la gestión encomendada le puso fin al mandato; que como esta relación jurídica —el mandato— se pactó remunerado, quedó obligado Mellenthin a retribuirle a Moreno el valor del servicio profesional; que el derecho a la remuneración se causó, porque hecho o culpa del mandante fue lo que ocasionó que Moreno no desarrollara o cumpliera la totalidad del encargo; que si bien es cierto que el honorario —porcentaje— debía deducirse del valor global de los bienes que le fueran devueltos a Mellenthin y si la entrega se produjo cuando ya no era Moreno el abogado, tal hecho no tuvo la virtud de enervar el derecho a la remuneración, porque si es cierto que la revocación es acto libre del mandante eso no quiere decir que al producirla deje sin validez, ni mucho menos sin efectividad las obligaciones del mandante respecto del mandatario derivadas de ese contrato, máxime cuando el mandatario haya desempeñado en parte la gestión.

Tiene repetido la Corte que "el principio de la revocabilidad que conlleva cada mandato en sí, colocado frente a la tesis del no quebrantamiento de la voluntad en los convenios, conserva su fuerza aunque infrinja el libre juego de la revocabilidad el respeto debido a un contrato. Siendo así que la facultad revocatoria es autónoma, cuando el poder revocado deja sin efecto el contrato que de él dependía, nace correlativamente el interés patrimonial de la parte lesionada, la acción indemnizatoria". (Sentencia 9 abril 1943, LVI, 492; casación 4 agosto 1950, LXVII, 765).

Y como la interpretación adecuada y lógica del elemento probatorio —hecho que no comparte el recurrente— fue lo que condujo al Tribunal a las apreciaciones anotadas procede concluir que resulta infundado el cargo.

La prueba no tenida en cuenta y a que se refiere la parte final de la demanda de casación, dice, "está constituída por la carta que obra al folio 71 del cuaderno número 1 del expediente".

En sustento del cargo anota el recurrente "que si Mellenthin cambió de abogado —como lo establece la carta— lo hizo con previa autorización de Moreno por lo cual no puede decirse que rompió el contrato unilateralmente".

Considera la Sala:

Al estudiar el Tribunal las respuestas que dio el demandado al cuadro de posiciones que le propuso el actor, encontró que aquél se entendió con éste para darle las razones que le animaban para que el abogado que había escogido recibiera su personería para seguir actuando en el negocio, razones que, dice el sentenciador, "por ética profesional no pudo rehuir el doctor Moreno" pero que en realidad fueron simple pretexto para quitarle el poder al doctor Moreno. "Me valí de esas razones para quitarle el poder al doctor Moreno", contestó el citado Mellenthin al absolver la pregunta que le fue propuesta en la diligencia de posiciones.

Volviendo al cargo - violación indirecta de la ley por no haber el Tribunal apreciado la prueba deducible de la carta que figura al folio 71 del expediente— estima la Sala, que resulta infundado, porque el sentenciador al no apreciar dicho elemento procedió acertadamente, toda vez que tal escrito no puede estimarse como que forma parte del proceso, ya que si a él llegó y evidentemente figura en el indicado folio, no es explicable la razón legal de su inclusión allí. No se acompañó a la demanda ni al escrito de respuesta; no se adujo por ninguna de las partes al absolver las posiciones que figuran en los autos ni en otra diligencia verificada con la intervención del juez; no se pidió su aducción por ninguna de las partes dentro de los términos perentorios de la ley ni siquiera fuera de ellos; ni el juez ordenó agregarla al juicio en ninguna oportunidad.

Dispone el artículo 597 del C. J. que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso por haber sido aducidas y presentadas mediante alguno de los modos legales indicados, no por el simple hecho de figurar físicamente en el proceso; sabido es, que el imperio de las normas procedimentales es de orden público y que en su observancia radica la garantía de los litigantes. De ahí, que haya repetido la Corte "que si el sentenciador deja de lado en favor de una de las partes, la aplicación de los principios que consagran las normas procesales o incurre en violación de los derechos amparados por esas normas, falta a sus deberes de rec-

titud e imparcialidad". (Sentencias de 4 y 26 de julio de 1945).

En síntesis: si los medios de defensa que aporten las partes al proceso deben venir y reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalen, el Tribunal no sólo procedió rectamente al no considerar el posible mérito probatorio de la aludida carta —agregada inexplicablemente al proceso— sino que si hubiera procedido de manera diferente "habría faltado a sus deberes de rectitud e imparcialidad".

Debe en consecuencia desestimarse el cargo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Gaviria.

Jesús María Arias — Guillermo Caravito Durán.

Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas.

Jorge Soto Soto, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN LA NECESIDAD DE REQUERIMIENTO PARA QUE EL RECURRENTE REVALIDE EL PAPEL COMUN USADO EN LA ACTUACION Y LAS COSTAS CAUSADAS, SO PENA DE NO SER OIDO EN EL JUICIO

1.—El artículo 346 del C. J. dispone que el papel necesario para resolver las peticiones de las partes o para otras diligencias debe suministrarlo la parte que haga las peticiones, y el necesario para la continuación de un incidente el actor mismo. Cuando la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común, según lo dispone el artículo 351 del citado Código, pero en este caso la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario. Véase al respecto, el auto de junio 26 del corriente año. (G. J. LXXXIII, 82).

2.—Las mismas razones expuestas por la Corte en auto de junio 26 del presente año (LXXXIII, 82) respecto del requerimiento para la revalidación del papel común usado en la actuación, pueden predicarse respecto a la necesidad de un requerimiento para hacer efectiva la sanción a que se refiere el párrafo del artículo 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951, en cuanto dispone que no será oído en el juicio el litigante que no consigne su valor, máxime cuando el artículo 496 del C. J. manda que se haga requerimiento, a la parte condenada en costas para que las pague antes de concederle el recurso de apelación que haya interpuesto contra un nuevo proveído, so pena de negarle el recurso si no paga dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de querimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

En el escrito que antecede solicita el apoderado del actor, que se abstenga la Corte de conocer en el fondo el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de enero del corriente año proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Arturo Boada contra Rafael Munar y otros, por haberse concedido el recurso por el Tribunal y admitido por la Corte cuando el recurrente no podía ser oído en el juicio.

Advierte el peticionario que en el incidente de nulidad, tramitado ante el Tribunal y que forma el cuaderno 7º del expediente, hay dos hojas de papel común empleadas en la actuación, papel que no ha sido revalidado por el demandado quien estaba obligado a suministrar el necesario para ese incidente: también advierte que el demandado fue condenado a pagar las costas del mismo incidente de nulidad, las que aparecen reguladas y la liquidación debidamente aprobada, sin que el obligado haya hecho el pago correspondiente.

El artículo 346 del Código Judicial dispone que el papel necesario para resolver las peticiones de las partes o para otras diligencias debe suministrarlo la parte que haga las peticiones, y el necesario para la continuación de un incidente el actor del mismo. Cuando la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común, según dispone el artículo 351 del citado Código, pero en este caso la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena de Casación Civil, por medio del auto de 26 de junio del corriente año, interpretó el artículo 351 del C. J. a que se acaba de hacer referencia, en los siguientes términos:

"Dispone el artículo 351, inciso 2º, del C. J. que

la parte renuente al suministro del papel sellado, no sea oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel que ha debido emplear.

"Por tanto, al gravamen procesal de proporcionar la parte el papel sellado que le corresponde sucede otra carga: la de consignar en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel no suministrado.

"¿Cuándo debe la parte hacer entrega en la Secretaría de las especies de timbre nacional?

"No lo dice el artículo 351, pero la oportunidad fluye del mandato de que no sea oída la parte mientras no haga consignación de las estampillas. En tanto que nada tenga que pedir, no se verá compulsada a cumplir la obligación; luego, la oportunidad para ello está condicionada a la necesidad de ser oída.

"Esta necesidad se manifiesta de manera más acentuada en materia de recursos, porque la interposición de estos es precisamente para que la parte sea oída con el objeto de que se revoque o reforme la resolución —si se trata de reposición o súplica— o sea concedido el recurso, si de apelación o casación se trata.

"De donde se infiere que interpuesto el recurso —en tiempo, se entiende— no podrá despacharse (la reposición o la súplica) ni concederse (la apelación o la casación), antes de que el recurrente ejecute la obligación expresada de consignar las especies de timbre nacional.

"Mas, ello significaría que el Juez tuviese que esperar indefinidamente a que el recurrente hiciera el suministro, en daño de la actuación que exige celeridad, razón por la cual la doctrina ha considerado necesario que el litigante sea requerido a que ejecute la expresada carga, según exponen los autos proferidos por la Sala de Casación Civil; fechados el 30 de mayo de 1940 (LXIX, 496) y el 14 de agosto de 1941 (LII, 187). Así ha interpretado la Corte el inciso 2º del artículo 351 del C. J., conciliando el interés del Fisco, de que el impuesto sea satisfecho y la necesidad de que la actuación judicial avance, con los fueros de la justicia, que no deben sacrificarse a una interpretación de los textos legales, formulista o literal.

"Admitida la necesidad de un requerimiento, la parte ha de disponer de un plazo dentro del cual satisfaga dicho deber procesal, expirado el cual sin que esto se haga, se tenga por no interpuesto el recurso. Dicho requerimiento puede ser expreso; o tácito, como en este caso, al dejar constancia el auto de 14 de noviembre, de no poder ser oído el solicitante, por no haber revalidado el papel.

"Se trata de un término judicial, ya que la ley no lo fija; pero admitida la necesidad de requerir se comprende en ella implícitamente la facultad del juez para señalar un término, de acuerdo con la norma general del artículo 367 del C. J., entendiéndose que si en el auto del requerimiento no se señala uno expresamente, ha de ser el de la ejecutoria del mismo.

"Las providencias antes citadas, al admitirse la necesidad del requerimiento, rectificaron providencias anteriores de la Corte, según las cuales interpuesto un recurso, pero sin revalidar el papel dentro del término legal para incoarlo, es como si no se hubiese introducido. (XLI, 212 y 356, XLI bis, 71).

"La Sala reitera la necesidad del requerimiento, como base de la sanción estatuida en el artículo 351, esto es, para que, en tratándose de recursos, se tenga por no interpuesto, si habiéndolo sido oportunamente, no se revalida el papel dentro del lapso del requerimiento.

"Lo cual no es óbice, naturalmente, para que la consignación de las especies se haga al interponer el recurso, o dentro del término que haya para esto, sin requerimiento alguno, que es la forma normal de cumplir la carga expresada.

"En estos términos anteriores quedan precisadas y aclaradas decisiones anteriores de la Corte, como las de 30 de mayo de 1940 y 14 de agosto de 1941 (XLIX, 49 y LII, 187)".

Las mismas razones expuestas por la Corte en el auto que antecede pueden predicarse respecto a la necesidad de un requerimiento para hacer efectiva la sanción a que se refiere el párrafo del artículo 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951, en cuanto dispone que no será oído en el juicio el litigante que haya sido condenado en costas, mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor, máxime cuando el artículo 496 del C. J. manda que se haga requerimiento, a la parte condenada en costas para que las pague antes de concederle el recurso de apelación que haya interpuesto contra un nuevo proveído, so pena de negarle el recurso si no paga dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de requerimiento.

En el presente caso, por falta de advertencia, el Tribunal concedió el recurso de casación, interpuesto en tiempo, sin haberse revalidado el papel común empleado en los folios 3 y 4 del cua-

derno 7º, y sin que el recurrente hubiera pagado las costas a que fue condenado en el incidente referido, en donde se regularon oportunamente las agencias en derecho, y como no hubo lugar a liquidar costas de secretaría, la regulación dicha fue aprobada por auto de 3 de febrero de 1954. Por la misma inadvertencia la Corte declaró admisible el recurso. Pero como ahora la parte interesada ha advertido la irregularidad, es el caso de requerir al obligado para que presente las estampillas correspondientes al papel común empleado y para que pague las costas a que fue condenado, con advertencia de que si no lo hace en el término que se le señale, no será oído en el juicio.

En consecuencia, requiérese al demandado recurrente para que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, presente las estampillas de timbre nacional que corresponden al papel común empleado a los folios 3 y 4 del cuaderno 7º y para que dentro del mismo término presente el recibo de pago o consigne el valor de las costas a que fue condenado por auto de fecha 13 de enero de 1954 y cuya regulación fue aprobada en el auto de 3 de febrero del mismo año. Adviértesele que si no cumple las obligaciones dichas dentro del término que se señala, no será oído en el juicio.

Notifíquese y cópiese.

Guillermo Caravito Durán — Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — DONACION HECHA A LA CONYUGE CUANDO LA MUJER CASADA ERA RELATIVAMENTE INCAPAZ. — DETERMINACION DE LA FORMACION Y MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

El individuo es libre de manifestar las determinaciones relativas al modo legal de contratar, en la forma que lo estime conveniente, si, por lo demás, no quebranta con su acto la moral, la ley o el orden público. Entonces, para entender si una persona quiso obligarse y si efectivamente lo hizo, no hay que considerar tan sólo la manera más o menos regular o reglamentaria como el sujeto expresó su determinación sino que habrá de atenderse a su intención, toda vez que es la propia voluntad la que en general crea la ley de los contratos.

De consiguiente, cuando dos voluntades concurren a la formación de un determinado acto, constituirán esa relación jurídica que tendrá fuerza de ley que sólo viene a distinguirse del estatuto general por diferencias de grado, por su especial obligatoriedad como que voluntades lícitamente unidas es lo que hace producir efecto legal al acto contractual. (Artículo 1602 del C. C.)

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

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Esenbar)

Antecedentes

Por escrituras públicas número 183 de 27 de junio de 1874, 221 de 17 de agosto del mismo año y 19 de 19 de enero de 1907 de las Notarías 2ª y 1ª del Circuito de Cali, el doctor Ignacio Paláu adquirió "el dominio de terrenos en los indivisos de las fincas El Cabuyal o San José y Bellavista" de la comprensión municipal de aquella ciudad.

2) El doctor Paláu contrajo matrimonio y dentro de él nacieron los hermanos Francisco, Alfonso, Alberto, Eduardo y Susana.

3) Doña Susana contrajo matrimonio con Ricardo Velásquez, quien más tarde, el 15 de febrero de 1908, compareció con su suegro doctor Ignacio Paláu ante el Notario 2º de Cali con el fin de hacer las declaraciones de que da cuenta la escritura número 34 de la misma fecha, que a continuación se transcriben:

"...compareció en esta oficina el señor Ricardo Velásquez J., mayor de edad y vecino de este Distrito, a quien conozco personalmente, y expuso: Que con motivo de su matrimonio celebrado con la señora Susana Paláu, quiso el padre de ésta, señor doctor Ignacio Paláu que su citada hija aportara al matrimonio algunos bienes para que hicieran parte del haber de la sociedad conyugal, y con tal fin destinó para la mencionada esposa del otorgante, dos fincas rurales situadas en este mismo Distrito de Cali, las cuales tiene recibidas a su entera satisfacción, la una ubicada en el terreno indiviso de la antigua hacienda de 'El Cabuyal', al Occidente de esta ciudad, estimada en la cantidad de quinientos pesos oro ($ 500.00), finca que fundó el señor Ricardo Perlaza a orillas de la quebrada del mismo nombre de 'El Cabuyal', que más tarde vino a ser del señor Ricardo Gómez, quien la vendió a su citado suegro por medio de la escritura número diez y nueve (19) otorgada en esta misma Notaría, el diez y nueve (19) de enero del año próximo pasado"... "Siguen los linderos. 'La segunda finca rural que ha recibido de su suegro el doctor Paláu es conocida con el nombre de 'Bellavista", en jurisdicción de este Distrito, estimada en la cantidad de ochocientos pesos oro ($ 800.00) y se compone...". Aquí la alinderación del inmueble. "Que como lo tiene dicho, ha recibido a su satisfacción las precitadas fincas, que se promete conservar en la forma que previenen las leyes; y que para seguridad de su esposa otorga la presente escritura de dote estimada...'. En este estado se presentó el señor doctor Ignacio Paláu, a quien también conozco, que es vecino de esta ciudad, y mayor de edad, impuesto del contenido de la anterior escritura, dijo: Que la aceptaba por su parte por ser corriente lo expresado en ella..."

4) El doctor Paláu falleció intestado el 10 de enero del año de 1925; su juicio mortuorio se declaró abierto y radicado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, mediante providencia fechada el 15 de septiembre del año de 1944 y en ella se reconoció a Eduardo Paláu como heredero del causante en su calidad de hijo legítimo. Posteriormente, el Juzgado hizo igual reconocimiento a favor de Alberto, otro de los hijos del doctor Paláu.

5) La sucesión del causante no ha sido liquidada; y al menos, hasta el día de la demanda, no se había practicado el inventario de los bienes relictos.

6) El 7 de diciembre de 1943 los esposos Velásquez-Paláu por escritura número 2586 de la misma Notaría de Cali vendieron a su hijo Carlos Velásquez Paláu la finca "Bellavista" por los linderos descritos en el instrumento.

Las demandas

Eduardo Paláu B., estimando que las declaraciones contenidas en la aludida escritura número 34 "no pueden entenderse en el sentido de que el doctor Paláu se desprendió en favor de su hija Susana de Velásquez del dominio de los bienes allí relacionados, y que por esa razón pertenecen a la sucesión de su padre", en demanda presentada ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali el 25 de septiembre de 1944 solicitó, que con citación y audiencia de los citados Ricardo V. y Susana Paláu de Velásquez hiciera el Juzgado en la sentencia de un juicio ordinario, y para la sucesión del doctor Ignacio Paláu, estas declaraciones:

"a) Que pertenecen a la sucesión del doctor Ignacio Paláu las dos fincas de campo denominadas San José y Bellavista, ubicadas en jurisdicción de este municipio y determinadas como se indica en los hechos 3º, 4º y 5º de la presente demanda;

"b) Que los actuales poseedores materiales de dichas fincas, señores don Ricardo Velásquez y doña Susana Paláu de Velásquez están obligados a restituir a la sucesión del doctor Ignacio Paláu, representada por el demandante en su calidad de heredero del causante, las dos fincas de San José y Bellavista, ya mencionadas, con todas sus accesiones, anexidades y dependencias;

"c) Que los demandados están obligados a pagar a la sucesión del docotr Ignacio Paláu, representada por el demandante en su calidad de heredero, los frutos naturales y civiles que hayan producido los bienes materia de este pleito, y no solamente los frutos percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo tales bienes en su poder.

"d) Que los demandados son responsables de los deterioros que por su hecho o culpa hayan sufrido los bienes objeto de esta demanda;

"e) Que los demandados no tienen derecho a que se les abonen las mejoras útiles que hayan puesto sobre las fincas materia de la demanda, y respecto de tales mejoras apenas podrán llevarse los materiales, siempre que puedan separarlos sin detrimento de las fincas reivindicadas; y

"f) Que los demandados deben pagar las costas del presente juicio, si lo afrontan".

—

El mismo Eduardo Paláu B. con fundamento en las razones anotadas, y, especialmente, en la consideración de que la venta hecha por los esposos Paláu-Velásquez a su hijo Carlos "es venta de cosa ajena que no perjudica los derechos que en la misma finca pertenecen a la sucesión del doctor Ignacio Paláu y a los herederos de éste distintos de Susana Paláu de Velásquez", en demanda presentada en el mismo Juzgado el 31 de mayo de 1948 solicitó, que con audiencia del citado Carlos Velásquez se hicieran estas declaraciones:

"Primera—Que pertenece a la sucesión del doctor Ignacio Paláu la finca de 'Bellavista' descrita y delimitada en el hecho 9 de la presente demanda:

"Segunda—Que el demandado señor Carlos Velásquez Paláu está obligado a restituir la precitada finca de Bellavista, con todos sus componentes y anexidades y por los linderos puntualizados en el hecho 9º de esta demanda, a la sucesión del doctor Ignacio Paláu representada por mi poderdante señor Eduardo Paláu B., inmediatamente que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio;

"Tercera—Que el demandado señor Carlos Velásquez Paláu está obligado a pagar a la sucesión del doctor Ignacio Paláu representada por mi poderdante señor Eduardo Paláu B. los frutos naturales y civiles producidos por la premencionada finca de Bellavista, durante el tiempo que el demandado la ha tenido en su poder, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hu-

biera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder;

"Cuarta.—Que el demandado está obligado a pagar a la sucesión del doctor Ignacio Paláu representada por mi poderdante señor Eduardo Paláu B., el valor de los deterioros que haya sufrido la misma finca de Bellavista durante el tiempo que el demandado la ha tenido en su poder y hasta el día de la restitución.

"Quinta.—Que el demandado no tiene derecho a que se le abonen mejoras que haya puesto sobre la citada finca de Bellavista; y

"Sexta. — Que el demandado debe pagar las costas del presente juicio, si afronta la litis.

Como hechos sustentantes de las acciones incoadas, alega el demandante en su orden:

En la propuesta contra los esposos Velásquez-Paláu, a más de los indicados, estos:

a) "El doctor Ignacio Paláu, al mismo tiempo que tuvo la posesión inscrita de las dos fincas premencionadas, ejerció sobre ellas, hasta el día de su muerte, la posesión material quieta y pacífica, ejecutando en dichas fincas todos aquellos actos materiales a que sólo da derecho el dominio, tales como cerramientos, mantenimiento de ganados, reparación de las casas, cultivos y otros actos de la misma significación económica;

b) "Después de la muerte del doctor Ignacio Paláu, entraron a poseer materialmente las dos fincas premencionadas, la señora doña Susana Paláu de Velásquez y su marido señor don Ricardo Velásquez, con exclusión de los demás herederos del doctor Ignacio Paláu y diciéndose ellos (doña Susana Paláu y don Ricardo Velásquez) dueños exclusivos de las precitadas fincas de San José y Bellavista;

c) "Los cónyuges don Ricardo Velásquez y doña Susana Paláu de Velásquez, son hasta hoy los poseedores materiales y los únicos usufructuarios de las mencionadas fincas de San José y Bellavista, y lo han sido desde la muerte del doctor Ignacio Paláu;

d) "Los actuales poseedores señores don Ricardo Velásquez y doña Susana Paláu de Velásquez carecen de título que los acredite como dueños únicos de las fincas de San José y Bellavista y que justifiquen el usufructo y la posesión material que sobre tales fincas vienen ejerciendo desde la muerte del doctor Ignacio Paláu, con exclusión de los demás herederos de éste;

e) "Los cónyuges don Ricardo Velásquez y doña Susana Paláu de Velásquez parece que fundan el derecho exclusivo que creen tener a la posesión y al usufructo de las precitadas fincas de San José y Bellavista, en la escritura pública número 34 bis de 15 de febrero de 1908, de la Notaría 2ª de Cali, escritura que contiene algunas declaraciones hechas por don Ricardo Velásquez a favor de su legítima mujer señora doña Susana Paláu de Velásquez en relación con las dos fincas tantas veces mencionadas, mediante la consideración unilateral y gratuita que el mismo señor Velásquez hace allí de que dichas dos fincas fueron destinadas por el doctor Ignacio Paláu para su hija doña Susana, mujer legítima del declarante Velásquez.

f) "La escritura pública número 34 bis de 15 de febrero de 1908, de la Notaría 2ª de Cali, no constituye en manera alguna título de dominio a favor de doña Susana Paláu de Velásquez, ni de don Ricardo Velásquez, ni de la sociedad conyugal entre ellos formada por el hecho del matrimonio, sobre las fincas de San José y Bellavista, ni es apta en modo alguno para transferir a dichos cónyuges Velásquez-Paláu el dominio que tenía sobre las mismas dos fincas premencionadas el doctor Ignacio Paláu;

g) "Cuando se otorgó la precitada escritura número 34 bis de 15 de febrero de 1908, de la Notaría 2ª de Cali, el doctor Ignacio Paláu tenía como legitimarios, no solamente a su hija Susana, sino también a sus demás hijos legítimos, Francisco, Alfonso, Alberto y el suscrito Eduardo Paláu B.;

h) "El doctor Ignacio Paláu no dejó al morir otros bienes distintos de las dos fincas de San José y Bellavista, tantas veces mencionadas; de tal modo que si él hubiera donado dichas fincas a su hija Susana, tal donación no solamente habría absorbido la parte de bienes de que el doctor Paláu podía disponer a su arbitrio, sino que habría absorbido íntegramente la herencia y por consiguiente las legítimas de todos los demás hijos;

i) "La escritura número 34 bis de 15 de febrero de 1908, de la Notaría 2ª de Cali, no contiene donación de las fincas de San José y Bellavista hecha por el doctor Ignacio Paláu a favor de su hija Susana Paláu de Velásquez, pero si la contuviera, y si alguien pudiera interpretarla en ese sentido y atribuirle esa fuerza, la donación sería nula por exceder de dos mil pesos y no haber sido insinuada, y sería rescindible por menoscabar las legítimas de los demás hijos del doctor Ignacio Paláu".

En la iniciada contra Carlos Velásquez, anota:

a) "El 7 de diciembre de 1943, por escritura pública número 2586 otorgada ante el Notario 1º de Cali, la señora Susana Paláu de Velásquez y su marido señor Ricardo Velásquez, diciéndose dueños exclusivos de la finca de Bellavista delimitada en el hecho 9º de la presente demanda, dieron en venta dicha finca a su hijo legítimo señor Carlos Velásquez Paláu;

b) "El señor Carlos Velásquez Paláu es el actual poseedor de la finca de Bellavista delimitada en el hecho 9º de la presente demanda;

c) "La venta hecha por los cónyuges señores Ricardo Velásquez y Susana Paláu de Velásquez a favor del señor Velásquez Paláu, de la finca de Bellavista delimitada en el hecho 9º de esta demanda, es venta de cosa ajena que no perjudica los derechos que en la misma finca pertenecen a la sucesión del doctor Ignacio Paláu y a los herederos de éste distintos de doña Susana Paláu de Velásquez".

Los demandados en las oportunidades respectivas contestaron las demandas, así:

Los esposos Velásquez-Paláu se opusieron a que se hicieran las declaraciones solicitadas; negaron los hechos esenciales de la acción incoada, advirtiendo que los inmuebles que se les reclama los recibieron en el año de 1905 "cuando el doctor Paláu les hizo entrega material de ellos". Opusieron a la acción las excepciones de "Carencia de acción por ilegitimidad de personería del actor y de la sucesión en cuyo nombre se ha demandado"; "Ilegitimidad de la personería del demandado"; "Prescripción adquisitiva del dominio tanto ordinario como extraordinaria"; la innominada señalada por el artículo 343 del C. J.

En libelo separado, los demandados propusieron a su demandante demanda de mutua petición encaminada a obtener las declaraciones que allí consten, es obvio, en el evento de que la acción principal tuviera la eficacia pretendida. No es el caso de hacer referencia sobre el particular, porque lo dispuesto por el Tribunal en relación con este extremo de la litis no es materia del recurso extraordinario al estudio de la Corte.

Carlos Velásquez de su lado, descorrió el traslado oponiéndose a las declaraciones solicitadas; negó los hechos con algunas explicaciones; alegó las excepciones que en su tiempo propusieron los otros demandados.

Los juicios se acumularon posteriormente y continuaron su trámite bajo una misma cuerda y con la intervención de Alberto Paláu, quien se presentó coadyuvando las acciones incoadas por su hermano.

Las sentencias de instancia

Le puso fin a la primera instancia el señor Juez del conocimiento con su sentencia de fecha 30 de abril de 1952 del siguiente tenor resolutivo:

"1º—Declárase probada la excepción perentoria de carencia de acción o ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, en el juicio ordinario reivindicatorio, promovido por el señor Eduardo Paláu B. en representación de la sucesión del doctor Ignacio Paláu, en su calidad de heredero del mismo, en demanda de fecha 25 de septiembre de 1944, contra los señores Ricardo Velásquez y Susana Paláu de Velásquez, cónyuges entre sí, y contra la sociedad conyugal entre ellos constituída y representada por ambos, todos mayores de edad y vecinos del Municipio de Cali.

"2º—Como consecuencia de la declaración anterior, niéganse las peticiones principales y subsidiarias a que se contrae la parte petitoria de la demanda que se deja mencionada.

"3º—Declárense probadas las excepciones perentorias de carencia de acción e inexistencia de las obligaciones demandadas, propuestas por el señor Eduardo Paláu B. al contestar la demanda de reconvención dirigida contra la sucesión ilíquida del doctor Ignacio Paláu, de fecha noviembre 30 de 1944.

"4º—Niéganse, por lo tanto, las peticiones a que se contrae la parte petitoria de la contrademanda mencionada.

"5º—Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, en el juicio ordinario reivindicatorio, promovido por el señor Eduardo Paláu B., en representación de la sucesión del doctor Ignacio Paláu, según demanda de 31 de mayo de 1946, contra el señor Carlos Velásquez Paláu, mayor de edad y vecino de Cali.

"6º—Niéganse las peticiones a que se contrae la parte petitoria de esta demanda.

"Como consecuencia de todo lo anterior, ordénase la cancelación de la inscripción de las demandas, cuyo registro se efectuó en este juicio.

"Condénase en costas al actor".

El apoderado de la parte actora apeló de la sentencia para ante el Tribunal Superior de Cali, entidad que mediante proveído de 17 de septiembre de 1956 la confirmó en todas sus partes, con costas a cargo de los apelantes.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte demandante el recurso de casación que declarado admisible por la Corte es la oportunidad de resolverlo, agotados como se encuentran los trámites pertinentes.

Fundamentos de la sentencia recurrida

El Tribunal sentenciador estudia detenidamente lo referente a los extremos o postulados que configuran la acción reivindicatoria (dominio por parte del demandante: posesión por parte del demandado; cosa singular, derecho real o cuota determinada proindiviso de una cosa singular; e identidad entre la cosa de la reivindicación y la poseída por el demandado), y como hallara que no militan en favor del actor tales extremos, negó la reivindicación solicitada

El recurso de casación

Con fundamento en la causal 1ª de las señaladas por el artículo 520 del C. J., el recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

a) "Interpretación errónea de los artículos 32, 182, 183 (vigentes estos dos últimos en la fecha en que se hizo la escritura número 34 bis de 15 de febrero de 1908), 1502, 1504, 2150 del C. C. que condujo con infracción de medio, a la violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 947, 950, 952, 961, 962, 963 y 1871 del C. C. y aplicación indebida de los artículos 1602, 1603 y 1443 del C. J."

b) "Infracción directa de los artículos 947, 950, 952, 961, 963 y 1871 del C. C. que dejó de aplicar siendo pertinentes y aplicación indebida de los artículos 1502, 1443, 1602 y 1603 ibidem como consecuencia de un error de hecho proveniente de la errada apreciación de la escritura número 34 bis de 15 de febrero de 1908 y que consiste en dar por demostrado el hecho de que la señora Susana Paláu de Velásquez aceptó la donación".

c) "Interpretación errónea de los artículos 1482 y 1245 del C. C. y, por ello, infracción directa de los artículos 1743 y 1746 ibidem".

Estudio de los cargos

El primero lo fundamenta el recurrente en estas consideraciones:

a) "El Tribunal atribuye a la escritura 34 de 15 de febrero de 1908 la virtud de producir el concurso de voluntades sobre el acto o contrato de donación"... b) "La donación entre vivos exige consentimiento en el donante y en el donatario aunque se haga por causa de matrimonio (artículos 1845 concordante con el 1443 del C. C.). Ese consentimiento ha de expresarse de alguna manera en el instrumento público en donde conste el contrato. Para el H. Tribunal la escritura número 34 bis de 1908 es el documento público en donde se contiene el contrato de donación celebrado entre el doctor Ignacio Paláu y la señora Susana Paláu de Velásquez. ¿En dónde se manifiesta el consentimiento de la señora Paláu de Velásquez, donataria, en ese documento? Se dirá que en las declaraciones de su representante legal señor Ricardo Velásquez. Pero esas declaraciones son personales y no mencionan para nada su calidad de representante de la señora Paláu de Velásquez y no se dice en ellas que acepta la donación. ¿De dónde se deduce entonces 'el concurso de voluntades sobre el acto o contrato de donación' si falta una de las partes que es la donataria?... c) "La forma legal como podía obrar la mujer casada antes de la vigencia de la ley 28 de 1932 —por medio de su marido o con autorización de éste o judicial— no se produjo en este caso. Y eso ha conducido a una errada interpretación de los artículos 32, 182, 183, 1502, 1504, 2124 y 2150 del C. C. que regulan el régimen de la capacidad de la mujer antes de la ley citada y el de los actos y declaraciones de la voluntad en los contratos"... d) "Si el consentimiento de la mujer casada sólo podía exteriorizarse por los medios estatuídos en los artículos 32, 182, 183 y 188 del C. C. y no se hizo en este caso, se interpretó erradamente el artículo 1502 ibidem por cuanto se supuso que un acto, en esas condiciones, es capaz de originar obligaciones"... e) "Las infracciones anotadas condujeron al fallador de segunda instancia a violar de manera directa, por falta de aplicación, los artículos 947, 950, 952, 962 y 1871 del C. C. y a aplicar indebidamente los artículos 1602, 1603, y 1443 ibidem"... f) "La equivocada interpretación de los artículos a que se hizo referencia antes determina que el Tribunal aplique indebidamente los artículos 1443, 1602 y 1603 del C. C. Para que exista un contrato de donación se hace indispensable la existencia del consentimiento del donante y del donatario y los otros elementos indicados en el artículo 1502 del C. C. Satisfechos esos elementos el contrato queda legalmente celebrado y produce los efectos

señalados en los artículos 1602, y 1603"... g) "En el acto contenido en la escritura número 34 bis de 15 de febrero de 1908 no hubo expresión del consentimiento de la donataria, es decir, faltó uno de los elementos esenciales al contrato de donación. Y, en consecuencia, no puede reputarse como legalmente celebrado. No obstante el Tribunal lo considera legal y le hace causar los efectos establecidos en los artículos 1602 y 1603 del C. C. incurriendo así en una aplicación indebida de esas normas".

Consideraciones de la Corte

El acto de que da cuenta la escritura 34 de 15 de febrero de 1908 tuvo ocurrencia —apenas habrá para qué anotarlo— antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, vale decir, cuando la mujer casada por considerársela relativamente incapaz (artículo 1504 del C. C.) tenía al marido como su representante legal para todo lo relacionado con la función legal de contratar. (artículo 62 del C. C.). De ahí por qué, en el otorgamiento del acto declarado en la escritura citada no intervino la señora Susana de Velásquez en cuyo favor hicieron los comparecientes las declaraciones que allí constan, sino que actuó su marido Ricardo en desarrollo de las normas citadas y principalmente, en uso de la potestad marital de que estaba investido (artículo 177 ibidem), y en función de lo dispuesto por el artículo 1468 del C. C. aplicable el día de la donación, que dispone que el representante legal de una persona —el marido en el caso— puede aceptar la donación que se haga a su representado.

Acredita el instrumento que las fincas que quiso el padre de doña Susana que ella apartara al matrimonio ya las había recibido la sociedad conyugal para esa fecha, y que por tal motivo la entidad, en la persona de su jefe se hallaba en posesión de ellas, hecho que evidencia, al mismo tiempo, que desde antes del día de la escritura tenía recibidos la esposa los expresados inmuebles con justo título, no otro que el de donación por causa de matrimonio hecha por su padre, tal como lo declararon los otorgantes (el doctor Paláu y Velásquez) en el instrumento referido. Si pues, el representante legal de doña Susana recibió los bienes que el padre había destinado para su aporte social y si en ese preciso carácter entró aquél a administrarlos, tiene que entenderse que tal hizo a nombre de la destinataria, o lo que es lo mismo, que de esa manera clara y ostensible se produjo la aceptación por parte de la cónyuge de lo que le fue donado. Recibir unos bienes, tenerlos y conservarlos como dueño por más de cuarenta años, es hecho que se opone a la consideración de que el modo como se ostenta y adquirió ese dominio no ha sido aceptado. Por lo demás, el hecho de que a partir de la vigencia de la ley 28 doña Susana haya seguido poseyendo por modo directo los bienes, alegando y sosteniendo en estrados y ante el público en general que son de su propiedad por haberlos recibido a título de donación de su difunto padre, significa, en caso menos, que a partir de la vigencia de la citada ley doña Susana directa y personalmente aceptó la donación, si es que antes, como lo cree el recurrente, no lo hubiera hecho su marido en su nombre y representación.

Ahora bien: las infracciones de medio, que según expresión del recurrente contenida en la demanda de casación surgen, a virtud o por causa del quebranto de los artículos 62, 182, 183, 1502, 1504 y 2150 del Código Civil, infracción ésta que —se dice— llevó al sentenciador a violar directamente, por falta de aplicación, los artículos 947, 950, 952, 961, 962, 983 y 1871 del Código Civil y a aplicar indebidamente los artículos 1602, 1603 y 1443 ibidem, no resultan comprobadas.

Se explica:

Si en el otorgamiento de la escritura 34 no intervino la señora Susana, en su nombre y por mandato de la ley intervino y lo hizo su marido (artículos 62, 182 y 1831 del Código Civil): si no se consignaron en la escritura los vocablos "se acepta la donación" y otras expresiones asimiles, los hechos anteriores al otorgamiento, los posteriores y las declaraciones del instrumento acreditan la entrega por parte del doctor Paláu de los expresados bienes y el recibo por parte de la sociedad conyugal, entrega y recibo, una y otro, en la condición aludida de donación del padre "por causa de matrimonio" para la hija y esposa del compareciente. El señor Velásquez, estaba revestido de capacidad legal para prestar y dar el consentimiento requerido a nombre de su esposa y, libre como el doctor Paláu, de proceder en la forma en que lo hicieron: procedió el acto absoluta buena fe como que no hay prueba que acredite lo contrario (artículos 1602 a 1603 del C. C.); no se trata de una venta forzada para que tuviera operancia el artículo 1908 del Código Civil; y el mandato del artículo 2219 no tiene la menor incidencia en el problema.

Entonces, si la violación de los artículos 947, 950, 952, 961, 962, 963 del Capítulo —sobre acción reivindicatoria— y 1871 del Código Civil se hace depender de haber quebrantado el Tribunal con ocasión de su fallo (vía de medio) las normas citadas en el anterior aparte, el cargo resulta ineficaz porque, ya se vio, cómo no resulta comprobado que el sentenciador hubiera aplicado e interpretado erróneamente aquellos mandatos. El sentenciador ciñó la interpretación de los mandatos aludidos a la más estricta legalidad, **no sólo** porque en la motivación partió de la base de que debía examinarse el acto contenido en la escritura citada número 34 al tenor de los mandatos civiles vigentes para el día del contrato y no frente a articulado del sistema vigente sobre régimen patrimonial de la mujer casada, **sino** porque al hacer el examen conjunto de hecho y de derecho procedió en la forma legalmente posible, con propiedad jurídica, vale decir, sin incurrir en las equivocaciones o errores que le anota el recurrente.

Adelante, al estudiar la Corte los otros cargos de la demanda de casación y que el recurrente deduce de haber quebrantado el Tribunal —directamente— las indicadas normas reguladoras de la acción reivindicatoria, hará la Corte otras referencias sobre el particular.

Segundo cargo.—"Infracción directa de los artículos 947, 950, 952, 961, 963 y 1871 del Código Civil, por falta de aplicación y por aplicación indebida de los artículos 1502, 1443, 1602 y 1603 del Código Civil, como consecuencia de errada interpretación de la escritura citada número 34".

Dice el recurrente que el sentenciador le dio a las declaraciones contenidas en la escritura citada el valor de un contrato de donación "siendo que en la escritura no existe, por ninguno de los medios establecidos en la ley en la época en que se otorgó ese instrumento, la expresión de que la donataria aceptara la donación. Si faltó un elemento esencial al contrato no puede considerarse legalmente celebrado. Y como en esta escritura no consta la aceptación legal de la donataria, señora Susana de Velásquez, el contrato no existe y si no existe se aplicaron indebidamente las disposiciones sobre elementos del contrato y sus efectos y sobre el contrato de donación (artículos 1502, 1602, 1603 y 1443 del C. C.)".

Y agrega, "que la indebida aplicación determinó en la sentencia la infracción directa de las disposiciones sobre acción reivindicatoria en sus aspectos de cuáles son las cosas reivindicables, quién y contra quién se ejerce la acción y las prestaciones a que está obligado el poseedor vencido (artículos 947, 950, 952 del C. C.)..." "Que idéntico razonamiento cabe hacer con relación al artículo 1871 del Código Civil".

Consideraciones de la Corte

En el fondo el cargo es el mismo anterior, con la diferencia, de que las normas sustantivas que se estiman violadas se consideran en éste que lo fueron "por haber el sentenciador interpretado erradamente la escritura número 34" y no como en aquél, como que allí se dice "que se incurrió en su quebranto mediante violación de medio", o sea previa violación de los artículos comentados antes.

Viene explicado cómo, pese al hecho de que en la escritura número 34 no consignaron los otorgantes la declaración textual o expresa de que el marido de la donataria en su nombre aceptaba la donación, los hechos anteriores y posteriores al acto del otorgamiento, las declaraciones constantes en el título y la ratificación de hecho y de derecho que la señora Susana, ya revestida de capacidad jurídica por efecto de la ley 28, dio a los actos y declaraciones que en su nombre y con autorización legal hizo su marido, evidencian, sin lugar a duda, que la señora Susana aceptó la donación de que se trata. Ahora, si por acto legal y voluntario y por **medio** también **legal** el doctor Palau transmitió el dominio de los bienes discutidos, si la escritura en donde se hicieron las declaraciones de que se ha venido hablando se registró oportunamente, si los registros en cabeza de los demandados se encuentran vigentes, y lo han estado hace más de cuarenta años, quiere ello decir, que al momento del fallecimiento del expresado doctor Palau él ya no era titular del dominio de los tales inmuebles, por lo que, consiguientemente, no pudo trasmitir el que tuviera antes relativo a ellos, a los continuadores de su personalidad jurídica. Es más: una posesión tranquila, ejercida en la condición de dueño, a ciencia y paciencia de las personas que pretenden desvirtuarla en este juicio con el simple pretexto, de que al acto y consiguientemente al título justificativo de la donación, le falta la manifestación expresa de la aceptación, no podrá tener la virtud de enervar el derecho titulado de la persona que ha tenido los bienes aduciendo su condición de dueño por casi medio siglo.

El individuo es libre de manifestar las determinaciones relativas al modo legal de contratar, en la forma que lo estime conveniente, si, por lo demás, no quebranta con su acto la moral, la ley o el orden público. Entonces, para entender si una persona quiso obligarse y si efectivamente lo hizo, no hay que considerar tan sólo la manera más o menos regular o reglamentaria como el sujeto expresó su determinación sino que habrá de atenderse a su intención, toda vez que es la propia voluntad la que en general crea la ley de los contratos.

De consiguiente, cuando dos voluntades concurren a la formación de un determinado acto, constituirán una relación jurídica que tendrá fuerza de ley que sólo viene a distinguirse del estatuto general por diferencias de grado, por su especial obligatoriedad como que voluntades lícitamente unidas es lo que hace producir efecto legal al acto contractual (artículo 1602 del C. C.).

A la consideración de que de los comparecientes Velásquez y doctor Paláu debió éste tomar la iniciativa en las declaraciones de la escritura número 34 y no limitarse a darle asentimiento a lo declarado por el doctor Velásquez, se anota que es ella cuestión de rito notarial o de costumbre en la redacción de los contratos pero no la única manera de expresar el contratante su espontánea voluntad, como que el contrato no pierde su eficacia por la circunstancia de haberse invertido el orden de los comparecientes al hacer la conjunta exposición ante el Notario. En la interpretación de contratos lo que interesa determinar es si las partes, en una u otra forma unieron su voluntad en relación con el fin que quisieron expresar. Como el doctor Paláu al manifestar en forma expresa su asentimiento a todo el contenido de las declaraciones de Velásquez las hizo suyas, deberá considerarse como si él las hubiese redactado.

En síntesis: no erró el Tribunal al estimar que las declaraciones de la escritura número 34 acreditan que el doctor Paláu hizo donación de los bienes allí relacionados a su hija y que por tanto, a partir de la inscripción del título en la Oficina de Registro, los bienes salieron del patrimonio del donante para quedar incorporados en el haber de la donataria doña Susana de Velásquez. Siendo así, mal pudo el sentenciador quebrantar directamente ni por modo alguno las normas sustantivas a que se contrae el cargo, que en consecuencia debe rechazarse.

Tercer cargo.—"Interpretación errónea de los artículos 1482 y 1245 del C. C. y, como consecuencia, infracción directa de los artículos 1743 y 1746 ibidem".

Sobre el supuesto de que por la escritura en mención el doctor Paláu sí constituyó donación a favor de su hija relativa a los bienes de la demanda, alega el recurrente en sustento del cargo que "el causante tiene un límite para hacer donaciones entre vivos. Y ese límite está en lo que la ley ha establecido para las asignaciones forzosas. Si esas donaciones menoscaban las legítimas rigorosas o la cuarta de mejoras existiendo titulares de ellas, sus derechos son amparados por la ley permitiéndoles pedir la rescisión de esas donaciones. Lo que la ley precave es que la asignación forzosa no sea lesionada".

Y agrega: "Como el propósito de la ley es evitar la lesión de las asignaciones forzosas y esa lesión puede ocurrir con donaciones a extraños o a legitimarios el afectado goza de iguales derechos frente a uno u otros. Sería ilógico que su derecho fuera mayor ante extraños y menor ante los otros legitimarios. El derecho no puede ser susceptible de discriminaciones en razón de las personas a quienes ha de reclamarse. El derecho a la legítima proporcional al monto del patrimonio dejado por el causante es igual frente a extraños que frente a legitimarios.

"De ahí que el Tribunal haya interpretado mal los artículos 1482 y 1245 al considerar que sólo se refieren a donaciones hechas a extraños.

"Esa errada interpretación hizo que la sentencia desestimara la acción rescisoria propuesta, acción plenamente justificada en el proceso porque el doctor Ignacio Paláu, en la presente donación, hizo disposición total de sus bienes con desconocimiento de las legítimas de los otros herederos.

"Si el Tribunal no hubiera incidido en la anotada mala interpretación, su conclusión debió disponer la rescisión de la donación. Y como no procedió así infringió de manera directa los artículos que sustentan la acción rescisoria y sus consecuencias. (Arts. 1741, 1743 y 1746 del C. C.).

"La posible prescripción ocurrida en la acción rescisoria no sería aducible porque no ha sido propuesta ni alegada en el curso del proceso (artículo 343 del C. J.) y, por ello, no es conducente tenerla en cuenta".

En relación con los particulares precisados por el recurrente en este capítulo de la demanda,

dijo el Tribunal en su sentencia: "Es verdad que el artículo 1482 del C. Civil, en armonía con el 1245 ibidem, dice que son rescindibles las donaciones hechas por el causante en menoscabo de las legítimas rigorosas o de la cuarta de mejoras, pero también es cierto que tales disposiciones se refieren exclusivamente a las liberalidades en favor de extraños y no a los que beneficien a los legitimarios mismos, como lo era la señora Susana Palau de Velásquez el día 15 de febrero de 1908, por tener ella la calidad de hija legítima del causante doctor Ignacio Palau y no ser por tanto extraño a éste; del propio modo que no se encuentra fundamento para decretar la nulidad a que se contrae la segunda petición subsidiaria, por no haberse intentado siquiera en el juicio la demostración de que las cosas donadas por medio de la escritura pública número 34 bis, de 1908, tuviera un valor mayor de dos mil pesos en esa época, contra el precio de un mil trescientos pesos que se les asigna en dicho instrumento, para que la insinuación que se echa de menos se hiciese indispensable".

Consideraciones de la Corte

Los artículos 1482 y 1245 del C. C. estatuyen que son rescindibles las donaciones que menoscaben las legítimas rigorosas o la cuarta de mejoras cuando las liberalidades se otorguen a favor de extraños que no es el caso de la señora Susana ya que ella es hija legítima del causante. Si esto fue lo que resolvió el sentenciador, no pudo incurrir, no incurrió en "interpretación errónea de dichas normas". Es más: como el cargo lo deduce de que por haberlas interpretado erróneamente ello condujo al Tribunal a la infracción de los artículos 1743 y 1446 del C. C., la acusación en la forma propuesta cae por su base y debe rechazarse.

Finalmente, sobre la base de que la escritura número 34 deba estimarse como justificativa de la donación pretendida por los demandados, se alega que como el donante con motivo de la donación se desprendió de la totalidad de sus bienes y no precedió al acto escriturario la insinuación requerida por la ley, debió el Tribunal declarar nulo dicho acto —la donación— en cuanto exceda de $ 2.000.00 y fallar el pleito en esa consonancia.

Considera la Corte, que aunque ciertamente sobre este extremo se planteó la demanda propuesta contra Carlos Velásquez, sin embargo, la parte actora descuidó la demostración de los hechos fundamento de la petición toda vez que no se trajo a los autos prueba alguna que evidencie que el doctor Palau al constituir la donación se desprendió de la totalidad de sus bienes como se afirma, ni cuál era para la fecha de la escritura, ni antes ni después, el valor de los expresados bienes. En esas condiciones, no habiéndosele dado al sentenciador base ninguna para la debida confrontación, debía desechar, como lo hizo, la súplica fundado en simples y unilaterales referencias.

No sobra advertir, que propuesta como ha sido por los demandados la "excepción de prescripción" en sus dos formas constitutivas, la simple consideración de que a partir de la fecha del registro de la escritura al día de la demanda transcurrieron más de treinta años, pone de patente, caso de que en principio hubiera prosperado cualquiera de los cargos, que en su efecto habría quedado enervado por la innegable ocurrencia de este fenómeno extintivo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar. — Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 8 de agosto de 1955, en el juicio ordinario adelantado por la señora María Echeverri de Marcucci contra Norberto y José Joaquín Navarro B., sobre reivindicación de unos lotes de terreno.

Antecedentes

La señora Echeverri de Marcucci promovió demanda reivindicatoria ante el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cali, contra Norberto y Joaquín Navarro B., para que se declarara sin valor legal con relación a la demandante y para con terceros los títulos mediante los cuales los demandados adquirieron los terrenos denominados "La Guaira" y "San José", ubicados en jurisdicción del Municipio de Jamundí, Departamento del Valle del Cauca: se ordenara la cancelación del registro de esos títulos, y se condenara a los demandados a restituir los terrenos dichos a la demandante, junto con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda.

Los demandados Norberto y José Joaquín Navarro B. adquirieron los terrenos aludidos por compra que de ellos hicieron al doctor Eduardo Garrido Campo, según escrituras números 372 de 2 de febrero y 1133 de 3 de abril de 1951, ambas de la Notaría Primera de Cali.

La demandante estima que los referidos terrenos "La Guaira" y "San José" quedaron incluidos en la transferencia que de la hacienda denominada "Santa Elena" le hizo, a título de permuta, el doctor Eduardo Garrido Campo mediante la escritura pública número 2020 de fecha 29 de julio de 1948, otorgada ante el Notario Primero de Bogotá.

Para los efectos relacionados con la decisión del recurso conviene advertir que el problema en el fondo quedó reducido a establecer si los terrenos "La Guaira" y "San José" están o no comprendidos dentro de las reservas de terrenos que hiciera el doctor Garrido Campo al permutar su hacienda "Santa Elena" por una casa situada en la carrera 8ª número 8-43 de Bogotá, perteneciente a la señora María Echeverri de Marcucci.

El origen de la cuestión debatida puede resumirse así: El doctor Garrido Campo y la señora Echeverri de Marcucci prometieron permutar las dos fincas dichas y otros bienes, en las condiciones que hicieron constar en documento privado que suscribieron en Cali el 26 de junio de 1948. En ese documento se relacionaron los inmuebles que prometían permutar, así: "Primera.—El prometiente permutante Garrido es dueño exclusivo y poseedor inscrito y material de una propiedad o finca rural denominada 'Santa Elena', ubicada en el Municipio de Jamundí, Departamento del Valle del Cauca, adquirida de la sociedad comercial denominada 'G. Laurido & Cía. Limitada', domiciliada en Cali, por medio de la escritura pública número doscientos veintinueve (229) de fecha tres (3) de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), otorgada en la Notaría Cuarta (4ª) de Cali, adquirida como un cuerpo cierto por sus linderos precisos, que en distintas porciones se determina así: a) La mayor y que constituye el núcleo principal de la hacienda, está comprendida dentro de los siguientes linderos especiales: Norte, camino que conduce a la población de Jamundí, al medio, en parte terrenos del indiviso de las Cañas y en parte, con fincas de Juana María Herrera y de herederos de Escobar Torrijano: por el Sur, con el río Timba; por el Oriente, con la finca de Carlos Blum Caicedo y señora Berta Mejía de Blum, y por el Occidente, en parte, con el río Timba y en parte, con la línea férrea Cali-Popayán y en parte con fincas de Tomás Filigrana, Manuel de Jesús Ro-

dríguez y Natalia Ortiz. Esta porción está en el Municipio de Jamundí. — B) Porción en el Municipio de Buenos Aires (Cauca) alinderado así: Oriente, río Timba; Sur, línea de María v. de Cortés; Occidente, Carrilera del Ferrocarril del Pacífico, y Norte, terreno del Municipio de Buenos Aires. — C) Porción, también en Buenos Aires alinderada así: Oriente, río Timba; Occidente, Norte, y Sur, fincas de Francisco Cortés y otros. — Segunda. La prometente permutante Echeverri, tiene el dominio exclusivo y la posesión material e inscrita de un edificio de tres plantas y del terreno correspondiente en que está ubicado de una cabida de mil novecientas varas cuadradas (1.900 v2) situados lotes y edificio en la carrera octava (8ª) de Bogotá, distinguidos en su puerta de entrada con el número ocho cuarenta y tres (8-43) alinderados así: Por el Norte, parte en el primer piso con el apartamento número ciento noventa y tres C (193 C) de la carrera octava (8ª) y el resto con el edificio destinado a la Escuela Nacional de Derecho, mismo costado Norte, pisos segundo y tercero, con la iglesia de Santa Clara y Escuela Nacional de Derecho, Occidente, con la casa de Rafael Toledo; Sur, con casa de herederos de Nemesio Camacho: Oriente, con la carrera octava (8ª) y apartamento número ciento noventa y tres C (193 C)".

En la cláusula tercera de ese documento se lee lo siguiente: "De la hacienda de 'Santa Elena' se reservará el prometente permutante Garrido el dominio y la posesión de la porción comprendida entre el río Timba, la línea férrea del Ferrocarril del Pacífico y las fincas de Tomás Filigrana, Manuel de Jesús Rodríguez y Natalia Ortiz, distinguido con los nombres de La Estación, La Balastera y La Guaira, porción ésta que está separada por la dicha línea del Ferrocarril del Pacífico de todo el resto de la hacienda".

Para perfeccionar el contrato prometido, los contratantes otorgaron la escritura número 2020 de que ya se habló, en la cual insertaron textualmente el documento en que hicieron constar la promesa de permuta, previa la siguiente declaración: "Que en consecuencia, por medio de este instrumento público, legalizan las enajenaciones, a título de permuta, con todas las obligaciones y compromisos que constan en el mismo documento privado, según su tenor literal que es el siguiente:...". Después de la inserción hicieron esta otra declaración: "Que queda cumplida la promesa mutua anteriormente transcrita, con el otorgamiento de esta escritura; y que dentro de los plazos y condiciones del mismo documento, se cumplirán las obligaciones pactadas, quedando desde hoy perfeccionadas las enajenaciones de los inmuebles por este instrumento".

Y luego al momento de firmar la escritura, hicieron entre otras las siguientes declaraciones: "En este estado, el compareciente Eduardo Garrido Campo y la compareciente María Echeverri de Marcucci declaran que para compensar la diferencia existente entre la cabida estipulada en la cláusula segunda de la promesa de permuta que se incorpora en esta escritura o sea mil novecientas varas cuadradas (1.900 v2.) y la cabida real del lote situado en la carrera octava (8ª) de esta ciudad, marcado con el número ocho cuarenta y tres (8-43) o sea novecientas ochenta y siete varas (987 v.) aproximadamente, los comparecientes modifican, en la forma que se expresa a continuación, la promesa de permuta que por este instrumento se lleva a escritura pública de acuerdo con lo estipulado en la cláusula sexta de la misma promesa: Primero—El compareciente Garrido se reserva el dominio y posesión de la porción de la finca de Santa Elena alinderada en el punto B) de la cláusula primera de la promesa de permuta y la porción alinderada en el punto C) de la misma cláusula, ambas porciones situadas en el municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, con una extensión aproximada de veintiocho fanegadas. Por lo tanto, el compareciente Garrido solamente transfiere en pleno dominio y posesión, a la compareciente María Echeverri de Marcucci la porción de la finca de 'Santa Elena' alinderada en el punto A), de la cláusula Primera de la promesa de permuta, porción que es la mayor de la finca y constituye el núcleo principal de la misma, cuya cabida es de cuatrocientas cincuenta fanegadas (450 fds.) aproximadamente".

Sentencia de instancia

El Juez del conocimiento le puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1954, favorable en un todo a las pretensiones de la demandante.

Esta sentencia fue apelada por los demandados y el Tribunal Superior de Cali, cumplidos los trámites de la segunda instancia, dictó la de 8 de agosto de 1955, mediante la cual revocó la de primer grado y absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

El recurso

La sentencia del Tribunal fué recurrida en casación por la parte demandante, recurso que se procede a decidir.

Con base en la causal primera de casación a que se refiere el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa el fallo del Tribunal por violación de los artículos 1873, 1958, 669, 740, 950, 961 y 964 del Código Civil, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la escritura número 2020 de 29 de julio de 1948, de la Notaría Primera de Bogotá y su registro.

Al enunciar el cargo incurre el recurrente en equivocación respecto a la fecha de la escritura 2020, pero ese error carece de importancia porque en la titulación del cargo expresa la verdadera fecha de la escritura a que se refiere.

Estima el recurrente que la referida escritura 2020 contiene dos partes, en la primera de las cuales los contratantes doctor Garrido Campo y señora Echeverri de Marcucci elevaron a instrumento público la promesa de permuta que habían celebrado conforme al documento privado de fecha 26 de junio de 1948, documento que se insertó en la escritura textualmente, y una segunda parte que contiene la modificación que hicieron al contrato prometido, según la cual "Garrido Campo dejó de excluir los lotes de terreno, objeto del pleito (La Guaira y San José), lotes que se habían reservado en la promesa y transtirió todo el núcleo principal de la hacienda de "Santa Elena" por los linderos descritos en el referido punto "a" que comprendían dichos lotes. En cambio (y en ello consistió la modificación) Garrido se reservó las porciones de la finca de "Santa Elena" determinadas en los puntos "b" y "c" de la misma cláusula primera de la promesa de permuta, bien distinto de aquéllos, como ninguna duda cabe al respecto".

En concepto del recurrente el Tribunal erró manifiestamente al no admitir que las declaraciones postreras de la escritura modifican sustancialmente la promesa de permuta, precisamente en cuanto a las reservas que en ésta se habían previsto y al objeto mismo de la enajenación respectiva. A consecuencia de este error violó las disposiciones sustantivas citadas, por los conceptos que expone.

Considera la Sala:

El Tribunal, en el fallo recurrido, hace un amplio análisis del contrato contenido en la escritura 2020 citado y del estudio saca estas conclusiones:

"Según lo visto, los predios de 'La Guaira' y 'San José' quedarán incluídos en la demarcación que de la hacienda hicieron los contratantes en el contrato de promesa de permuta, reproducido en la escritura, aparte a) de la cláusula primera.

"Pero en el mismo contrato, el prometente vendedor doctor Garrido se reservó con otros nombres, pero con linderos propios los referidos lotes. En la escritura 2020 tal reserva no tuvo modificación alguna, pues se reprodujo el contrato en forma textual, y en el registro de la escritura aparece anotada la reserva tal como se convino en el contrato de promesa, como también aparece registrada la reserva posterior de los dos lotes en el municipio de Buenos Aires. Así que 'la porción comprendida entre el río Timba, la línea férrea del Ferrocarril del Pacífico y las fincas de Tomás Filigrana, Manuel de Jesús Rodríguez y Natalia Ortiz, distinguida con los nombres de La Estación, La Balastera y La Guaira, separada por la línea de Ferrocarril del Pacífico de todo el resto de la hacienda', nunca ha sido transmitida ni ha sido inscrita en cabeza de la señora María Echeverri de Marcucci, pues la inscripción de la escritura 2020, registrada dicha zona o porción como reservada por el doctor Garrido Campo, desde que se convino el contrato de promesa de permuta que luego se formaliza sin modificación en este punto por la escritura 2020 tantas veces citada.

"La aceptación de esta reserva territorial de la hacienda de Santa Elena, como también de la que posteriormente se hizo al otorgarse la escritura, convenidas en el contrato de promesa y en aquélla, se hallan corroboradas, si cabe, al hacer entrega definitiva de la hacienda por el doctor Garrido a la señora nombrada, con fecha 19 de septiembre de 1950, según la constancia que en ella se deja en el documento firmado en Timba en la fecha últimamente expresada, en que se dice sobre el particular: 'El doctor Garrido Campo entrega materialmente hoy a la señora de Marcucci, y ésta recibe ante testigos, la hacienda de Santa Elena, ubicada en Jamundí, Timba, de que tratan la escritura y el contrato antes mencionados, con las reservas de dominio de dicha hacienda que hizo Garrido que son La Estación, San José, La Balastera y La Guaira, cuya posesión siempre ha tenido (fs. 14 v. C. número 2)".

De manera que el Tribunal consideró que las

primitivas reservas a favor del doctor Garrido Campo, acordadas por los contratantes cuando prometieron celebrar la permuta no sufrieron modificación al otorgar la escritura que perfeccionó el contrato prometido y que como consecuencia los terrenos de "La Guaira" y "San José" no fueron transferidos por el doctor Garrido Campo a la señora de Marcucci.

Y esto es así porque al acordar la permuta la finca o hacienda de "Santa Elena" fue desmembrada y de ella se separó la parte comprendida entre la línea del Ferrocarril del Pacífico, el río Timba y las fincas de Tomás Filigrana, Manuel de Jesús Rodríguez y Natalia Ortiz, parte ésta que abarca los terrenos denominados "La Guaira" y "San José". De esta suerte, el contrato de permuta sólo versaba sobre el resto de la hacienda de "Santa Elena", y entonces la modificación que los contratantes hicieron constar en la parte final de la escritura 2020 tuvo por objeto compensar la menor cabida de la casa que transfería la señora de Marcucci con la disminución de una parte de los bienes que el doctor Garrido había prometido transferir, como lo hicieron al efecto excluyendo del terreno que éste debía traspasar las dos porciones situadas en el municipio de Buenos Aires, más algunos de los semovientes que también entraban en la permuta. La hacienda de "Santa Elena", que debía pasar a poder de la señora María Echeverri de Marcucci, por razón del negocio acordado con el doctor Garrido Campo, no comprendía la parte situada entre el río Timba y la línea férrea del Ferrocarril del Pacífico y por tanto si la intención de los contratantes hubiera sido incluir esta parte al otorgar la escritura 2020, habrían necesitado indicarlo así expresamente, pues de otra manera la transferencia no podía efectuarse ya que ese terreno estaba excluido de la negociación, y no bastaba para ello, como no basta, el haberse dicho que Garrido solamente transfería el dominio y posesión de la porción de la finca de "Santa Elena" alinderada en el punto A) de la cláusula primera de la promesa de permuta, porque conocido el terreno que comprendía la permuta, la aclaración sólo puede entenderse como que de éste se excluían por el nuevo acuerdo los lotes alinderados en los puntos B) y C) de la hacienda de "Santa Elena" que se había determinado en la promesa de permuta como extensión territorial que Garrido Campo debía transferir a la señora de Marcucci. En la exclusión o reserva de los lotes B) y C) y en la renuncia de la contratante a 50 de las vacas paridas que Garrido debía entregar, más la inclusión de otro toro, un tractor, un arado y un rastrillo entre las entregas que Garrido debía hacer, quedó concretada la modificación a lo acordado en la promesa de permuta.

Por lo demás, como bien lo dice el Tribunal, no fue otra la interpretación que las partes dieron al contrato al hacer la entrega definitiva de la hacienda, según aparece del documento firmado en Timba el 19 de septiembre de 1950, dos años después de la escritura 2020, cuando hablan de las reservas que hiciera Garrido Campo sobre los predios La Estación, San José, La Balastera y La Guaira, cuya posesión siempre ha tenido. A lo anterior puede agregarse que según consta en el documento privado, cuya copia obra al folio 12 vuelto del cuaderno 3º, la señora de Marcucci, una vez que recibió la parte de la finca "Santa Elena" que Garrido debía entregarle inmediatamente por razón de lo estipulado en la escritura 2020, la dio en arrendamiento al mismo doctor Garrido Campo y esa parte se alinderó así: Norte, camino que conduce a la población de Jamundí, al medio, en parte con el indiviso de Las Cañas y en parte con fincas de Juana María Herrera y de herederos de Escobar Torrijano; por el Oriente, con la finca del doctor Carlos Blum Caicedo y señora Berta Mejía de Blum, y por el Occidente, con la línea férrea del Ferrocarril del Pacífico Timba-Cali. Esta parte de "Santa Elena" limita, línea del Ferrocarril del Pacífico al medio, con el predio de La Guaira y es notorio que la arrendadora señala como lindero occidental de esta parte de su finca la línea férrea del Ferrocarril del Pacífico, Timba-Cali. Luego un mes después de firmada la escritura 2020 la señora de Marcucci consideraba como lindero occidental de su finca "Santa Elena" en la parte dicha, la finca férrea expresada. Adviértase también que en el mismo documento dice la señora Echeverri de Marcucci que es dueña y poseedora, por haberlo recibido ya materialmente, de un predio rural denominado Santa Elena, ubicado en el Municipio de Jamundí, en el Departamento del Valle del Cauca, adquirido por medio de la escritura pública número 2020 de fecha 29 de agosto (sic) del presente año de la Notaría Primera de Bogotá. Según esto dicha señora hubo de entender que los terrenos "La Guaira" y "San José" no los adquirió por medio de esa escritura como parte de la finca de "Santa Elena" ya que esos predios continuaron en poder de Garrido Campo y

no le fueron entregados a la adquirente de la finca.

Lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal no incurrió en error de hecho en la apreciación de la escritura número 2020 de 19 de julio de 1948 de la Notaría Primera de Bogotá, ni violó, por falta de aplicación al caso, los artículos 1873, 1058, 660, 740, 749, 756 y 759, 950, 951 y 954 del Código Civil, que no tenía por qué aplicarlos, ya que la demandante no había adquirido los predios de "La Guaira" y "San José" que pretendía reivindicar.

El recurrente no pudo demostrar el manifiesto error de hecho de que acusa al Tribunal en la apreciación de la escritura 2020, es decir, en la interpretación del contrato de que ese instrumento da noticia. Es jurisprudencia constante de la Corte la de que en casación sólo puede desestimarse la interpretación que un Tribunal haga de determinado contrato, cuando se demuestre un manifiesto error de hecho que revele a las claras una arbitraria estimación judicial del contrato contraria a la voluntad de los contratantes. A este respecto dijo la Corte en sentencia de 6 de marzo de 1953 que está publicada en la GACETA JUDICIAL número 2126:

"La interpretación judicial de un contrato no viene a ser en definitiva sino una cuestión de hecho establecida a través de factores, que a su vez, probatoriamente, deben estar demostrados en el juicio en que se debate, entre los contratantes, el sentido de aquél. De ahí que la interpretación hecha por un Tribunal, de un determinado contrato, no pueda desestimarse en casación, sino cuando se alega un manifiesto error de hecho, que ponga de presente la evidencia de una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los pactantes. De allí se originan las reglas que gobiernan la soberanía de los Tribunales en la interpretación de los contratos, sujeta, para los efectos de la casación, a que ella sea manifiestamente errónea en relación con los términos del convenio interpretado y con las pruebas allegadas al proceso; y la doctrina de que cuando una cláusula se presta o da lugar a más de una interpretación, y el sentenciador acoge una de ellas, no hay lugar a que se produzca el error evidente de que habla la ley, porque, por lo menos, existe la duda, circunstancia que aleja la condición de manifiesto del error en la interpretación".

Por lo demás no sobra advertir que la interpretación del Tribunal se ciñe a la realidad procesal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 8 de agosto de 1955 en el juicio ordinario de María Echeverri de Marmolejo contra Norberto y José Joaquín Navarro B., sobre reivindicación de unos terrenos.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

EN EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO NO SE HALLA CONSAGRADO EL SISTEMA DE LAS REPLICAS Y DUPLICAS DEL DERECHO ESPAÑOL. — LA PROVIDENCIA QUE PONE FIN AL JUICIO DE HABILITACION DE EDAD ES UNA SENTENCIA CON EFECTOS DE COSA JUZGADA FORMAL—COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTOS NEGOCIOS. — COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL.— CAUSAL 2ª DE CASACION

I.—Los sistemas procedimentales consagrados en las Leyes de Partida y que modificados aún perduran en el derecho español, pero que no rigen en Colombia, señalaban para la tramitación del juicio ordinario a grandes rasgos lo siguiente: de la demanda se daba traslado al demandado; éste debía proponer en la contestación las excepciones perentorias que tuviera y las dilatorias que no hubiera propuesto antes; de la contestación se daba traslado al demandante para réplica; de la réplica del actor se daba traslado al demandante para dúplica. Cumplido ese trámite, la litis quedaba definitivamente trabada y no podía ser posteriormente modificada ni ampliada con nuevas pretensiones de las partes. Como el demandante podía renunciar a la réplica, el demandado se veía obligado a proponer en la contestación de la demanda sus excepciones perentorias, pues trabada la litis ya no podía hacerlo. En los escritos de réplica y dúplica podían actor y demandado modificar, adicionar o ampliar sus pretensiones y excepciones formuladas en la demanda y contestación. En esos cuatro escritos debían, tanto el actor como el demandado, fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho, pues la litis en el futuro era inmodificable.

Desde los primeros años de la República empezaron a ser derogadas las leyes españolas que nos rigieron durante la colonia, y finalmente fueron abolidas en su totalidad por la ley 153 de 1887.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contempla las réplicas y dúplicas de que se habló, prácticas que sólo servían para aumentar gastos y dilatar el juicio. La tendencia moderna en que está inspirado tiende a acelerar el procedimiento, en defensa de la justicia y de la economía procesal, sin descuidar los derechos de los litigantes, que garantiza ampliamente. La facultad que tiene el demandante para aclarar, corregir o enmendar su demanda mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a pruebas, llena las finalidades a que estaba destinada la réplica del derecho antiguo, porque da oportunidad al demandante para ajustar su acción con vista en la contestación de la demanda y llenar los vacíos de su primer escrito. Y como de la corrección de la demanda se da nuevo traslado al demandado, puede éste ejercitar su defensa; además, por lo que a éste hace, puede alegar excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia (artículo 331 C. J.), y el juez debe pronunciar en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con las excepciones perentorias, cuando halle justificados los hechos que las constituyen, aun cuando no se hayan propuesto ni alegado salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse (artículo 343).

2.—Ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia que cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de la demanda; que las pretensiones del demandante que debe tener en cuenta el fallador son las deducidas por éste en su libelo de demanda; y que en el segundo motivo de casación no cabe la inconformidad de las partes con las tesis y conclusiones de la sentencia absolutoria por más disparatadas que parezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí tenía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruen-

te con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido. (Sentencias de julio 7 y abril 21 de 1953 y noviembre 21 de 1951).

3.—El artículo 824 del C. J. califica como demanda la petición del menor para que se le conceda el beneficio de la habilitación de edad, y el 825 llama juicio las diligencias judiciales tendientes a que se conceda la habilitación de edad. Luego si es un juicio el que debe seguirse para obtener la habilitación, la providencia que la concede decide sobre la materia principal de éste y debe llamarse sentencia conforme al artículo 166 del C. J.

La sentencia que otorga la habilitación de edad, una vez ejecutoriada tiene la firmeza necesaria para producir los efectos y consecuencias que le son propias y autoriza para actuar en consonancia con lo resuelto, es decir, da al menor la facultad de ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una disposición expresa le declare incapaz. Es ésta una de aquellas resoluciones judiciales que producen efectos tan sólo de cosa juzgada en sentido formal.

4.—La decisión judicial produce efectos de cosa juzgada formal en cuanto faculta para la ejecución de lo resuelto, pero deja vivo el problema de fondo y por lo mismo no impide formular en otro proceso la misma pretensión o solicitar la anulación o revisión de lo decidido en el primero. Y la decisión produce efectos de cosa juzgada material cuando proyecta en el futuro sus consecuencias de estabilidad que no sólo permite actuar de conformidad con lo resuelto, sino que impide que se discuta posteriormente el derecho reconocido o negado por la decisión judicial y establece una valla para que en un nuevo juicio pueda fallarse el mismo asunto que quedó decidido en el pleito anterior y hace nula toda decisión en contrario.

5.—El juicio de habilitación de edad es, por su naturaleza, de jurisdicción voluntaria y en él no juega la calidad de las partes. De los asuntos de jurisdicción voluntaria, excepto el juicio de sucesión de menor cuantía, corresponde conocer al Juez del Circuito en primera instancia, según dispone el artículo 139 del C. J. Por razón del lugar donde deben ventilarse los asuntos de jurisdicción voluntaria, corresponde conocer al Juez del domicilio del interesado (artículo 152, regla 1ª, del C. J.), pero esa jurisdicción es prorrogable y se entiende prorrogada por parte del demandante por el hecho de ejercitar la acción, conforme a la disposición del artículo 153 del C. J.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Antecedentes

Por escritura número 368 de 28 de abril de 1947, otorgada ante el Notario 2º de Cartagena, Carlos Augusto Tietjen González, menor de 21 años y mayor de 18, luego de manifestar que estaba habilitado de edad según sentencia dictada por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Mompós, cuya copia presentó al Notario para que obre y haga parte de esa escritura, cedió a título de venta, a favor del señor Alfonso Salazar Vásquez, los derechos hereditales que pueda tener o que le sean reconocidos en sentencia firme por las autoridades judiciales, en la sucesión de su finado padre natural Carlos Augusto Tietjen", por la suma de $ 20.000.00 moneda legal.

Luego, por escritura Nº 721 de fecha 21 de agosto de 1947, otorgada también en la Notaría 2ª de Cartagena, el mismo Carlos Augusto Tietjen González, advirtiendo igualmente estar habilitado de edad, manifestó que el comprador de sus derechos hereditales Alfonso Salazar Vásquez, en consideración de haber adquirido por suma mayor derechos iguales a los que el otorgante le vendió, dicho comprador le aumentó el precio de la venta en $ 7.500.00 más, que el exponente recibió a su satisfacción. Agregó que se afirma y ratifica en el contrato de compraventa contenido en la escritura 368 y renuncia a cualquier reclamación presente o futura relacionada con la cesión de sus derechos hereditales dichos, contra el comprador Salazar Vásquez, a quien por otra parte cede y traspasa cualquier acción que tenga o pueda tener en relación con los mismos derechos en contra de cualesquiera otras personas y entidades o compañías, sobre la misma herencia.

El comprador Alfonso Salazar Vásquez transfirió a la señora Elfriede Rothmaler de Tietjen,

por medio de la escritura número 884 de 23 de septiembre de 1947, de la Notaría 7ª de Bogotá, los derechos que adquirió por compra a Carlos Augusto Tietjen González.

El Pleito

El 31 de marzo de 1952, Carlos Augusto Tietjen, ya entonces mayor de edad, por medio de apoderado demandó ante el Juez Unico Civil del Circuito de Mompós a Alfonso Salazar Vásquez y Elfriede Rothmaler de Tietjen para que, previa la tramitación de un juicio civil ordinario de mayor cuantía, se declarara que están afectados de nulidad absoluta los contratos contenidos en las escrituras antes mencionadas y como consecuencia se ordenara la cancelación del registro de esos instrumentos.

Como hechos importantes de la demanda, en relación con este recurso, además de los anotados, pueden indicarse los siguientes:

"7º—A la fecha en que el señor Carlos Augusto Tietjen González aparece enajenando los derechos herenciales de que dan cuenta los instrumentos públicos relacionados en los hechos anteriores, dicho Tietjen González no había alcanzado la mayoría de edad, pues apenas había cumplido diez y ocho años.

"8º—En la circunstacia antedicha y aun cuando se encontrara habilitado de edad, Tietjen González no podía enajenar esos derechos herenciales sin mediar licencia judicial para el efecto y en remate o subasta pública, lo que no se llevó a cabo.

"9º—No habiendo mediado esa licencia judicial ni héchose la venta en subasta pública o remate, Salazar Vásquez no adquirió los derechos herenciales en cuestión, ni tampoco pudo cederlos, transferirlos o venderlos a la señora Elfriede Rothmaler de Tietjen, como así se pretendió hacerlo por medio de las cláusulas cuarta (4ª) y sexta (6ª) de la ya nombrada escritura pública 884 de fecha 23 de septiembre de 1947, la que se registró el 12 de noviembre de ese año, bajo el número 7855, del Libro número 2 de la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá.

"10º—La omisión de la licencia judicial y de la subasta pública, fue un hecho preconcebido y doloso del señor Alfonso Salazar Vásquez, ya que como viejo empleado del causante Augusto Tietjen sabía que si tales requisitos se cumplen, Tietjen González hubiera obtenido por concepto de la enajenación de esos derechos herenciales una suma cien veces superior a la que indicaban los contratos contenidos en las escrituras públicas antes indicadas.

"11º—El consentimiento de Tietjen González para celebrar los supradichos contratos fue obtenido mediante fuerza o coacción moral de terceras personas, entre ellas el señor Guillermo (Wilhelm) Heackermann, amigo íntimo del difunto Augusto Tietjen, a quien venía sirviendo como empleado desde largos años antes de su muerte, de la viuda de éste, señora Elfriede Rothmaler de Tietjen, como asimismo del contratante adquirente, señor Salazar Vásquez".

En los hechos siguientes transcribe el demandante una carta de Heackermann para Tietjen González; dice que en el juicio promovido ante el Juez de Mompós para obtener la habilitación de edad de Tietjen González, declararon Guillermo Heackermann y Horacio Santos Burgos, antiguos empleados del finado Augusto Tietjen; que Carlos Augusto era hijo natural del finado Tietjen; que el demandante fue compelido a verificar la enajenación de los derechos herenciales, sin averiguar la clase de negocio que hacía, sin reflexión, con precipitud e ignorante de la inmensa fortuna de su difunto padre natural; que la fijación del precio de la venta de esos derechos herenciales quedó completamente al arbitrio del comprador Salazar Vásquez, quien como íntimo amigo, empleado y compañero de negocios del causante Tietjen, y por otra parte experto y hábil, debía conocer el error e ignorancia de Tietjen González sobre la sustancia del mismo acto; que "el comprador Salazar Vásquez obtuvo el consentimiento de Tietjen González abusando de su minoridad, su falta de cultura y de bienes propios, como de personas que lo guiaran por haber quedado huérfano de madre antes de cumplir los dos años de edad".

Los demandados, por medio de apoderado, contestaron la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el demandante, por no ser cierto que los contratos adolezcan de nulidad alguna. De los hechos, acepta el apoderado algunos simplemente, otros con aclaraciones y niega otros. Al referirse al hecho 7º dijo: "Lo acepto aclarando que para la fecha de la venta, el vendedor Tietjen González había obtenido el privilegio de la habilitación de edad, por sentencia del Juzgado Unico Civil del Circuito de Mompós de fecha 5 de marzo de 1947". Con relación al hecho 8º, dijo: "Lo niego de redondo. Por estar habilitado de edad el vendedor sí es-

taba capacitado para efectuar libremente la enajenación como cualquiera persona mayor de veintiún años".

El apoderado de los demandados propuso, en la contestación de la demanda, las siguientes excepciones perentorias:

"a) Inexistencia de la obligación, porque las leyes desconocen la obligación de los requisitos que el actor echa de menos y en cuya omisión funda su acción. Las razones de esta excepción quedaron expuestas en el capítulo de 'La cuestión jurídica'.

"b) Prescripción, porque ha prescrito la acción rescisoria fundada en vicios del consentimiento, como quedó expuesto en el párrafo sobre 'Los pretendidos vicios del consentimiento'".

Las sentencias de instancia

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento dictó la sentencia de fecha 21 de octubre de 1953, en la cual absolvió a los demandados de las peticiones de la demanda. Esta sentencia fue apelada por el actor, por lo cual subió el negocio al Tribunal Superior de Cartagena, entidad que puso término a la segunda instancia con la sentencia de 18 de marzo de 1955, confirmatoria de la del Juzgado.

En el capítulo "La habilitación de edad", dijo la sentencia del Tribunal:

"Se observa en el libelo que la acción de nulidad de los contratos que él señala no fue ejercitada por ineficacia de la sentencia que decretó la habilitación de edad del menor Carlos Augusto Tietjen, pues no se formula objeción alguna contra este acto ni contra la tramitación que le precedió. Entre los apoyos de la nulidad fue alegada la incapacidad jurídica del menor en consideración a que la habilitación no era suficiente para la validez de esos contratos, porque en concepto del demandante eran indispensables las formalidades de la licencia judicial y la subasta pública para que fuera válida la enajenación de los derechos herenciales del menor.

"Es en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia donde el actor ataca la sentencia que decretó la habilitación dicha, exponiendo los motivos que lo inducen a sostener la ineficacia de esa providencia. Esta fue traída al proceso en copia que expidió el Secretario del Juzgado, y hace parte de la escritura número 368 de 1947, por haberla hecho insertar el vendedor Carlos Augusto Tietjen. Probada así la habilitación, la capacidad adquirida mediante este privilegio es cosa juzgada para el Tribunal; y sumando a esto la circunstancia de que el planeamiento propuesto en la demanda, pieza fundamental del litigio, dejó fuera de la controversia la cuestión relacionada con la ineficacia que se alegó más tarde contra la sentencia dicha, la capacidad adquirida por Carlos Augusto Tietjen ha de tenerse por cierta con la limitación y efectos que la ley le señala, por lo cual constituye un punto de partida afirmativo para el estudio del litigio en cuanto éste se refiere a la capacidad que la ley exige para los actos jurídicos (Código Judicial, artículos 505, 737, 593, 468 y 457)".

El recurso

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena interpuso recurso de casación el apoderado del actor el que por haber sido concedido por el Tribunal, admitido por la Corte y sustentado oportunamente, es llegado el momento de resolverlo y a ello se procede.

El recurso acusa la sentencia del Tribunal por las causales primera y segunda de casación que señala el artículo 520 del C. Judicial. Expone en primer término la acusación con base en la causal segunda y formula luego dos cargos por la causal primera, en todos los cuales glosa el fallo únicamente por los conceptos que emitió el Tribunal al referirse a la habilitación de edad del demandante. Los cargos se estudian en el mismo orden en que están presentados.

Causal segunda

La acusación por la causal segunda la expone así el recurrente:

"Para demostrar la incidencia del fallo en esta segunda causal de casación haré dos breves consideraciones que son otros tantos axiomas de ley de doctrina:

"a) En materia de capacidad la regla general es que toda persona es legalmente capaz, con la excepción entre otras, del menor adulto que es relativamente incapaz, salvo a su vez o excepto que se halle habilitado de edad; y

"b) En el mecanismo de los juicios primero es la acción del demandante, a que sigue la excepción del demandado y a ésta la réplica del demandante a esa excepción. Cada una de esas pretensiones tiene su momento en el proceso. Con ese criterio y en ese orden debe el fallador estu-

diarlas para que el fallo sea completo y esté en consonancia con esas pretensiones".

Dice luego que el apoderado del demandante pidió la declaración de nulidad de los contratos contenidos en las escrituras públicas 368 de 28 de abril y 721 de 21 de agosto de 1947, pasadas en la Notaría Segunda de Cartagena, porque a la fecha de la enajenación de sus derechos hereditales Tietjen González no había alcanzado la mayoría de edad, pues apenas había cumplido 18 años.

"Se propuso —agrega— la nulidad de esos contratos con fundamento en la menor edad de Tietjen González al celebrarlos, omitiendo hablar de su habilitación. Se partió del supuesto de que esa habilitación de edad era excepción que debía oponerse por el demandado a la causa de nulidad consistente en la incapacidad relativa del contratante Tietjen González por razón de ser menor. Y en efecto el demandado alegó esa excepción al contestar el hecho que fundaba tal causal de nulidad. A esa excepción replicó el demandante con otra excepción que la paralizara. Previendo que el demandado invocaría la habilitación de edad del contratante Tietjen González, se anticipó a ella desde la demanda, y en el preciso momento que tenía para hacerlo, en el alegato de conclusión de la primera instancia, negó efectos a esa habilitación de edad, tachándola de inválida, por cuanto se obtuvo con el solo objeto de defraudar la ley y se concedió por un juez manifiestamente incompetente.

"Pues bien, a esa réplica del demandante, fundada en la invalidez de la habilitación de edad del menor Tietjen González y su carencia de efectos en los contratos demandados, no quiso prestarle atención alguna el Tribunal en el fallo recurrido; aún más, expresamente declaró en él, que no debía tomarla en cuenta, porque el demandante en el libelo de demanda, 'dejó fuera de la controversia la cuestión relacionada con la ineficacia que se alegó más tarde contra la sentencia dicha' ".

Hace referencia el recurrente a lo dicho por el Tribunal en el capítulo titulado "La habilitación de edad", del cual transcribe algunos apartes, y alega que el fallador pretendió "contra toda técnica procesal, el absurdo de que el demandante incluyera anticipadamente en la demanda, o como petición de ésta, lo que habría de ser materia de réplica a la excepción del demandado al contestarla, cuando el lugar de esa réplica estaba precisamente en el que ocupó en la controversia: en el alegato de conclusión de primera instancia, si ya venía probada en el plenario de la litis".

Dice también que el Tribunal pretendió que el demandante pidiera declaración de invalidez de una resolución que con la llegada de Tietjen González a la mayor edad había perdido toda virtualidad de acto jurídico, contra un estatus personal que se había extinguido, "cuando de esa resolución de privilegio, de ese estatus personal no quedaba sino los efectos implicados en los contratos" y que esos efectos solamente al comprador interesaba defenderlos. También ataca el concepto del Tribunal en cuanto dijo que la capacidad del demandante por haber adquirido el privilegio de habilitación de edad es cosa juzgada y dice que el fallador confundió una resolución administrativa de la administración con una sentencia en materia contenciosa, para darle a aquélla el fuero de cosa juzgada. Afirma que el Tribunal no falló la réplica del demandante a la excepción del demandado, y concreta el cargo así:

"Pero sea cual fuere el motivo que llevó al Tribunal a desestimar esa réplica, a negarse a su estudio y aprecio en el fallo, es lo cierto que, habiendo dejado de estudiarla y fallarla, aunque no en pronunciamiento expreso, sino en su efecto paralizante de la excepción, desató el pleito con una sentencia deficiente, de mínima petita, que hace incidir esa sentencia en la segunda causal de casación".

Considera la Sala:

La acusación, como aparece claro del párrafo que se acaba de transcribir, la hace consistir en inconsonancia de la sentencia con la pretensión del demandante contenida en la "réplica" a una supuesta excepción del demandado. Parte el recurrente de la base errada de que el demandado propuso en la contestación de la demanda la excepción de estar el demandante Tietjen González habilitado de edad cuando celebró los contratos cuya nulidad se pide, y que a esa excepción replicó el demandante con otra excepción que la paralizara. El sistema de dar por supuesto lo que no ha ocurrido y hacer afirmaciones sin base en las constancias procesales, es recurso frecuente a que apelan los litigantes cuando carecen de verdaderos argumentos jurídicos o de probanzas suficientes para demostrar sus pretensiones o apoyar sus derechos. En el caso de estudio ocurre que el demandado no propuso la excepción de

que habla el recurrente, ni tenía para qué hacerlo, porque el demandante en su libelo no desconoció ni atacó en forma alguna el privilegio de habilitación de edad de que gozaba Tietjen González cuando dispuso de sus derechos herenciales, sino que por el contrario afirmó el hecho y se refirió a la habilitación de edad en varios pasajes de la demanda.

En efecto: al exponer los hechos fundamentales de la demanda, dijo en el primero: "el señor Carlos Augusto Tietjen González, después de manifestar que se encontraba habilitado de edad...": en el hecho 2º: "Tietjen González, después de afirmar que se encontraba habilitado de edad"; en el hecho 5º: "En otra cláusula de la nombrada escritura número 721, el menor, habilitado de edad, Tietjen González "; en el hecho 8º: "En la circunstancia antedicha y aun cuando se encontrara habilitado de edad, Tietjen González no podía enajenar esos derechos herenciales sin mediar licencia judicial para el efecto y en remate o subasta pública, lo que no se llevó a cabo". A la habilitación de edad hace referencia también en los hechos 12, 14 y 15, sin que en parte alguna de esa demanda formulara la menor objeción contra la habilitación de edad o contra el procedimiento del Juzgado que la otorgó.

La nulidad de los contratos la fundamentó el demandante en que el menor habilitado de edad necesitaba, como requisito exigido por la ley, licencia judicial para la enajenación de sus derechos herenciales y que la venta se efectuara mediante subasta pública. Ese fue el principal motivo de nulidad, aunque también alegó vicios del consentimiento. Los principales fundamentos de derechos de su acción los hizo consistir en que el artículo 345 del Código Civil prohibe al menor habilitado de edad enajenar o hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial, y en el mandato del mismo artículo de que la enajenación se haga en subasta pública. Allí mismo alega que "la doctrina y la jurisprudencia también se han pronunciado sobre la obligatoriedad de la autorización judicial y la subasta cuando el habilitado de edad pretende enajenar derechos herenciales".

Del examen de la demanda en su integridad resulta evidente que el actor consideró y aceptó que Tietjen González estaba, en la época de la cesión o venta de sus derechos herenciales, habilitado de edad. Así lo afirma expresamente en el hecho 5º, en donde califica a Tietjen González de menor habilitado de edad. Contra esa habilitación no formuló objeción alguna en su libelo.

Para el apoderado de los demandados también fue un hecho cierto, que admite y reafirma en la contestación de la demanda, la habilitación de edad del demandante para la época de los contratos celebrados con Salazar Vásquez. Así, al contestar el hecho primero de la demanda, dijo: "Lo admito como cierto, aclarando que en la escritura no sólo se afirma sino que se comprueba la habilitación de edad del vendedor con la copia del respectivo fallo que en la escritura se inserta, fallo dictado por este Juzgado del Circuito de Mompós". El hecho 5º, en donde se calificó a Tietjen González como menor habilitado de edad, fue admitido como cierto por el apoderado de los demandados, sin ninguna aclaración ni reserva, dijo simplemente: "El 5º Lo admito como cierto". Al hecho 7º dijo: "Lo acepto, aclarando que para la fecha de la venta, el vendedor Tietjen González había obtenido el privilegio de la habilitación de edad, por sentencia del Juzgado Unico Civil del Circuito de Mompós de fecha 2 de marzo de 1947". Al hecho 8º respondió: "Lo niego de redondo. Por estar habilitado de edad el vendedor si estaba capacitado para efectuar libremente la enajenación como cualquier persona mayor de veintiún años". Luego de contestar todos los hechos de la demanda hace una alegación tendiente a demostrar que el menor habilitado de edad, no necesita, como lo sostiene el demandante, licencia judicial para enajenar derechos herenciales, y al final propone como excepciones perentorias las de la "Inexistencia de la obligación", y la de "Prescripción".

No propuso, pues, el apoderado de los demandados la excepción de que habla el recurrente, y la litis se trabó dando como hecho cierto y aceptado por las partes que el menor Tietjen González estaba habilitado de edad cuando contrató con Salazar Vásquez. Entonces, los reparos formulados por el apoderado del demandante, en su alegato de conclusión de la primera instancia, no fue, como lo dice el recurrente, excepción para paralizar otra excepción, ni puede admitirse como "réplica" a la contestación de la demanda o a excepción propuesta por el demandado, porque nuestro derecho procedimental no autoriza el sistema de **réplica** o **dúplica** del derecho español que nos rigió durante la colonia, pero que fue abolido desde el siglo pasado.

Esos sistemas procedimentales, que el recurrente presenta como "axiomas de ley y de doctri-

na", consagrados en las Leyes de Partida y que modificados aún perduran en el derecho español, que no rige en Colombia, señalaban para la tramitación del juicio ordinario a grandes rasgos lo siguiente: de la demanda se daba traslado al demandado; éste debía proponer en la contestación las excepciones perentorias que tuviera y las dilatorias que no hubiera propuesto antes; de la contestación se daba traslado al demandante, para réplica; de la réplica del actor se daba traslado al demandado para dúplica. Cumplido ese trámite, la litis quedaba definitivamente trabada y no podía ser posteriormente modificada ni ampliada con nuevas pretensiones de las partes. Como el demandante podía renunciar a la réplica, el demandado se veía obligado a proponer en la contestación de la demanda sus excepciones perentorias, pues trabada la litis ya no podía hacerlo. En los escritos de réplica y dúplica podían actor y demandado modificar, adicionar o ampliar sus pretensiones y excepciones formuladas en la demanda y contestación. En esos cuatro escritos debían, tanto el actor como el demandado, fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho, pues la litis en el futuro era inmodificable.

Desde los primeros años de la República empezaron a ser derogadas las leyes españolas que nos rigieron durante la colonia, y finalmente fueron abolidas en su totalidad por la Ley 153 de 1887.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contempla las réplicas y dúplicas de que se habló, prácticas que sólo servían para aumentar gastos y dilatar el juicio. La tendencia moderna en que está inspirado tiende a acelerar el procedimiento, en defensa de la justicia y de la economía procesal, sin descuidar los derechos de los litigantes, que garantiza ampliamente. La facultad que tiene el demandante para aclarar, corregir o enmendar su demanda mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a pruebas, llena las finalidades a que estaba destinada la réplica del derecho antiguo, porque da oportunidad al demandante para ajustar su acción con vista en la contestación de la demanda y llenar los vacíos de su primer escrito. Y como de la corrección de la demanda se da nuevo traslado al demandado, puede éste ejercitar su defensa; además, por lo que a éste hace, puede alegar excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia (artículo 341 del C. J.), y el juez debe reconocer en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con las excepciones perentorias, cuando halle justificados los hechos que las constituyen, aun cuando no se hayan propuesto ni alegado, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse (artículo 343).

No existiendo, como no existe, en nuestro derecho procedimental la institución de la réplica, el demandante sólo dispone del escrito de demanda y del de corrección de ésta para ejercitar sus acciones y fundamentar sus pretensiones. Por eso la demanda es "pieza fundamental del litigio", como lo dijo el Tribunal. En ella quedan consignadas todas las pretensiones del demandante. De suerte que si, como lo dice el recurrente, el demandante reservó para la réplica una cuestión que ahora se considera tan fundamental para el éxito de la acción, incurrió en grave equivocación, porque, como acertadamente estimó el Tribunal sentenciador, dejó por fuera de la controversia, por no haberla planteado en la demanda, la cuestión relacionada con la ineficacia de la habilitación de edad del demandante, que le dio capacidad para celebrar los contratos cuya nulidad se persigue en este juicio.

Entonces, no estando sometida a la controversia lo relacionado con la eficacia de la habilitación de edad del demandante, cuestión que se planteó extemporáneamente, no podía el fallador estimarla, ni para "pronunciamiento expreso" ni para aplicarla "en su efecto paralizante de la excepción", como lo pretende el recurrente, ni por ello desató el pleito con una sentencia deficiente, que es el cargo que se hace al fallo. Si el Tribunal hubiera atendido los reparos que el demandante formuló a la sentencia de habilitación de edad de Tietjen González en su alegato de conclusión de la primera instancia, entonces sí hubiera fallado en inconsonancia con las pretensiones de las partes, porque las que deben tenerse en cuenta por el sentenciador, son las deducidas oportunamente por los litigantes. Pero por sobre toda consideración debe advertirse que la sentencia recurrida es integralmente absolutoria y a este respecto ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia que cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de la demanda; que las pretensiones del demandante que debe tener en cuenta el fallador son las deducidas por éste en su libelo de demanda, y que en el segundo

motivo de casación no cabe la inconformidad de las partes con las tesis y conclusiones de la sentencia absolutoria por más disparatadas que parezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí tenía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruente con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido. (Sentencias de 7 de julio y abril 21 de 1953 y noviembre 21 de 1951).

De consiguiente, no puede infirmarse el fallo con base en la causal segunda de casación.

Causal primera

Con base en esta causal de casación formula el recurrente dos cargos contra la sentencia del Tribunal así:

Primer cargo

Violación de los arts. 205, 341, 737, 473 y 474 del Código Judicial, y a consecuencia de la violación de estas disposiciones el fallo quebranta los artículos 6º, 339, 342, 1502, 1504, 1519, 1526, 1540, 1741, 1743, 1744, 1756 del Código Civil y el artículo 1º de la Ley 67 de 1930.

Dice el recurrente que el Tribunal negó su atención en el fallo al rechazo que el demandante opuso a la habilitación de edad de Tietjen González, invocada por el demandado como excepción a la demanda. Que ese rechazo era la negación de todo efecto del privilegio de habilitación en los contratos acusados. Que el Tribunal no le prestó atención a esos reparos "porque considerando la resolución de habilitación como una sentencia, le dispensó el fuero de la cosa juzgada, le atribuyó la intangibilidad eterna de ésta a una resolución de vida eminentemente precaria y temporal".

Considera que el Tribunal tuvo "una noción equivocada de la unidad del proceso, de los elementos que lo integran, de los elementos constitutivos de la fórmula que, recordando el derecho antiguo, constituye la materia controvertida y sujeta a fallo decisorio, porque pretendió que la réplica procediera en esa fórmula o presentación de la controversia a la excepción, cuando es bien sabido que ésta antecede a aquélla. Ese olvido del Tribunal sobre los elementos constitutivos de la materia en litis lo llevó a violar los artículos 205, 737 y 341 del Código Judicial".

Agrega que el Tribunal confundió una "simple resolución administrativa de la jurisdicción" con la sentencia que desata una contradicción jurisdiccional, al darle a la primera "el miramiento perdurable de la cosa juzgada", error que lo condujo al quebranto de los artículos 468, 473 y 474 del Código Judicial por violación directa, y del artículo 457 por aplicación indebida al caso del pleito.

Se considera:

Omitió el recurrente señalar, como estaba obligado a hacerlo, el concepto por el cual el fallo viola las disposiciones del Código Civil, que dice fueron quebrantados a consecuencia de la violación directa y aplicación indebida de las normas del C. Judicial a que alude. Esa omisión, como en forma repetida lo ha dicho la Corte, impide que el cargo pueda ser estudiado en el fondo, pero como señala violadas disposiciones del Código Judicial que tienen carácter sustantivo, se estudian estos reparos.

En el examen de la acusación por la causal segunda se dijo que nuestro Código de Procedimiento Civil no consagra el sistema de **réplicas y dúplicas** del derecho antiguo que el recurrente recuerda como fórmula para la constitución de la controversia y a la cual pretende ha debido someterse el Tribunal al dictar su fallo. Por otra parte, se vio también en ese estudio que la parte demandada no presentó como excepción la capacidad de que estaba investido el contratante Tietjen González por virtud de la habilitación de edad que le fue otorgada. Esa capacidad no fue alegada como excepción por los demandados. Ya se sabe que los primeros reparos al decreto de habilitación fueron presentados por el apoderado del demandante en su alegato de conclusión de la primera instancia como nuevos fundamentos de la nulidad de los contratos, y no como réplica a alguna excepción de los demandados, de lo cual no se habla en ese alegato, ni allí se dice que los demandados hubieran excepcionado en tal sentido. En ninguna de las alegaciones de instancia se insinuó siquiera que la parte demandada hubiera alegado como excepción la habilitación de edad. Que no fue propuesta tal excepción, ni hubo necesidad de proponerla por parte de los demandados, se deduce de lo dicho por el apoderado de éstos en su alegato de conclusión de la primera instancia, en donde se lee al folio 16 del cuaderno 1º: "Tampoco el Juez podrá entrar a considerar si carece de validez el fallo de este mismo Juzgado sobre habilitación de edad, fallo que

debe ser respetado en su eficacia plena, pues en la demanda no se plantea controversia alguna contra él. Verdad es que en su alegato final el actor intenta poner tachas al decreto de habilitación de edad, en un inútil y desesperado esfuerzo por zafarse del férreo dogal jurídico que asfixia y ahoga sus aspiraciones". En ese alegato el apoderado propone la excepción de "petición de modo indebido" que en nada se refiere a la habilitación de edad y al final habla de las excepciones de "inexistencia de la obligación" y "prescripción", que había propuesto en la contestación de la demanda, sin que en parte alguna proponga o alegue la excepción de que habla el recurrente ya que considera que en la demanda no se había planteado controversia alguna referente a la eficacia de la habilitación de edad.

Tampoco en la segunda instancia se habló de excepción tendiente a oponer a la acción la capacidad legal del contratante Tietjen González. El apoderado del demandante insistió en sus reparos contra la providencia que concedió la habilitación de edad, pero al hacerlo no alude a excepción alguna de los demandados. El apoderado de éstos en el alegato de la segunda instancia dice que contra la sentencia que concedió la habilitación no se hace ningún cargo en la demanda ni se formula contra ella ninguna petición y que la impugnación posterior está fuera de lugar y luego agrega que "esa sentencia no está siquiera sub-judice".

Por lo anterior se ve que la excepción y la réplica son supuestos del recurrente en casación. Como los reparos formulados al decreto de habilitación lo fueron extemporáneamente, no hacían parte de la litis y por esto no era materia de pronunciamiento en el fallo.

Los artículos 205 y 737 del C. J., que se señalan como violados por el Tribunal, indican los requisitos a que debe someterse la demanda y no se ve por qué concepto pudo violarlos el sentenciador. El artículo 341 de ese Código indica la oportunidad en que pueden proponerse y alegarse las excepciones perentorias. No pudo ser violado por el Tribunal porque en nada se refiere a las actividades del juzgador.

En cuanto a que el Tribunal consideró la resolución de habilitación como una sentencia y le dispensó el fuero de la cosa juzgada, se considera:

El artículo 466 del C. J. denomina sentencia las resoluciones de carácter judicial que deciden definitivamente sobre la materia principal del juicio. El artículo 205 le da el nombre de demanda a la petición con que se inicia un juicio. El artículo 314 califica como demanda la petición del menor para que se le conceda el beneficio de la habilitación de edad, y el 315 llama juicio las diligencias judiciales tendientes a que se conceda la habilitación de edad. Luego si es un juicio el que debe seguirse para obtener la habilitación, la providencia que la concede decide sobre la materia principal de éste y debe llamarse sentencia conforme al artículo 466 del Código Judicial.

La sentencia que otorga la habilitación de edad, una vez ejecutoriada (artículo 468 del C. J.) tiene la firmeza necesaria para producir los efectos y consecuencias que le son propias y autoriza para actuar en consonancia con lo resuelto, es decir, da al menor la facultad de ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una disposición expresa le declare incapaz. Es ésta una de aquellas resoluciones judiciales que producen efectos tan sólo de cosa juzgada en sentido formal, que se distingue de la cosa juzgada sustantiva o material en que esta última produce efectos para los procesos futuros en cuanto al derecho que haya sido materia del pronunciamiento en la sentencia. Los conceptos de **cosa juzgada material** y **cosa juzgada formal** han sido discriminados por los tratadistas y la doctrina, con base en la **preclusión**, figura jurídica que Chiovenda define como "la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley en el juicio o en una fase de él". La Corte en varios fallos se ha referido a los efectos de la cosa juzgada formal en este mismo sentido.

La decisión judicial produce efectos de cosa juzgada formal en cuanto faculta para la ejecución de lo resuelto, pero deja vivo el problema de fondo y por lo mismo no impide formular en otro proceso la misma pretensión o solicitar la anulación o revisión de lo decidido en el primero. Y la decisión produce efectos de cosa juzgada material cuando proyecta en el futuro sus consecuencias de estabilidad que no sólo permite actuar de conformidad con lo resuelto, sino que impide que se discuta posteriormente el derecho reconocido o negado por la decisión judicial y establece una valla para que en un nuevo juicio pueda fallarse el mismo asunto que quedó decidido en el pleito anterior y hace nula toda decisión en contrario.

Cuando el sentenciador dijo: "Probada así la

habilitación, la capacidad adquirida mediante este privilegio es cosa juzgada para el Tribunal", se refirió indudablemente a los efectos formales de cosa juzgada, esto es, en cuanto facultaban al menor para actuar de conformidad con lo resuelto, ya que agrega que habiendo dejado la demanda por fuera de la controversia la cuestión relacionada con la ineficacia de la sentencia de habilitación de edad, la capacidad del contratante Tietjen debe tenerse por cierta y constituye un punto de partida afirmativo en el estudio del litigio. Quiere lo anterior decir que se reconocen los efectos de una decisión judicial que está ejecutoriada y contra la cual no se ha ejercitado acción que la invalide. Como no se refiere el Tribunal a la cosa juzgada en su sentido material, no infringió los artículos 468, 473, 474 y 475 del Código Judicial.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo formula así: "Error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas del proceso y violación consecuencial de los artículos 637, 645, 661, 663, 664, 665, 696 y 697 del Código Judicial, 1759, 1761, 1765 y 1769 del Código Civil, violación que condujo a su turno a la de los artículos 67, 339, 342, 1502, 1504, 1518, 1526, 1740, 1741, 1743, 1744 y 1756 del mismo Código Civil y del artículo 1º de la Ley 67 de 1930".

Al sustentar el cargo hace referencia el recurrente a los hechos 10º y 16º de la demanda inicial del juicio y transcribe algunos apartes del alegato de conclusión presentado por el apoderado del demandante, en la primera instancia, en los que ataca la validez de la habilitación de edad, especialmente por haber sido otorgada por un juez que no era el del domicilio del interesado. Considera el recurrente que la habilitación se obtuvo por medios desviados y con violación de la ley, como está demostrado en el proceso con pruebas directas que el Tribunal no tuvo en cuenta en su fallo, incurriendo en evidente error de hecho al desestimarlas.

Como pruebas que el Tribunal no tuvo en cuenta y que lo indujeron al error de hecho que se le imputa, indica las siguientes: la demanda inicial del juicio y el alegato de conclusión del doctor Pineda Garrido (apoderado del demandante) en la primera instancia; la carta del doctor Barraza al comprador Alfonso Salazar; las posiciones absueltas en el juicio por el demandado Salazar; contestación a la tercera pregunta; las declaraciones de Manuel del Cristo Torres y José María Ortega; la partida de bautizo del demandante Tietjen González; dos cartas de Guillermo Heackermann para el demandante, y la resolución de habilitación dictada por el Juez del Circuito de Mompós y la escritura de venta o cesión de los derechos herenciales, que contiene el contrato cuya nulidad se demanda.

Agrega el recurrente que si se considera que las pruebas que deja relacionadas no demuestran por sí mismas la imputación de invalidez de la habilitación de edad, deberá aceptarse que los hechos de que esas pruebas dan fe constituyen indicios necesarios y vehementes que conjugados concurren a demostrar el fraude de la ley en la habilitación de edad de Tietjen González, indicios a los cuales puede agregarse otro consistente en que el menor no estaba humanamente capacitado para recibir esa habilitación. "De todos estos indicios —dice— hizo omisión el Tribunal en su fallo, incurriendo en error de hecho evidente al desestimarlos".

Se considera:

La tacha principal que se alega contra la habilitación de edad del menor Tietjen González es la de haberse otorgado por un Juez que se dice no era el del domicilio del interesado y que de consiguiente carecía de jurisdicción para decretarla.

Conforme al artículo 150 del C. J., la competencia del Juez para conocer de un asunto se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse. El artículo 151 indica que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina por las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial y es improrrogable, salvo excepción expresa. Ahora bien, el juicio de habilitación de edad es, por su naturaleza, de jurisdicción voluntaria y en él no juega la calidad de las partes. De los asuntos de jurisdicción voluntaria, excepto el juicio de sucesión de menor cuantía, corresponde conocer al Juez del Circuito en primera instancia, según dispone el artículo 709 del C. J. Por razón del lugar en donde deben ventilarse los asuntos de jurisdicción voluntaria, corresponde conocer al Juez del domicilio del interesado (artículo 152, regla 1ª del C. J.), pero esa jurisdicción es prorrogable y se entien-

de prorrogada por parte del demandante por el hecho de ejercitar la acción, conforme a la disposición del artículo 153 del Código Judicial.

Entonces, como Tietjen González ejercitó la acción ante el Juez del Circuito de Mompós para que se le otorgara el privilegio de la habilitación de edad, debe aceptarse que prorrogó la jurisdicción del Juez, caso de que éste no fuera el de su domicilio. De consiguiente, por este aspecto, no es invalida la habilitación de edad.

Además no está demostrado que el domicilio de Tietjen González fuera en el Municipio del Carmen, Departamento de Bolívar. La declaración de Manuel del Cristo Torres, que se cita para el efecto, no demuestra este hecho, porque sólo dice que el menor estudiaba en el colegio que tiene establecido en aquella ciudad y que las vacaciones las disfrutaba en la casa del testigo, pero que fue llevado al colegio y sostenido en él por el padre natural del menor, señor Augusto Tietjen, quien atendía a todos los gastos de alimentación, vestuario, pensiones de colegio, etc., lo que indica que el menor estaba a cargo del padre natural, máxime si se considera que dicho menor había quedado huérfano de madre antes de cumplir los dos años de edad, según se afirma en el hecho 18º de la demanda. El menor que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, sin que esto quiera decir que en el presente juicio se haya demostrado la patria potestad, sino para indicar que no está plenamente probado que el domicilio del menor fuera en lugar distinto de Mompós, en donde se practicaron las diligencias de licencia judicial para comparecer en juicio y las de habilitación de edad del menor y también se adelantó el juicio de sucesión del señor Augusto Tietjen, quien se dice era padre natural del menor. La declaración de José María Ortega tampoco demuestra el domicilio de Tietjen González en el Carmen de Bolívar, porque este testigo sólo dice que fue allí a transportar en un "Jeep" a Tietjen quien debía viajar a Mompós. La partida de bautizo apenas demuestra que nació Tietjen en El Carmen, pero no es prueba de que allí fuera su domicilio.

La demanda inicial del juicio y el alegato de conclusión de la primera instancia presentado por el apoderado del demandante, no pueden tenerse como prueba de la invalidez de la habilitación de edad, y apenas demuestran que las tachas a esa habilitación no fueron pretensión deducida en la demanda.

La carta del doctor Barraza, a que se refiere el recurrente, lo mismo que las que dirigió el señor Guillermo Haeckermann al demandante, no pueden considerarse como maniobras engañosas ni fraudulentas para obtener la habilitación de edad, ni para inducir en error al contratante Tietjen. El doctor Barraza obraba como apoderado de Tietjen González y de sus hermanas y se dirigió a Salazar Vásquez para confirmarle las conversaciones que habían tenido sobre venta de los derechos hereditales de los cuatro hijos naturales del finado Augusto Tietjen, negociación que se acordó por el precio total de $ 80.000.00, libres de gasto alguno. Allí le informa que la venta de los derechos de los hijos mayores quedó perfeccionada con el otorgamiento de las escrituras correspondientes y que faltaba perfeccionar la de los derechos del menor Carlos Augusto Tietjen González, quien debería obtener habilitación de edad para hacerlo, diligencias de las cuales debía entenderse Salazar Vásquez, por ser de su cargo los gastos e impuestos que el contrato causara. Agrega que se está dirigiendo por separado al joven Carlos Augusto informándole del arreglo a que habían llegado sobre el particular. Las cartas del señor Haeckermann se trajeron como prueba de la coacción moral. En la primera le dice a Tietjen que debe mantenerle la confianza a su apoderado doctor Barraza y en la segunda le aprueba la venta después que la efectuó. Como se ve no son pruebas suficientes para que con base en ellas se invalide la habilitación de edad ni el contrato celebrado por Tietjen, por fraude a la ley en la habilitación de edad de éste.

Tampoco resulta de las posiciones absueltas por el demandado Salazar Vásquez prueba o indicio alguno de vicios referentes a la habilitación de edad, ni el recurrente indica en qué sentido ha debido apreciarlas el Tribunal.

Por último señala la resolución de habilitación de edad otorgada por el Juez del Circuito de Mompós y la escritura 368 de 28 de abril de 1947 de la Notaría 2ª de Cartagena, que es la misma en que se hizo constar el contrato cuya nulidad se demanda, como pruebas no tenidas en cuenta por el Tribunal. Dice que con la escritura citada se perfeccionó el convenio habido entre Barraza y Salazar Vásquez y para cuyo perfeccionamiento se consiguió la habilitación de edad de Tietjen González, pero tampoco indica por qué incurrió en error el Tribunal al no apreciar esas pruebas. La sentencia demuestra que se cumplieron los trámites del juicio de habilitación de edad y la

escritura contiene el contrato celebrado por Tietjen y el demandado Salazar Vásquez. Además el Tribunal sí las apreció, como ya se ha visto, y entonces el cargo, por lo que a éstas hace, está mal planteado porque no se refiere a error de derecho por haberles dado mayor o menor valor del que la ley les asigna, ni dijo qué hecho consideró el sentenciador demostrado o no demostrado y que esas pruebas contradigan.

Las pruebas estudiadas no demuestran los vicios alegados que invaliden la habilitación de edad, y tampoco tomadas en conjunto constituyen indicios de tales vicios. De consiguiente no incurrió el Tribunal en los errores de que lo acusa el recurrente y el cargo no prospera.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha 18 de marzo de 1953 en el juicio seguido por Carlos Augusto Tietjen González contra Alfonso Salazar Vásquez y Elfriede Rothmaler de Tietjen sobre nulidad de unos contratos.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas.—El Secretario, **Jorge Soto Soto.**

ES AL NOTARIO A QUIEN CORRESPONDE EXPEDIR COPIAS DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS.—COPIAS EXPEDIDAS POR EL SECRETARIO DE UN JUZGADO. LA ESCRITURA PUBLICA DEBE TENER LA NOTA DE REGISTRO PARA QUE PUEDA SER ESTIMADA COMO PRUEBA, PERO SI ADOLECE DE ESTA IRREGULARIDAD, PUEDE SER CORREGIDA DURANTE EL TERMINO PROBATORIO

1.—El artículo 1756 del C. C. estatuye que, es escritura pública el instrumento público otorgado ante Notario, cuyo original queda incorporado en el respectivo protocolo de la Notaría, según las voces del artículo 2570 ibidem. De aquí, que el legislador, siempre previsivo, regulara en los artículos 2588 y siguientes del mismo estatuto, la expedición de copias de la escritura matriz, otorgándole esta facultad, exclusivamente, al Notario, como que le imprime a su ejercicio el carácter de función propia de éste, sin que admita sustituto, ordinariamente, esto porque la misma ley le ha instituido en depositario de la fe pública: "La recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y solemnidad públicas, conforme a la ley, están a cargo del Notario público" (artículo 2567 ib.). Lo anterior significa que, si la copia de una escritura pública es preparada o autorizada por funcionario o persona que carezca de la investidura oficial de Notario, mal puede considerársele como prueba regular y de mérito, ya que la atribución de expedir copias de ella es propia de los Notarios a quienes no es, legalmente, procedente desplazar en sus actos comunes por otros funcionarios.

Pues bien, dado el supuesto de que un Secretario expida copias de una escritura que obra en un determinado proceso, cuyo conocimiento está a cargo del Juzgado donde ejerce tal cargo, no obstante esa calidad, no podrá el juzgador tenerla en cuenta, por cuanto los términos de la ley son perentorios: la copia debe ser autorizada únicamente por el funcionario encargado del protocolo, a saber, el Notario. Se trata de una función exclusiva de él, de una formalidad trascendente que obliga a su acatamiento.

Las copias de las escrituras públicas, generalmente, deben expedirse tomadas de la matriz, que queda incorporada al protocolo, pues, sólo excepcionalmente, la ley permite valorar probatoriamente las copias de copias, porque éstas no están investidas de la necesaria y suficiente garantía para la mejor veracidad del contenido de los instrumentos públicos, que se las imprime la fe pública depositada por el legislador en los Notarios. De allí, que sólo cuando falte el protocolo o el registro —ins. 2º, artículo 630 C. J.— y esta circunstancia sea certificada por el Notario o el Registrador, según el caso, la ley le otorgue mérito a la copia de copia, teniendo en cuenta el principio de que la prueba sufre, desmejorada a medida que se aleja de su fuente.

2.—La disposición del artículo 2653 del C. C. tiene su aplicación y desarrollo, en juicio a través de la regla de derecho probatorio consignada en el artículo 630 del C. J., la cual exige que las escrituras públicas para ser estimadas como pruebas, deben ser presentadas en copias autorizadas por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el correspondiente registro.

El registro es el medio de tradición de los derechos sobre inmuebles, así como de publicidad de los actos y contratos que trasladen o muden esos derechos. De esta regla nace la probatoria de que la falta de registro de una escritura impide estimarla judicialmente como elemento de convicción, porque es falta de mérito. Es decir, que por este medio, el legislador subordina el mérito probatorio de las escrituras públicas a su inscripción en las Oficinas de Registro.

Pero, a pesar de este principio, no es necesario que en el momento de su presentación aparezca demostrado ese registro, pues, es en el fallo donde se califica su fuerza probatoria, de donde se infiere que la fra-

gularidad inicial de la falta de la nota de registro, bien puede ser corregida dentro de los respectivos términos probatorios de los negocios. Así, procesalmente no se requiere que se complete la prueba de la escritura pública en el momento de su aducción sino en la oportunidad propia para decidir sobre su mérito.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Don **Roberto Angel López** y doña **María Angel** contrajeron matrimonio en Villa María —Departamento de Caldas— el 8 de febrero de 1909; de ese matrimonio nació **Eloísa** el 2 de febrero de 1910 en Manizales.

Roberto Angel López falleció en 29 de junio de 1939 en Armenia. Liquidada su sucesión se le adjudicó a su hija **Eloísa** en el respectivo juicio, el inmueble denominado "La Carelia", que hacía parte de la hacienda de mayor extensión conocida con el nombre de "La Alborada", situada en jurisdicción de Municipio de Montenegro, por la cabida y linderos que señala la hijuela correspondiente.

El 2 de marzo de 1935, Vicente Gutiérrez Alzate contrajo matrimonio con Eloísa Angel; hallándose ésta gravemente enferma en el Hospital de Calarcá, otorgó la escritura pública número 1010 de noviembre 13 de 1952, ante el Notario Primero del Circuito de esa ciudad, por medio de la cual declara vender a su señora madre María Angel viuda de Angel, el derecho de dominio sobre el lote de terreno denominado "Carelio", que hacía parte de la antigua hacienda de "La Alborada" y que había adquirido como herencia de su padre Roberto Angel López, mejorado con pastos, rastrojos y monte y comprendido dentro de los linderos que en aquel instrumento se especifican.

La señora Eloísa Angel de Gutiérrez Alzate falleció el 16 de noviembre de 1952 y en el respectivo juicio de sucesión se declararon como sus herederos a su marido y a su madre señora María Angel viuda de Angel.

En la escritura número 1010 de 16 de noviembre de 1952, la vendedora señora **Eloísa Angel de Gutiérrez Alzate** le hizo constar: "Que hace la venta por la suma de **cien mil pesos moneda legal colombiana** ($ 100.000.00), con todas sus anexidades y dependencias, de los cuales declara recibidos a su entera satisfacción, de contado y de manos de la compradora, la cantidad de **noventa y ocho mil ochocientos pesos** ($ 98.800.00) **colombianos**, dejando en poder de ésta, para que atienda el pago y cancelación del gravamen hipotecario relacionado, un mil doscientos pesos ($ 1.200.00) completándose así el valor de esta venta".

Vicente Gutiérrez Alzate a nombre y para la sucesión de su legítima mujer, señora Eloísa Angel de Gutiérrez Alzate, promovió ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, demanda por la vía ordinaria contra doña María Angel viuda de Angel, para que se hicieran varias y diversas declaraciones principales y otras subsidiarias, entre las cuales se destacan para los fines del recurso de casación que se estudia, como principales:

a) Que el contrato de compraventa que recoge la escritura pública número 1010 de 13 de noviembre de 1952 de la Notaría del Circuito de Calarcá, es absolutamente simulado; b) Que, en consecuencia, la demandada está obligada a restituir a la sucesión de Eloísa Angel de Gutiérrez Alzate, la finca "La Carelia", por los linderos señalados en la citada escritura 1010, con sus frutos naturales y civiles.

Dentro de las subsidiarias: la de que se declare resuelto el contrato de compraventa recogido en la escritura 1010 de 13 de noviembre de 1952, de la Notaría del Circuito de Calarcá, por falta de pago del precio, con las consecuenciales de las prestaciones mutuas.

El Juez del conocimiento acogió en su sentencia de 21 de septiembre de 1953 la súplica principal de la simulación con sus consecuenciales. De esta decisión de primer grado, apelaron las partes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira conoció de la segunda instancia, y agotada como fue la tramitación de rigor, pronunció la sentencia de fecha 26 de mayo de 1955, por medio de la cual revocó la revisada en cuanto a la declaración de simulación del contrato demandado y las otras que guardan relación con ésta, y en su lugar, acogió la subsidiaria de resolución del mismo, por falta de pago del precio de la compraventa, con la consiguiente restitución del inmueble objeto del litigio, con sus frutos naturales y civiles, a partir de la fecha de la inscrip-

ción en la oficina de registro de la escritura 1010 de 13 de noviembre de 1952.

El Tribunal para llegar a la solución anotada, hizo, en la parte motiva de su sentencia, un estudio completo de las distintas acciones incoadas y de las pruebas aportadas por las partes al juicio, y entre éstas apreció, como tal, la copia de la escritura número 1010 de 13 de noviembre de 1952, de la Notaría del Circuito de Calarcá, acompañada a la demanda sin la correspondiente nota de registro, según atestación del Juez a quo formulada en la motivación del fallo de primer grado, así: "Con la demanda se presentaron los siguientes documentos: escritura pública número 1010, del 13 de noviembre de 1952, pasada en la Notaría 1ª de Calarcá, por medio de la cual la señora Eloísa Angel de Gutiérrez, aparece vendiendo a doña María Angel v. de Angel, en la suma de cien mil pesos el inmueble denominado 'La Carelia', situado en jurisdicción de Montenegro, y alinderado como allí se describe. Este título no aparece inscrito en la Oficina de Registro de esta ciudad". Subraya la Sala.

El recurso

El extraordinario de casación lo interpuso, y le fue concedido, a la demandada. Ante la Corte está agotada su tramitación y se procede a decidirlo, no sin antes anotar, que él viene fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

La impugnación comprende tres cargos, que el recurrente, en su orden, enuncia así: Primer cargo.—Prueba del contrato de venta; Segundo cargo.—Pago del precio de la venta, y Tercer cargo.—Prueba de indicios.

PRIMER CARGO. Error de derecho y violación de ley sustantiva.

"El Tribunal ha dado por establecido el contrato de compraventa celebrado entre mi mandante y doña Eloísa Angel de Gutiérrez, fundamento de la solicitud subsidiaria de resolución solicitada por el actor, con la copia de la escritura número 1010 de 1952.

"Ninguna de las copias del citado instrumento podía ser estimado como prueba del contrato por el Tribunal, porque no se trajo a los autos en la forma y con los requisitos legales.

"No era estimable como prueba la copia acompañada a la demanda, porque fue presentada sin registro, y tampoco era estimable, como prueba la otra que obra en el cuaderno de pruebas del demandante, porque no fue pedida, decretada y practicada dentro del término correspondiente de la primera instancia.

"Por consiguiente, al estimar el Tribunal y darle el mérito de plena prueba al citado documento público y dar por establecido con éste el contrato de compraventa de la finca 'Carelia' incurrió en su apreciación en error de derecho y en violación de los artículos 593, 597 (numerales 1º y 3º), 601, 630 y 636 del Código Judicial y 757, 1857, 2577, 2637, 1757, 1759, 1946 y 1930 del Código Civil.

"La recta aplicación de la doctrina contenida en los citados ordenamientos, habría conducido al sentenciador a una conclusión contraria de la consignada en su fallo, esto es, a negar la resolución del contrato".

Por otra parte, agrega el impugnador que: "La aplicación de los artículos 1546 y 1930 del C. C. se debió a la apreciación errónea de la prueba contenida en la escritura número 1010 de 1952, pues el fallador aceptó que ella acreditaba el contrato de venta, conforme a la ley, y que, por tanto, podía declararlo resuelto. Si hubiera partido de la verdad jurídica de no estar probada la compraventa, por no servir para ello la copia que sin registro se acompañó a la demanda, ni la aportada a los autos irregularmente, sin que fuera solicitada, decretada y practicada como prueba con citación de la contraparte, su conclusión inexorable habría sido la de negar la súplica de resolución del contrato y la de absolver a la parte demandada.

"Así quedaron violados por mala apreciación al caso del pleito a causa de error de derecho en la apreciación de la prueba que viene citada, los artículos 1546 y 1930 del C. C., y los demás relacionados antes".

ESTUDIO DEL CARGO

La Corte considera:

1º—El cargo que, en síntesis, se ha dejado transcrito, estima la Sala que es fundado, y que como incide en los demás de la demanda de casación, restringe su estudio a él, todo de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 538 del Código Judicial.

El artículo 1758 del Código Civil, estatuye que, es escritura pública el instrumento público otor-

gado ante Notario, cuyo original queda incorporado en el respectivo protocolo de la Notaría, según las voces del artículo 2570 ibidem. De aquí, que el legislador, siempre previsivo, regulára en los artículos 2590 y siguientes del mismo estatuto, la expedición de copias de la escritura matriz, otorgándole esta facultad, exclusivamente, al Notario, como que le imprime a su ejercicio el carácter de función propia de éste, sin que autorice sustituirle, ordinariamente, esto porque la misma ley lo ha instituido en depositario de la fe pública: "La recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancias públicas, conforme a la ley, están a cargo del Notario público". Artículo 2547 del Código Civil. Lo anterior significa que, "si la copia de una escritura pública es preparada o autorizada por funcionario o persona que carezca de la investidura oficial de Notario, mal puede considerársela como prueba regular y de mérito, ya que la atribución de expedir copias de ella es propia de los Notarios a quienes no es, legalmente, procedente desplazar en sus actos comunes por otros funcionarios".

Pues bien, dado el supuesto de que un Secretario expida copias de una escritura que obra en un determinado proceso, cuyo conocimiento está a cargo del Juzgado donde ejerce tal cargo, no obstante esa calidad, no podrá el juzgador tenerla en cuenta, por cuanto los términos de la ley son perentorios: la copia debe ser autorizada únicamente por el funcionario encargado del protocolo, o sea, por el Notario. Se trata de una función exclusiva de él, de una formalidad trascendente que obliga a su acatamiento.

Las copias de las escrituras públicas, generalmente, deben expedirse tomadas de la matriz, que queda incorporada al protocolo, pues, sólo excepcionalmente, la ley permite valorar probatoriamente las copias de copias, porque éstas no están investidas de la necesaria y suficiente garantía para la mejor veracidad del contenido de los instrumentos públicos, que se las imprime la fe pública depositada por el legislador en los Notarios. De allí, que sólo cuando falte el protocolo o el registro —artículo 630, inciso 2º del Código Judicial— y esta circunstancia sea certificada por el Notario o el Registrador, según el caso, la ley le otorgue mérito a la copia de copia, teniendo en cuenta el principio de que la prueba sufre, desmejora a medida que se aleja de su fuente.

2º—El artículo 2673 del Código Civil, enseña: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código". Disposición que tiene su aplicación y desarrollo, en juicio a través de la regla de derecho probatorio consignada en el artículo 630 del Código Judicial, la cual exige que las escrituras públicas para ser estimadas como prueba, deben ser presentadas en copias autorizadas por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el correspondiente registro.

El registro es el medio de tradición de los derechos sobre bienes inmuebles, así como de publicidad de los actos y contratos que trasladan o mudan esos derechos. De esta regla nace la probatoria de que la falta de registro de una escritura impide estimarla judicialmente o como elemento de convicción, porque es falta de mérito. Es decir, que por este medio, el legislador subordina el mérito probatorio de las escrituras públicas a su inscripción en las Oficinas de Registro. De aquí, la jurisprudencia de la Corte que expresa:

"En un acto sometido al registro deben distinguirse dos cosas: El acto o contrato en sí mismo considerado y el registro de éste. El acto o contrato queda perfecto desde que las partes convienen en lo pactado y desde que firman la escritura pública cuando el contrato es solemne. El registro no da solemnidad al acto sino que tiene el fin u objeto a que se refiere el artículo 2637 del Código Civil. Servir de medio de tradición del dominio es uno de los objetos del registro, pero la tradición es una de las consecuencias u obligaciones de todo contrato de venta, y en tratándose de cierta clase de bienes se verifica por el registro, artículo 756 del Código Civil, que sienta el principio general y que desarrolla y precisa aún más el artículo 759 ibidem. La tradición puede verificarse mucho tiempo después de la celebración del contrato, y, verificada, se retrotrae a la época del pacto, efecto retroactivo que no se produce cuando entre la celebración y su registro ha habido interferencia de otro registro. La eficacia legal de un título sometido al registro no surge o no tiene operancia sino cuando se ha verificado éste; por eso enseña el artículo 2673 que ningún título sometido al registro podrá tenerse como prueba sino cuando se halle debi-

damente registrado y el artículo 630 del Código Judicial preceptúa que la escritura pública, para ser estimada como prueba, debe presentarse con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Mas la apreciación de la eficacia de esta clase de títulos, como de toda prueba, la hace el juzgador al pronunciar la sentencia, teniendo en cuenta si el título sometido al registro está registrado o no, cuando vaya a pronunciar su fallo".

3º—También han sido doctrinas reiteradas de la Corte sobre el alcance del artículo 597 del Código Judicial: las de que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, y se llena esta formalidad, entre otros casos, cuando se han acompañado a los escritos de demanda o de excepciones; para que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza el artículo 597 citado. De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el mencionado artículo. Y por último, la de que el artículo 597 del Código Judicial, no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes.

4º—Trasladando las doctrinas expuestas al campo práctico del litigio, es notoria la oposición de la sentencia con el contenido de ellas, y como es obvio, con las reglas de derecho positivo de donde la labor de la jurisprudencia las ha extraído.

En primer término la prueba consiste en la copia de la escritura 1010, de 13 de noviembre de 1952 y de la Notaría del Circuito de Calarcá, quedó reducida en el litigio a una simple copia de copia. En efecto, en la demanda principal se dice acompañar una copia de dicho instrumento, pero antes de que quedara legalmente trabado el pleito con la notificación del auto admisorio de la demanda y con la litis contestatio, fue objeto de un desglose, con lo cual sólo quedó en el expediente, una copia preparada y autorizada por el Secretario del Juzgado, con la consecuencia procesal y probatoria de que ella, en esa forma, no podía ser tenida en cuenta por el juzgador en su decisión de fondo, pues, ni siquiera estaba en presencia de la situación excepcional de la falta de protocolo o de registro —artículo 630, inciso 2º del Código Judicial— comprobada con la certificación del Notario o con la del Registrador, en su caso. Como tampoco hay constancia en el expediente de que la copia que se dice acompañada a la demanda, lo fuera en realidad y hubiera sido recibida en la Secretaría del Juzgado.

En segundo lugar, aún dándole entrada al proceso, a la copia que se afirma acompañada al libelo principal, si en realidad así aconteció, lo fue sin la nota de registro que exige, en estos casos, el artículo 630 del Código Judicial. Así se deduce claramente de la copia preparada y autorizada por el Secretario del Juzgado y de la afirmación terminante del Juez del conocimiento en la relación de las pruebas presentadas por la parte demandante en el juicio.

Aun cuando, ordinariamente, se subordina el mérito probatorio de las escrituras a la realización normal de su inscripción en las oficinas de registro, no es necesario que en el momento de su presentación aparezca demostrado ese registro, pues, es en el fallo de fondo donde se califica su fuerza probatoria, de donde se infiere que la irregularidad inicial de la falta de la nota de registro, bien puede ser corregida dentro de los respectivos términos probatorios de los negocios. Así, procesalmente no se requiere que se complete la prueba de la escritura pública en el momento de su aducción sino en la oportunidad propia para decidir sobre su mérito. Pero, en el presente negocio, aquella irregularidad trascendente no fue allanada por el interesado en hacerlo dentro de la oportunidad propia y fatal. Así, erraron los juzgadores de instancia en sus respectivas sentencias al tomar en cuenta la prueba de la copia de la escritura 1010 de 13 de noviembre de 1952, no sólo por haberle dado mérito probatorio como copia de copia, sino por haberla tenido en cuenta al ser presentada sin la correspondiente nota de registro, y sin que una ni otra situación graves, probatoriamente hablando, hubiesen sido corregidas en tiempo legalmente oportuno.

Por otro aspecto de la impugnación, el de la copia de la escritura 1010 de 13 de noviembre de 1952 de la Notaría del Circuito de Calarcá, que aparece agregada en uno de los cuadernos del expediente, debe observar que ella fue allegada a él sin saberse por quién, ni en qué momento procesal. No hay constancia de que ella fuera acompañada a los escritos de demanda o de contestación de ésta o de excepciones; ni pedida, decretada y practicada como prueba, conforme a una de las cuatro formas o maneras que señala el ar-

título 597 del Código Judicial, y con observancia del procedimiento señalado en el artículo 636 ibidem. Pero, en realidad de verdad, esta copia no fue tenida en cuenta por el juzgador en su decisión de fondo, sino la copia que quedó de ella, preparada y autorizada por el Secretario del Juzgado, a consecuencia de su desglose, y cuyo alcance probatorio lo fijó en el juicio el Tribunal, en el sentido de darle el mérito de plena prueba de la existencia del contrato de compraventa demandado, para decretar su resolución, con lo cual quebrantó las reglas de procedimiento y de derecho probatorio a que alude el recurrente, por error de derecho en su apreciación, que lo condujo a la violación de las disposiciones sustantivas citadas en la impugnación de la sentencia.

Para integrar el fallo de instancia que debe proferir la Corte con motivo del éxito del cargo estudiado, que incide en la totalidad de la parte resolutiva de la sentencia recurrida en casación, sólo resta agregar que, ha sido doctrina constante de la Corte la de que: "El Juez no puede declarar la nulidad o inexistencia de un contrato de venta de bienes raíces, ni la resolución de él si el título que presenta el demandante, como prueba de su existencia en juicio, carece de registro o de la nota correspondiente. Porque, no pudiendo el juzgador darle fe a tal instrumento, no hay cómo examinar si el contrato adolece o no de los vicios anotados por el demandante".

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 26 de mayo de 1955, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; revoca la de fecha 21 de septiembre de 1953 del Juzgado del conocimiento y en su lugar resuelve:

Absuélvese al demandado de todos los cargos de la demanda.

Costas en las instancias a cargo del demandante y sin ellas para el recurso de casación.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Estubar. Jesús María Arias — Guillermo Garavito Durán. Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas. Jorge Soto Soto, Secretario.

RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES.—LA PROVIDENCIA QUE DECLARA RECONSTRUIDO EL JUICIO DEBE SER PROFERIDA EN SALA DE DECISION CUANDO SE ADELANTE LA RECONSTRUCCION ANTE UN TRIBUNAL. NULIDADES POR INCOMPETENCIA DECLARABLES DE OFICIO EN EL RECURSO DE CASACION

I.—Examinando el articulado del Decreto 4135 de 1948, en él se observa sin mayor esfuerzo que está redactado para determinar que si el caso de la reconstrucción ha de llevarse a cabo o realizarse ante el Tribunal Superior, el Magistrado Ponente podrá o deberá dictar todas las providencias que tiendan a la prosecución del juicio, y que la sentencia o providencia que hubiere de concluir o terminar esa secuela de la reconstrucción, debería ser proferida por los tres Magistrados que constituyen la Sala de Decisión, y sólo con las firmas de los tres Magistrados lograría ese acto procesal adquirir el carácter que le imprime la ley.

Al referirse el artículo 10 al evento en que el demandado conviniere en la existencia del juicio; en que se han dictado las resoluciones indicadas bajo juramento por el pedimento del demandante; en que se ha surtido la actuación señalada; en que se adujeron las pruebas anunciadas y en el estado en que se encontraba el juicio en el momento de la actuación, expresa en manera precisa que "el Juez dictará auto en que así lo reconozca".

Esa expresión del texto legal, tan común en nuestra legislación, significa que si se trata de asunto que hubiera sido destruído en el Tribunal, es a éste a quien corresponde decidir sobre la reconstrucción. Y al decirse o entenderse "Tribunal", no puede ello envolver otra idea que la de una Sala, y nunca un Magistrado. Porque para ello habría sido menester disposición especial al respecto. Los Tribunales ejercen sus funciones por medio de sus Salas, salvo disposición contraria, que para este caso no la hay. Así se desprende de nuestro mandato sobre organización judicial.

El inciso 3º del artículo 14 del Decreto cuyo examen se concreta, explica con meridiana claridad que en esas diligencias de reconstrucción de procesos, practicadas las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer, el secretario dará informe "al Juez o Tribunal, quien deberá fallar dentro de los términos legales". Ya en el primero se había dicho que la práctica de esas pruebas suspendería el término que para fallar tenía el "Juez o Tribunal". El artículo 24 del mismo Decreto establece el recurso de súplica ante los restantes Magistrados de la Sala de Decisión en el caso en que un solo Magistrado profiera un auto interlocutorio en la tramitación del juicio de reconstrucción.

Y la mayor parte de los artículos finales del mismo texto legal, precisan cómo la aludida tramitación ha de concluir con una sentencia, muy particularmente al referirse a aquellas circunstancias que requieran especial intervención contra personas que hayan declarado falsamente.

Además, dado el carácter de inmodificable que el legislador de emergencia le imprimió a esos fallos al tenor de la parte final del inciso 1º del art. 14, pues determinó que contra esa clase de providencias no se admitirá recurso alguno, se colige que tan grave responsabilidad en la administración de justicia por medio de un Tribunal no iba a establecerse excepcionalmente restringiendo los medios conducentes al mayor acierto en los fallos.

Proferida entonces una providencia de esta naturaleza por el Magistrado Sustanciador y conocidos en forma dilatada sus errores y vicios, ella conduce a desestimar como ley del proceso esa providencia, desde luego que hay lo que con mucha propiedad podría denominarse sustracción de materia, y para la Sala, lo que con posterioridad a aquella actuación se adelantó,

queda sin fundamento procesal en la secuela del juicio. Esa misma suerte corrió la subsiguiente tramitación, inclusive la sentencia que dictada por el Tribunal en pleno fue recurrida en casación.

2.—La sentencia recurrida fue pronunciada con base en una viciada resolución de reconstrucción del juicio. En esas condiciones, el Tribunal carecía de competencia para continuar la actuación de la segunda instancia y proferir el fallo recurrido. La competencia es uno de los presupuestos procesales y condición previa indispensable para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio. La falta de competencia da lugar a nulidad procesal que puede decretarse de oficio, al tenor de pertinentes disposiciones del C. J.

La realidad jurídica y de derecho procesal colombiano es, que la competencia para declarar las nulidades procedimentales se halla subordinada a fórmulas concretas en las instancias; trámite específico o incidental, claramente determinado por la ley, y que en casación implican la obligada acusación de la sentencia por dicho motivo (causal 6ª, artículo 520 C. J.). Y el hecho de inhibirse la Sala de conocer de la demanda de casación, o mejor, del recurso, llevaría en definitiva a darle el sello de la ejecutoria a un fallo inválido, para que a pesar de esa invalidez, pueda y deba ser ejecutado.

En el presente caso precisa escoger un medio o sistema que no envuelva creación de problemas para el futuro y pueda acarrear perjuicios a los interesados. Debe procurarse la clarificación del procedimiento y restablecerse el necesario orden procesal.

De aquí, que la Sala para obviar aquella trascendente situación de injusticia, recurra al medio extraordinario, si así puede calificarse, de optar por la aceptación formal de las demandas de casación, sin entrar a su estudio de fondo, sino simplemente para adquirir la necesaria facultad a fin de poder infirmar la sentencia recurrida, con el único objetivo de adquirir como juzgador de instancia el imperio suficiente para decretar la nulidad constitucional de que se ha venido haciendo referencia, como que su existencia se opone a un texto de nuestra carta y a reglas de procedimiento expedidas en estado de emergencia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas)

La Corte Suprema de Justicia entra a resolver acerca del recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia dictada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, con fecha primero de marzo del año de mil novecientos cincuenta y uno, en el titulado juicio ordinario que la sociedad anónima "Empresa de Tipacoque, S. A. en liquidación" y otros coadyuvantes, iniciaron y siguieron en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá contra "las siguientes personas y entidades: doctor Liborio Cuéllar Durán, en su calidad de último Gerente de la sociedad anónima 'Empresa de Tipacoque S. A.' y en su propio nombre; al Banco Agrícola Hipotecario de esta ciudad, representado por su Gerente doctor Juan Salgar Martín; a la Compañía Minera de Tochal y Babatá, sociedad ordinaria de Minas representada por su director doctor Gabriel Durana Camacho; y al señor Efraín Sandoval...".

Para los efectos de las conclusiones a que ha de llegar la Sala y por lo que manifiestan quienes se han pronunciado en una u otra forma en diversas y sencillas comunicaciones o laboriosos alegatos, en memoriales de demanda o escritos de oposición, en la actuación adelantada ante el H. Tribunal Superior de Bogotá y ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, los antecedentes de este pleito alcanzan suprema trascendencia y constituyen la presentación de una serie de problemas, cuya raíz o base quiso hallar la Sala para someterla a detenido estudio y propender de esa manera a la mejor solución de la cuestión o cuestiones debatidas o controvertidas.

Y llegó la Sala a entender que se constituyó una sociedad anónima, organizada por personas con vinculaciones familiares, las unas, para la explotación de una importante cantidad de terreno, en la cual quedaba comprendida la hacienda denominada Tipacoque, con un fondo social de alguna significación pecuniaria; que luego hubo reformas sociales y tanto antes como después de éstas, la sociedad realizaba operaciones varias cuya ubicación jurídica corresponde examinar y precisar a la justicia.

Que como hubo desacuerdos entre los accionistas, alguno o algunos de ellos recurrieron a las

autoridades jurisdiccionales para lograr la designación de un liquidador, y nombrado éste, formuló peticiones múltiples en escrito en que se relataron muchos hechos y se plantearon innumerables problemas a decidir por la justicia ordinaria.

Al entrar la Sala al examen a fondo con la finalidad anotada de realizar un estudio pormenorizado y detenido de los diversos aspectos y temas jurídicos presentados, halló lo siguiente:

Que el día primero de marzo del año de mil novecientos cincuenta y uno, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, profirió la sentencia que firmada por tres Magistrados que constituían la Sala de Decisión, se dijo dictada en "el juicio ordinario que la sociedad anónima 'Empresa de Tipacoque S. A., en liquidación' y otros coadyuvantes, iniciaron contra el Banco Agrícola Hipotecario y otros, y que se tramitó en primera instancia en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, según quedó establecido al decretar la reconstrucción, fue decidido en el Juzgado con sentencia fechada el 23 de junio de 1947...".

Que el Honorable Tribunal consideró que se trataba de un juicio ordinario propuesto por la sociedad anónima llamada "Empresa de Tipacoque S. A. en liquidación", representada por su liquidador, coadyuvada por Soledad Tejada viuda de Calderón (hoy fallecida), José Miguel Tejada, Guillermo Márquez Calderón y el doctor Nicolás Torres Niño, contra el doctor Liborio Cuéllar Durán en su propio nombre y como último Gerente o representante de la sociedad demandante Empresa de Tipacoque S. A., Banco Agrícola Hipotecario, representado por el Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Compañía Minera de Tochal y Babatá, y el señor Efraín Sandoval.

Que contra la providencia del Tribunal interpusieron recurso de casación para ante esta Corte, el personero de los demandantes y el demandado señor Efraín Sandoval.

Que concedido el recurso, el Tribunal envió a la Corte el expediente respectivo en el mes de mayo de 1951. Que el recurso fue admitido y tramitado ante la Sala de Casación Civil y el asunto espera fallo desde comienzos del año de 1952.

Que al entrar a ejercer sus funciones el nuevo personal de la Corte Suprema de Justicia, el negocio fue repartido nuevamente y entró al despacho para su solución el día 17 de septiembre del corriente año de 1956.

Que se trata en el presente de un caso de reconstrucción de procesos civiles que fueron destruídos en el Palacio de Justicia de esta ciudad en los trágicos y deplorables sucesos del mes de abril del año de 1948, y que dicha calamidad pública dio lugar a que por el Gobierno Nacional fueran dictados, entre otros, los decretos números 1683 (decreto-ley) de 19 de mayo de 1948 y 4135 de 16 de diciembre del mismo año, normativos ambos de la manera como debía procederse en ese caso excepcional y extraordinario para reconstruir los procesos civiles que estaban pendientes en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial y en los Juzgados del Circuito, "a fin de facilitar la continuación de los juicios". El último de los decretos citados fue dictado por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la República, por medio del artículo 27 de la ley 90 del año mencionado.

Que cuando se surtía la tramitación de la segunda instancia en el pleito en mención, ocurrieron los hechos desgraciados a que se ha hecho referencia y que entre los expedientes destruídos por la acción del fuego, fue el contentivo de la actuación uno de ellos.

Que acogiéndose al primero de los decretos de la indicada legislación de emergencia, el personero de la parte demandante, en libelo de agosto 14 de 1948, formuló ante el Honorable Tribunal de este Distrito Judicial, "Demanda de reconstrucción del juicio civil ordinario de mayor cuantía, promovido por el Liquidador de la Empresa de Tipacoque S. A. en liquidación, y por varios accionistas coadyuvantes, contra el Banco Agrícola Hipotecario, la Compañía Minera de Tochal y Babatá, el doctor Liborio Cuéllar Durán en su propio nombre y como último Gerente de la sociedad anónima 'Empresa de Tipacoque S. A.' y el señor Efraín Sandoval".

Que el Tribunal Superior con la dirección y firma de uno de los señores Magistrados, adelantó diligencias de reconstrucción hasta el día quince de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y nueve, fecha en la cual dictó providencia que finalizó el proceso de reconstrucción a que había dado lugar la demanda formal a que ya se ha hecho alusión.

Que en la recién citada providencia se dijo:

"En vista de lo anterior, y de lo que disponen los artículos 10 y 11 del decreto legislativo número 1683 de 1948, resuelve:

"1º—Decrétase la reconstrucción del juicio or-

dinario que adelantaba la Compañía llamada "Empresa de Tipacoque S. A.", representada por su liquidador, coadyuvada por Soledad Tejada viuda de Calderón (hoy fallecida), José Miguel Tejada, Guillermo Márquez Calderón y doctor Nicolás Torres Niño.

"2º Declárase que dicho juicio se inició con la demanda que en copia a carbón forma los folios 257 a 295 del cuaderno 1º; que dicha demanda fue repartida al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, admitida allí y debidamente notificada a los demandados que lo fueron el doctor Liborio Cuéllar Durán en su propio nombre y como último Gerente o representante de la Sociedad demandante Empresa de Tipacoque S. A., Banco Agrícola Hipotecario, representado hoy por el Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Compañía Minera de Tochal y Babetá y señor Efraín Sandoval, cuyas condiciones civiles quedan consignadas en los varios documentos que hoy obran en el expediente;

"3º— Reconócese que dicho juicio se adelantó por todos sus trámites, sin vicio de procedimiento, en su primera instancia, y que fue decidido allí con la sentencia de veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y siete que en copia a carbón y cuya autenticidad se declara, forma los folios 36 a 134 del cuaderno número 2;

"4º—Declárase igualmente que de dicho fallo apelaron los demandados Banco Agrícola Hipotecario y Efraín Sandoval, por conducto de sus respectivos apoderados;

"5º —Acéptase como una verdad procesal, que llegado el expediente al Tribunal, fue repartido al suscrito Magistrado, fijado en lista, abierto a prueba, que aquí se decretaron y practicaron algunas pruebas, y que estaba pendiente el incidente de exhibición de que da cuenta el memorial que en copia forma los folios 138 a 142 del cuaderno número 2, y otras piezas que hoy hacen parte de este expediente;

"6º—Reconócese igualmente como una verdad procesal que el término para pedir pruebas en segunda instancia había vencido; que se pidieron y decretaron las que se relacionan en los respectivos memoriales traídos en copia, excepción hecha de la exhibición que, como se deja consignado en el ordinal anterior, estaba pendiente el incidente, y que se hallaba en curso el segundo período de pruebas, o sea el señalado para practicarlas, cuyo término debió fijarse pero no fue indicado por las partes; y,

"7º—Reconócese como verdaderos todos los documentos allegados a este juicio, tanto los acompañados en copia a la demanda de reconstrucción, como los presentados por el demandado Efraín Sandoval y los aducidos en el término de prueba de la reconstrucción, documentos que se declaran como parte integrante del proceso hoy reconstruido por medio de esta providencia.

"En consecuencia se dispone que una vez en firme esta providencia, siga el juicio su curso legal. Cópiese y notifíquese". (Firmados), José V. Morales, Francisco A. Martínez Rico.

Con base en la providencia anteriormente trascrita en su parte resolutiva, se consideró reconstruído el juicio ordinario a que se ha hecho referencia y se siguió la actuación hasta culminar en la sentencia que recurrida por algunos de los interesados ha sido motivo de la intervención de esta Sala.

En el desarrollo lógico del estudio de la Sala y de conformidad con lo que viene preceptuado en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, fue menester buscar, por lo menos, la demanda inicial del pleito y la respuesta que a ella dieran los demandados, porque como lo reza el inciso final del artículo citado, "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Este criterio viene sostenido en forma invariable por la Corte Suprema y para demostrarlo basta citar unas doctrinas que han tenido aceptación general:

En casación de 30 de marzo de 1943, se dijo:

"Toda sentencia tiene que ajustarse a la demanda y su respuesta, so pena de infringir disposiciones que son, por así decirlo, de derecho universal y que nuestro Código Judicial consigna en su artículo 471, complementado desde este punto de vista con lo que establece el artículo 520, en el numeral 2º...".

En sentencias de 2 de octubre de 1945, agosto 17 de ese mismo año, 4 de febrero de 1948, 19 y 20 de octubre también de 1948, se produjo la Corte así:

"El artículo 471 del C. J., in fine, señala aquello a que debe ceñirse o circunscribirse la sentencia en cada caso, al extremo de que hay lugar a casación en el evento contemplado por el artículo 520, motivo 2º; y el artículo 593 requiere demostración plena y completa al referirse a los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial".

Y, finalmente, la misma entidad jurisdiccional,

se expresó así en sentencia de agosto de 1947:

"La demanda es la pauta obligada del juicio y determina el contenido de la controversia que se inicia. De ahí que el abandono de sus lineamientos encarna el fenómeno de lo **ultra petitum** a que se refiere el artículo del Código Judicial, cuando prescribe que la sentencia debe estar en consonancia con la demanda".

De suerte que debe la Sala dejar establecido que el estudio en que está empeñada conlleva la urgencia de conocer la demanda y las respuestas que a ella dieran los demandados. Las razones para tal aserto son claras y parecen agotadas las consideraciones sobre esos particulares.

Como se trata de un proceso reconstruído, precisa examinar en el fondo y en su forma la providencia que hace de cimiento de toda la organización procesal. Ella es la proferida por uno de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y cuya parte resolutiva se ha transcrito arriba.

En lo que hace al valor procesal de tal proveído, la Sala tiene que afirmar que él adolece de graves defectos en su formación y nacimiento, que impiden que se le pueda considerar como con capacidad formal para establecer la necesaria verdad que determine resoluciones de la Corte.

En efecto, los incendios y hechos calamitosos que destruyeron el aludido juicio ordinario de cuya reconstrucción se trataba, se produjeron los días nueve y siguientes del mes de abril del año de 1948.

La demanda de reconstrucción del proceso civil fue presentada el día catorce de agosto del dicho año. Y la providencia final de ese juicio o trámite de reconstrucción, fue proferida el día quince de noviembre del año de 1949.

Como reglamentos procesales de toda esa situación, podemos citar los ya mencionados decretos 1683 y 4135 de 19 de mayo y 16 de diciembre de 1948, a que ya se aludió al comienzo de esta pieza.

Por expreso mandato del artículo 28 del decreto últimamente nombrado, el primero de ellos perdió su vigencia con el nacimiento del segundo. El artículo dice lo siguiente:

"Este decreto regirá desde el momento en que, a virtud del levantamiento del estado de sitio, cese la vigencia de los decretos 1683 y 2327 de 1948".

El estado de sitio fue levantado por medio del decreto número 4144 de 16 de diciembre de 1948, y desde ese día, pues, quedó sin vigencia el 1683 y entró en vigor el 4135. Ello quiere decir que la demanda de reconstrucción fue propuesta al amparo del 1683, que regía entonces, y la providencia final de esa tramitación alcanzó vida legal bajo el imperio del decreto dictado por el Gobierno en uso de las autorizaciones extraordinarias de que lo invistió el Congreso Nacional.

Para llegar a las conclusiones de este estudio, basta examinar el articulado del decreto Nº 4135, en el cual se observa sin mayor esfuerzo que él está redactado para determinar que si el caso de la reconstrucción ha de llevarse a cabo o realizarse ante el Tribunal Superior, el Magistrado ponente podrá o deberá dictar todas las providencias que tiendan a la prosecución del juicio, y que la sentencia o providencia que hubiere de concluir o terminar esa secuela de la reconstrucción, debería ser proferida por los tres Magistrados que constituyen la Sala de Decisión, y sólo con las firmas de los tres Magistrados lograría ese acto procesal adquirir el carácter que le imprime la ley.

Al referirse el artículo 10 al evento en que el demandado conviniere en la existencia del juicio; en que se han dictado las resoluciones indicadas bajo juramento por el pedimento del demandante; en que se ha surtido la actuación señalada; en que se adujeron las pruebas anunciadas y en el estado en que se encontraba el juicio en el momento de la actuación, expresa en manera precisa que "el Juez dictará auto en que así lo reconozca".

Esa expresión del texto legal, tan común en nuestra legislación significa que si se trata de asunto que hubiere sido destruído en el Tribunal, es a éste a quien corresponde decidir sobre la reconstrucción. Y al decidirse o entenderse "Tribunal", no puede ello envolver otra idea que la de una Sala, y nunca un Magistrado. Porque para ello habría sido menester disposición especial al respecto. Los Tribunales ejercen sus funciones por medio de sus Salas, salvo disposición contraria, que para este caso no la hay. Así se desprende de nuestro mandato sobre organización judicial.

El tercero de los incisos del artículo 14 del Decreto cuyo examen se concreta, explica con meridiana claridad que en esas diligencias de reconstrucción de procesos, practicadas las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer, el secretario dará informe "al Juez o Tribunal, quien deberá fallar dentro de los términos legales". Ya en el primero se había dicho que la práctica de

esas pruebas suspendería el término que para fallar tenía el "Juez o Tribunal". El artículo 24 del mismo decreto establece el recurso de súplica ante los restantes Magistrados de la Sala de Decisión en el caso en que un solo Magistrado profiera un auto interlocutorio en la tramitación del juicio de reconstrucción.

Y la mayor parte de los artículos finales del aludido texto legal, precisan cómo la aludida tramitación ha de concluir con una sentencia, muy particularmente al referirse a aquellas circunstancias que requieran especial intervención contra personas que hayan declarado falsamente.

Evidentemente, la redacción un tanto antitécnica de algunos artículos pudo llevar al Magistrado sustanciador que profirió el fallo de la reconstrucción al error de resolver él solo una cuestión de tanta importancia, trascendencia y magnitud como lo es la de dar por existente un proceso. Y dado el carácter de inmodificable que el legislador de emergencia le imprimió a esos fallos al tenor de la parte final del inciso primero del artículo 14 precitado, pues determinó que contra esa clase de providencias no se admitirá recurso alguno, se colige que tan grave responsabilidad en la administración de justicia por razón de un Tribunal no iba a establecerse excepcionalmente restringiendo los medios conducentes al mayor acierto en los fallos.

Tanto el personero del demandante como el Magistrado sustanciador y los restantes miembros de la Sala de Decisión del Honorable Tribunal de Justicia, entendieron también que la competencia para resolver a fondo la demanda de reconstrucción del juicio ordinario, residía o estaba radicada en una Sala integrada por tres Magistrados. No otra explicación puede darse a estos pasajes que la Sala de Casación se permite transcribir:

"Llamo la atención al H. Magistrado, que en varias ocasiones me ha tocado reclamar sobre equivocaciones como las anotadas. En caso de que no sea atendida mi petición de reconsideración del auto aludido, interpongo desde ahora el recurso de súplica por ante la Sala Dual". (Escrito del personero del demandante, que corre a folios 48 del cuaderno número 3).

"Tribunal Superior del Distrito Judicial.—Bogotá, diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.—Para efectos del recurso de súplica a que hace referencia el anterior memorial, pasé el negocio a los señores Magistrados restantes de la Sala.—Cúmplase.—J. V. Morales.—Martínez, Secretario".

"Como es procedente y se interpuso en tiempo el recurso de súplica contra el auto de veintidós de abril pasado, pues el Magistrado doctor Morales no procede como Juez ad-quem, los Magistrados restantes de la Sala acogen dicho recurso, y para resolverlo se considera". (Providencia de 24 de abril de 1949).

Es inobjetable, pues, que el pensamiento de Magistrados y parte, era el mismo que se cabeza en esta resolución: que para definir el problema debatido de la reconstrucción del juicio ordinario, menester era una sentencia proferida por la Sala de Decisión.

Está la Sala, ya se ha dicho, en presencia de una providencia o sentencia que debiendo ser expedida por los tres Magistrados integrantes de la Sala de Decisión lo fue sólo por uno. Y ello tiene con fuerza que incidir en la solución del caso presente. Porque para la Sala no puede ser sentencia de reconstrucción la que se ha procurado estudiar en el presente trabajo. Máxime, si es con base o fundamento en ella como la Corte puede saber cuáles son los documentos que han de constituir los pilares que hayan de sostener la sentencia de fondo que el caso requiere.

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en emitir conceptos similares a los que se vienen exponiendo. Y sobre el particular la doctrina tiene sus raíces profundas en la historia de nuestro derecho procedimental.

En junio de 1898 dijo:

"El auto que debiendo ser firmado por los Magistrados que componen la Sala plural de Decisión, lo ha sido sólo por el Magistrado sustanciador, no tiene valor jurídico y no produce los efectos de la instancia".

Antes había dicho:

"Es nulo el auto de un Tribunal Superior que no aparece con las firmas de los Magistrados que, de acuerdo con la ley, han debido suscribirlo".

En 1936, se expresó así la misma entidad:

"La Corte no adquiere jurisdicción para conocer por apelación de una sentencia dictada por un Tribunal de Distrito Judicial, cuando el auto en que se concede la apelación sólo está firmado por un Magistrado y el Secretario. En tal caso lo procedente es devolver el expediente al Tribunal sentenciador para que conceda el recurso en forma legal".

Estas doctrinas y otras más que pudieran ser transcritas para robustecer o respaldar el criterio de la Sala, tienen fundamento de carácter universal y hallan base firme en la Constitución

de la República. Porque las normas que el legislador expide para indicar cómo ha de ser la marcha de los procesos y los requisitos de que deben estar rodeados o con los cuales es menester integrarlos o constituirlos, son de orden público, desde luego que hay un interés social en que la justicia —caso presente— sea el resultado del cumplimiento de todos aquellos requisitos y reglamentos. Se considera que sólo así se acierta, se está con la verdad y se cumple tan importante como eminente labor, en la que más que los simples intereses particulares está empeñada la sociedad en que ello sea así.

Por eso la Constitución Nacional aporta el artículo 26, cuyo texto es como sigue:

"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 Corte se ha venido pronunciando con marcada claridad sobre tan interesante tema de las nulidades o vicios por defectuosa tramitación en los juicios. La Sala se permite transcribir tres sentencias, una de ellas en materia penal, que contienen doctrina aplicable al caso en estudio:

"El proceso es un hecho jurídico complejo producido por una serie de actos que se realizan en diferentes intervalos y que se llevan a cabo ya por las partes, bien por el órgano público. De ahí el doble aspecto de un proceso civil: formal en cuanto es realización de la norma adjetiva o ritualia que acondiciona las distintas actividades dichas, para alcanzar la finalidad perseguida; substancial, en cuanto el desarrollo de esas actividades ha conducido a la realización de todos los derechos subjetivos incoados, sea que ellos provengan de la realización inmediata de la relación jurídico-procesal o directamente de la acción sustantiva ejercitada". (S. de 22 de octubre de 1935. GACETA JUDICIAL número 1907, pág. 374. Tomo XLIII).

"La ley procesal, en cuanto regula la forma de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla procesal". (S. de 2 de octubre 1951, G. J. 2113, pág. 680. Tomo LXXI).

"Aparte de las nulidades previstas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., de las cuales unas son absolutas y relativas otras, lo que quiere decir que para hacerlas valer es preciso cumplir los requisitos que los mismos artículos que la consagran le imponen a las partes, la jurisprudencia ha convenido en ampliar un poco la órbita limitada en la ley con respecto a esta materia; y así han surgido en los debates de casación las llamadas 'nulidades constitucionales', porque tienen su origen en una norma del estatuto fundamental que traza pautas insalvables para los juzgamientos, entre las cuales y como de carácter más radical y sustantivo figuran estas dos: ley anterior al delito y tribunal competente. Pero también ordena que se observen las formas propias del juicio, que no pueden ser otras que las establecidas en las leyes procesales". (G. J. número 2162, página 1124).

Dadas estas explicaciones, canonizadas o respaldadas por principios convincentes que emanan de esta misma entidad jurisdiccional, para la Sala no puede ser elemento digno de tomarse en cuenta al desatar la litis que aporta esta actuación, la demanda a otros instrumentos que ordena considerar reconstruidos la sentencia del Tribunal, firmada por uno solo de los Magistrados, aludida en este estudio.

Proferida por el Magistrado sustanciador la providencia referida y conocidos en forma dilatada los errores y vicios que hicieron imposible su vida legal, para la Sala, lo que con posterioridad a aquella actuación se adelantó, queda sin fundamento procesal en la secuela del juicio. Esa suerte corrió, pues, la subsiguiente tramitación, inclusive la sentencia que dictada por el Tribunal en pleno fue recurrida en casación. Dicha providencia queda por lo mismo sin basamento en el proceso.

Las razones para que ello sea así, son obvias, se desprenden de la misma naturaleza de las leyes formales, que no permiten o toleran lagunas en la legitimidad procesal, sino que —atemperándose a la carta fundamental de la República— por cuestiones de orden público e interés social, exigen en manera rigurosa el cumplimiento de los mandatos rituales en la secuela de los juicios.

Este criterio ha venido inspirando a la Corte en muchos casos, y al azar se cita uno cuya sus-

tancia comprende la fuerza persuasiva de cuanto se ha venido afirmando:

La Sala de Negocios Generales dijo en sentencia de veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y dos:

"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 halla 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 declararse".

El aspecto procesal de la cuestión conduce a desestimar como ley del proceso la providencia mencionada, desde luego que hay lo que con mucha propiedad podría denominarse sustracción de materia; pero como se dijo atrás, también abundan situaciones de fondo, que debe la Sala avocar, aunque sea muy a la ligera, ya que con lo que se acaba de exponer, la determinación de la Sala parece suficiente y ampliamente respaldada.

Uno de los párrafos de la providencia del Magistrado sustanciador contiene estos términos:

"Citados los que fueron indicados como demandados o representantes de los demandados, únicamente dejó de contestar el representante de la 'Sociedad Minera de Tochal y Babatá', doctor Gabriel Durana Camacho, quien al ser notificado personalmente manifestó que en la actualidad no era Gerente ni representante de dicha compañía".

Es decir, que la actuación se adelantó sin uno de los demandados, contra expresa prohibición del decreto reglamentario de la materia. El Tribunal tenía a la mano disposiciones legales que resuelven esos casos. La falta de emplazamiento de ese demandado es vicio sobre el cual no debe pasar la Sala.

El Tribunal por medio de la Sala de Decisión se expresó así:

"En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 4125 de 1948, el Tribunal dictó auto para mejor proveer para que fueran traídos en copia auténtica los documentos que obraron en el juicio y no fueron traídos en el período de reconstrucción, sin que en el término que tal disposición señala se hubiera puesto en juego la actividad de las partes para dar cumplimiento a lo que en él se ordenó".

Esto demuestra que la actuación o base para fundar un fallo de la Corte está mútila, y que quisieron las partes asistentes a la reconstrucción, resolver ellos solos una litis en que debían intervenir otras personas, y hacerla rodar por trámites y procedimientos extralegales contrariando el espíritu o fundamento de la ley procesal que, como se ha dicho, tiene su motivo de existencia en razones de orden público. No puede quedar al capricho de los particulares la escogencia de los medios para hacer valer sus derechos, ni la determinación de las pruebas para comprobarlos.

Al folio 95 del cuaderno contentivo de la sentencia del Tribunal, corre un párrafo cuyo texto es como sigue:

"Al reconstruir el juicio, no se allegaron copias de los escritos de contestación a la demanda anterior".

Es indudable que la respuesta a la demanda es documento esencial al decidir una litis, porque es en ese momento precisamente cuando se conocen las pretensiones del demandado y cuando se establece la llamada litis contestatio, pedestal insustituible del juicio.

En la parte considerativa de la providencia que decretó la reconstrucción, expresa el Magistrado sustanciador:

"Las partes no indican (refiriéndose al término de pruebas) si el primer período venció ni cuál fuera el término señalado "para la práctica de las pruebas pedidas".

Sin embargo, al concretar la orden de reconstrucción, manifiesta:

"Reconócese igualmente como una verdad procesal que el término para pedir pruebas en "segunda instancia había vencido", denotando así una flagrante contradicción.

El decreto normativo de la reconstrucción de los procesos es diáfano y terminante al preceptuar que la providencia definitiva de la reconstrucción no admite recurso alguno. Y la que estudia la Sala sufrió ese impacto procesal a pedimento del personero del demandante y del representante del Banco Agrícola Hipotecario, solicitudes que fueron fundadas en puntos de vista de no escasa significación, como lo son los de la apertura a pruebas, la práctica de una de ellas y la circunstancia de haber apelado el demandante

la sentencia del señor Juez del Circuito.

La providencia básica fue reformada o ampliada, y con base en un recurso de reposición sustanciado a cabalidad fueron negados los dos primeros puntos mencionados y aceptado el último. Es decir, de aplicarse la ley estrictamente, rechazando la modificación, la parte demandante perjudicaría su posición al quedar en pie únicamente lo que la primera sentencia expresó por disposición de uno solo de los Magistrados, a saber:

"4º—Declárase igualmente que de dicho fallo apelaron los demandados Banco Agrícola Hipotecario y Efraín Sandoval, por conducto de sus respectivos apoderados".

Quizá si se procede al estudio conjunto de los señores Magistrados no se incurre en tan protuberantes y trascendentales irregularidades.

Finalmente, la sentencia del Tribunal muestra un acapite que es una radiografía de la incertidumbre con que se procedía, influida por la misma providencia del Magistrado sustanciador. Dice así el aparte, al referirse a la personería del demandante y la demostración necesaria de ella:

"Aunque la deficiencia es manifiesta por cuanto no se trajo copia auténtica de la actuación llevada a cabo en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, relativa al nombramiento y posesión del liquidador, la Sala, para efectos de la personería que se estudia, acepta la autenticidad de esos documentos en virtud de lo dispuesto en el auto de reconstrucción".

Toda esta serie de irregularidades, suposiciones de prueba, declaratorias de ser ciertos algunos hechos, incertidumbres, vacíos, pruebas incompletas, negligencias en la práctica de probanzas, cercenamiento de procedimiento, no puede ser la plataforma sobre la cual debe descansar un recurso de casación.

"El mecanismo legal de la casación colombiana — dijo la Corte en sentencia de abril 26 de 1949 —tratando estos mismos problemas— requiere la integridad procesal para la calificación jurídica de la legalidad del fallo acusado, que no puede hacerse a la vista de la sola sentencia, como en otras legislaciones. Y aquí existiría un vacío incolmable que no ofrecería base ninguna para el análisis jurídico que corresponde hacer a la Corte en casación.

"Las condiciones especiales que rodean este caso hacen imposible el recurso de casación por carencia de materia, cualquiera que sea la causal que se invoque en su apoyo: la violación de la ley sustantiva en cualquiera de sus formas, porque para deducirla es imprescindible examinar jurídicamente el negocio en relación con el planteamiento de sus hechos básicos. En el supuesto de que pudiera infirmarse el fallo por la causal primera, estaría la Corte en imposibilidad para decidir en reemplazo sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. Tampoco la segunda, porque la incongruencia en que se funda no puede deducirse en ausencia de la demanda del juicio y su respuesta...".

Todas estas consideraciones pueden parecer extrañas al recurso de casación interpuesto, pero si alguna cosa se ajusta a la realidad procesal es que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, carece del material idóneo sobre el cual pueda basar un fallo de los que le compete formalmente, de conformidad con las normas que rigen esta materia.

En síntesis:

La sentencia recurrida fue pronunciada con base en una viciada resolución de reconstrucción del juicio, como se ha demostrado en cuerpo de esta providencia. En esas condiciones, el Tribunal carecía de competencia para continuar la actuación de la segunda instancia y proferir el fallo recurrido. La competencia es uno de los presupuestos procesales y condición previa indispensable para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio. La falta de competencia da lugar a nulidad procesal que puede decretarse de oficio, al tenor de pertinentes disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

La realidad jurídica y de derecho procesal colombiano es, que la competencia para declarar las nulidades procedimentales se halla subordinada a fórmulas concretas en las instancias; trámite específico o incidental, claramente determinado por la ley, y que en casación implican la obligada acusación de la sentencia por dicho motivo. Causal 6ª, artículo 520 del C. J. Y el hecho de inhibirse la Sala de conocer de la demanda de casación, o mejor, del recurso, llevaría en definitiva a darle el sello de la ejecutoria a un fallo inválido, para que a pesar de esa invalidez, pueda y deba ser ejecutado.

En el presente caso precisa escoger un medio o sistema que no envuelva creación de problemas para el futuro y pueda acarrear perjuicios a los interesados. Debe procurarse la clarificación del procedimiento y restablecerse el necesario orden procesal.

De aquí, que la Sala para obviar aquella trascendente situación de injusticia, recurra al me-

dio extraordinario, si así puede calificarse, de optar por la aceptación formal de las demandas de casación, sin entrar a su estudio de fondo, sino simplemente para adquirir la necesaria facultad a fin de poder infirmar la sentencia recurrida, con el único objetivo de adquirir como juzgador de instancia el imperio suficiente para decretar la nulidad constitucional o de que se ha venido haciendo referencia, como que su existencia se opone a un texto de nuestra carta y a reglas de procedimiento expedidas en estado de emergencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el primero de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, en el juicio ordinario que la sociedad anónima "Empresa de Tipacoque S. A., en Liquidación", y otros como coadyuvantes, iniciaron contra el Banco Agrícola Hipotecario y otros ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar declara nulo todo lo actuado desde el auto de fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictado por un solo Magistrado del citado Tribunal, por medio del cual se consideró reconstruído el juicio mencionado.

Condénase en costas de la parte anulada a los Magistrados que intervinieron en esa actuación y a las partes.

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

Pablo Emilio Manotas—Jesús María Arias—Daniel Anzola Escobar—Guillermo Garavito Durán. Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V.—El Secretario, Jorge Soto Soto.

CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LA IGLESIA REFERENTE A BIENES TEMPORALES.—LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN SOBRE ESTOS BIENES SON DE CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA COLOMBIANA, CON EL LLENO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL PROCEDIMIENTO CIVIL NACIONAL. — LA RELACION JURIDICO-PROCESAL. —PRESUPUESTOS PROCESALES Y PRESUPUESTOS O CONDICIONES DE LA ACCION.—EL OBISPO O VICARIO CAPITULAR DE LA DIOCESIS DEBE DEMOSTRAR EN JUICIO QUE OSTENTA ESA CALIDAD, SEGUN EL DERECHO CANONICO. — ACUSACION PARA OBTENER LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LO ACTUADO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO

1.—La acusación aducida para obtener una nulidad de lo actuado, a causa de indebida acumulación de acciones, es improcedente cuando ello fue materia extensamente debatida y resuelta en la actuación procesal, sobre lo cual la Corte no podría ya hacer estudio directo y resolver, mucho menos cuando con ello en nada toca el fallo recurrido que tomó una orientación diferente, única que puede alcanzarse en casación, para saber si al ser impugnado y entrar a fallar como tribunal de instancia, podría la Corte referirse a ese punto del litigio.

2.—El Estado colombiano no sólo acata y respeta la autonomía jurídica de la Iglesia en su orden espiritual, sino también la económica, referente a las cosas o bienes temporales, "res eclesiastica", conforme al canon 726, esto es todo objeto que tenga razón de medio para los fines de la divina Institución, de donde surge su plena capacidad patrimonial, como sujeto activo de toda clase de derechos (canon 1495) con la consiguiente facultad civil de ejercerlos y hacerlos efectivos conforme a las leyes del Estado, como toda persona natural o jurídica.

De modo que cuando se trata de bienes temporales, los textos legales del Estado y los convenios o concordatos con la Santa Sede, regulan su ejercicio, efectividad, etc., pues si la potestad civil en lo espiritual reconoce la absoluta autonomía de la Iglesia, ésta en lo material o corporal reconoce la de aquélla, dentro de las mutuas relaciones de las dos potestades.

3.—La Iglesia, con criterio de alta comprensión, para evitar dificultades, conflictos y desigualdades en el tratamiento procedimental, acepta que las controversias sobre bienes corporales, se sometan a la legislación territorial del Estado donde actúa, LEX FORI (artículo 1º del Convenio Adicional del Concordato), al procedimiento civil nacional, a los funcionarios que administran justicia en lo civil y administrativo, inclusive en veces en lo penal, como lo determinan los artículos 2º y ss. del citado convenio. Así las cosas, es evidente que la controversia se plantea ante el juez civil por las partes, y se cumplen ante dicho funcionario todos los requisitos del procedimiento, inclusive las pruebas, presupuestos procesales, etc., pues un negocio judicial, dentro de la igualdad figurosa que rige para los litigantes, no podría someterse a dos procedimientos diferentes, a normas procesales distintas, cuando se busca la misma finalidad y éstas son de orden público, para todos los sujetos del proceso, salvo excepciones expresas que tienen lugar sólo en lo penal, para el tratamiento personal de los eclesiásticos y la competencia.

Si el procedimiento no fuera el mismo, si las normas probatorias fueran de una legislación para una parte y de distinta para la otra, el principio procesal de la igualdad de las partes se rompería y surgiría doble procedimiento, quizá distinta competencia judicial, conflicto que no existe por virtud de nuestras normas concordatarias atrás expresadas y que sin ellas existiría ya que el sistema de pruebas en lo civil es diferente a lo canónico.

4.—Todo funcionario judicial debe comprender que la demanda es como la llave

que abre el juicio, el acto que lota a las puertas de la primera de sus tres etapas: LA CONSTITUCION REGULAR DEL PROCESO. Esta se integra por tres sujetos o elementos formales: JUEZ, DEMANDANTE Y DEMANDADO: cada uno debe cumplir requisitos o aptitudes especiales, pues no basta su mera presencia en el juicio, para la formación de éste y la viabilidad procesal.

a) El juez debe ser competente, objetiva y subjetivamente, esto es, que la ley orgánica le atribuye el conocimiento para actuar y decidir en la litis planteada y que no tenga impedimento en relación con las partes, para poder ejercer imparcialmente la tutela jurídica que el Estado le confía. Debe pues, en primer lugar, estudiar oficiosamente, el planteamiento que se le hace, quien lo hace y contra quien, para saber si reside en él la facultas ferdicundi, ya por la especie y naturaleza del negocio (facultas in objecto), ya por la calidad de las partes (facultas in subjecto), ya por el lugar o radio de su acción jurisdiccional locativa (facultas in loco).

b) Demandante. Según el principio romano "nemo judex sine actore", corresponde luego estudiar la calidad y situación del demandante o segundo sujeto de la CONSTITUCION PROCESAL ya que en materia civil el juez no obra de oficio, sino cuando el titular de un derecho desatendido por la parte obligada, reclama su intervención para hacerlo efectivo, y es entonces necesario estudiar si dicho actor tiene capacidad para ser parte, esto es capacidad civil para ser sujeto de un derecho como el que invoca en su demanda, y a la vez si tiene capacidad para actuar en el proceso o la tiene quien obra a su nombre, esto es la capacidad procesal o legitimatio ad processum.

c) Demandado. Como al sujeto titular del derecho reclamado, debe corresponder el sujeto titular de la obligación correlativa, o sea el DEMANDADO, también se estudiará respecto de éste, su capacidad para ser parte, o sea sujeto capaz de contraer civilmente obligaciones como la que en la demanda se le exige, e igualmente si tiene capacidad para actuar en el proceso, o la tiene quien se diga representarlo, para su legitimatio ad processum.

El proceso sólo se puede estructurar o armar en su primera etapa fundamental, cuando concurren solidariamente estos tres presupuestos procesales o "pilares del juicio" para que éste pueda iniciarse, desarrollarse y terminar con decisión de fondo, sin vicios que afecten el control de la actuación y originen las EXCEPCIONES y las NULIDADES PROCESALES. Sin ellas no puede surgir la verdadera RELACION JURIDICO PROCESAL y toda actuación marcha hacia el fracaso final. La doctrina exige, por razones de orden lógico y de economía procesal, para bien de las partes y de la administración de justicia, que el juez estudie previamente la situación precisa de los sujetos del proceso, o sea su propia y clara competencia, la capacidad de los litigantes para ser parte, y la capacidad de los mismos para comparecer en el juicio, en la representación propia o delegada.

Sólo planteado un debate legítimo entre partes que tienen derecho de debatirse y que lo hacen por sí o por representante que demuestre la facultad de serlo, y ante juez competente, el juicio no resulta irrito o baldío.

5.—No se confunden los presupuestos procesales, con los presupuestos o condiciones de la acción o sean el HECHO JURIDICO, la LEGITIMACION PARA OBRAR y el INTERES PROCESAL. Estos inciden sobre el derecho mismo debatido y se deciden en el propio fallo de fondo, y aquéllos en el mero procedimiento para hacerse efectiva y se deciden en una providencia sea inhibitoria, sea de excepciones o sea de realidad.

6—El canon 1747 dice: "No necesitan probarse... 3º los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, a no ser que el derecho o el juez exijan, no obstante prueba".

Este canon, como en casos similares, nuestras leyes, se refiere a los hechos controvertidos que fundan el derecho, y no a las personas o calidad de éstas, que no puede ser materia de confesión o simple aceptación de las partes.

Y la calidad representativa de la persona natural, OFICIO o CARGO eclesiástico, según el canon 145, se constituye por ordenación divina o eclesiástica de orden o de jurisdicción. Agrega el canon 147 que esos cargos no pueden obtenerse válidamente sin

provisión canónica o nombramientos hechos por la competente autoridad eclesiástica. En el presente caso se trata de un cargo de ordenación eclesiástica o nombramiento, que se consigna en acta o decreto, según el canon 159 que dice: "La provisión de cualquier oficio, se debe consignar por escrito", sobre lo cual agrega el canon 203 en su inc. 2º: "A quien afirma ser delegado, le incumbe el deber de probar la delegación".

El Gobierno de la Diócesis, en sede vacante, a falta de Administrador Apostólico o disposición especial de la Santa Sede pertenece al Cabildo Catedralicio, quien debe consignar o delegar sus funciones de administración, dentro de los ocho días, en un Vicario Capitular, conforme a los cánones 431 y 432, y se nombra por el Cabildo Metropolitano, en acta Capitular, quien debe aceptar dentro de los ocho días siguientes y hacer profesión de fe, para adquirir jurisdicción, en armonía con el canon 1406.

De manera que el nombramiento de un Vicario Capitular es cosa ampliamente reglamentada y se hace en forma de quedar expresa y clara la prueba documental, porque ello no es de derecho divino sino de derecho positivo eclesiástico. Por derecho se sabe que el Vicario Capitular, en sede vacante, es el representante de la Diócesis, pero por derecho o norma canónica nunca se sabe qué persona natural lleva esa calidad; y las calidades o cargos de esta índole son los que deben demostrarse en juicio, de la misma manera que quien se dice el Gobernador o el Alcalde, debe demostrar en juicio que lo es, porque en derecho sólo se sabe que tales funcionarios tienen la representación legal del Departamento o del Municipio, pero nunca se puede saber qué persona responde al cargo respectivo y lo ejerce sino mediante copia auténtica del acta de nombramiento y diligencia de posesión.

El artículo 250 de nuestro Código Judicial, dice: "Las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso". Las Iglesias de la religión católica son personas jurídicas y como tales comparecen siempre, pues no hay excepción, por medio de sus representantes, y la persona natural capaz de comparecer, debe demostrar que ostenta esa representación, porque el juez no puede legalmente saberlo, sin la prueba documental que lo demuestre. De allí el artículo 231 del C. J. que dice: "El que pide a nombre de otro, está obligado a probar la facultad para representarlo. El Juez no da curso a la demanda si no está acreditada dicha representación".

Esto significa que si por virtud del artículo 1º del convenio adicional del Concordato, los juicios sobre bienes eclesiásticos se someten en todo a las normas de nuestro procedimiento civil, es necesario atender a lo ordenado en los artículos 231 y 250 del C. J., y establecer claramente la facultad de representación que tenga la persona natural que comparece en el juicio, esto es su legitimatio ad processum.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias)

Procede la Corte a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la Diócesis de Pasto, en el juicio ordinario seguido por ésta contra los señores Alfonso y Miguel Montenegro V., sobre reivindicación de un inmueble perteneciente al Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas, en jurisdicción del Municipio de Ipiales.

CAPITULO PRIMERO

Síntesis de hechos y del juicio

1º—En las cercanías del Municipio de Ipiales existe el hermoso caserío veraniego conocido con el nombre de "El Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas", donde se venera la sagrada imagen de la Virgen, bajo tal advocación y se le ha erigido la magnífica Basílica que atrae peregrinos fervorosos, de todos los ámbitos del país. Desde tiempos ya remotos, el Capellán eclesiástico del lugar y sucesores suyos tomaron posesión de un predio que circunda el Templo y que se ha denominado "La Cofradía", del cual han ido segregando pequeñísimas parcelas que bajo contratos de arrendamiento y censo a bajo precio, se destinan para que en ellas construyan los vecinos, sus casas de veraneo y de albergue a los peregrinos visitantes que llegan al Santuario.

2. — En 1933, el Ilustrísimo señor Hipólito L. Agudelo, Obispo de la Diócesis de Pasto, insinu-

ró en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Ipiales, demanda sobre declaratoria judicial de pertenencia, por prescripción extraordinaria, mayor de treinta años, en favor del Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas. Tramitado el juicio, el Juez dictó la sentencia de 13 de septiembre del año citado, debidamente registrada, y que en su parte resolutiva dice: "El Juzgado, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara: que el Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas, persona jurídica con domicilio en este municipio, ha adquirido, por prescripción extraordinaria, esto es por posesión pacífica no interrumpida de más de treinta años, el dominio pleno de un globo de terreno ubicado en este municipio, conocido con el nombre de Cofradía y alinderado así:" (aquí los linderos) (fls. 37 a 38 del C. número 4).

3.—El 15 de junio de 1941, entre el Pbro. Justino C. Mejía y Mejía y los señores doctor Alfonso y Miguel Montenegro, se celebró el convenio que encabeza así:

"En el caserío de Las Lajas, a quince de junio de mil novecientos cuarenta y uno, por ante el Síndico Capellán del Santuario de Las Lajas, se hicieron presentes los señores doctor Alfonso Montenegro V. y Miguel Montenegro V., con el objeto de constituir el acta respectiva sobre constitución de un censo y arrendamiento, ya en lo que se refiere a la parte de terreno en que han levantado una casa de habitación, como en lo que toca a la parte aledaña de ese mismo inmueble, para los efectos del embellecimiento inherente a esa habitación". Primero.—Es obligación ineludible de parte de los dueños del edificio, reconocer en beneficio del Santuario de Las Lajas, como entidad moral y jurídicamente constituida, la propiedad del inmueble... al tenor de los títulos que corresponden al Santuario... La presente acta tiene el carácter de provisional, hasta que el Síndico Capellán que se obliga en forma definitiva, le dé su aprobación, o según el caso, merezca el visto bueno del excelentísimo señor Obispo de la Diócesis y para constancia se firma esta diligencia por las personas arriba expresadas, juntamente con el señor don Epaminondas Sarasti y don Buenaventura Chamorro, como miembros de la Junta del Santuario".

4. — El 1º de febrero de 1945, Monseñor Juan Bautista Rosero, expresó que en calidad de Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto, confería poder al doctor Leo Nel Chaves Agudelo "para que en nombre de la Diócesis que representamos instaure acción ordinario o especial, según crea conveniente, contra los señores doctor Alfonso Montenegro V. y su hermano Miguel, vecinos de esta ciudad, a fin de obtener a favor de la Curia Metropolitana, la restitución del inmueble que se alindera así: (aquí los linderos). "Este inmueble se halla ubicado en el corregimiento de Las Lajas, jurisdicción de ese Municipio de Ipiales, y pertenece al Santuario de Las Lajas".

5.—El 18 de abril siguiente, el apoderado presentó ante el Juez Municipal de Ipiales el libelo demandatorio, en juicio ordinario de menor cuantía ($ 200.00) contra los señores Montenegro V. y dice: "obrando como apoderado de su Señoría Ilustrísima doctor Juan Rosero, Vicario Capitular de la Diócesis Pastopolitana, quien a su vez actúa como representante del Santuario de Las Lajas... y una vez declarado el dominio en favor del expresado Santuario, se les condene:

"Primero.—A restituir al Santuario de Las Lajas en la persona de su representante legal el Excelentísimo Sr. Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto, el dominio y posesión de una faja de terreno ubicada en el caserío de Las Lajas y delimitada así: (aquí los linderos)"... 'El objeto de la reivindicación es parte integrante de las propiedades del Santuario, cuyo dominio, en su totalidad lo adquirió por prescripción adquisitiva de dominio, según sentencia pronunciada por el Juez 2º del Circuito de Ipiales, con fecha 13 de diciembre de 1933 en el ordinario propuesto por la Diócesis en contra de Eudoro Ortiz... esto es que el objeto de la reivindicación es parte integrante del fundo 'Cofradía' y agrega que este fundo pertenece al Santuario de Las Lajas, del que en diversos pasajes del expediente, se dice que es persona jurídica".

6.—Los demandados se opusieron a las peticiones de la demanda por no considerarse **poseedores**, sino **meros tenedores** a nombre de la parte demandante, como meros arrendatarios. A su turno propusieron demanda de reconvención o mutua petición, manifestando que tenían derechos de retención, de que se les recibieran los cánones de arrendamiento, pago de mejoras, pago de las construcciones, hechas a ciencia y paciencia de la parte actora.

7. — Se instauró tal contrademanda, contra el Santuario de Las Lajas, representado igualmente, según el libelo, por el Vicario Capitular de la Diócesis Pastopolitana, "como representante legal de dicha Institución" dicen los reconvencionistas. Al otorgarse poder adicional para contestar la contrademanda (fl. 11 C. número 1), el

Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto, repite que el inmueble es propiedad del Santuario de Las Lajas. El apoderado se opuso rotundamente a las pretensions de la contrademanda.

8.—Los señores Montenegro, antes de que el juicio se abriera a prueba, presentaron adición de su demanda, para dirigirla también contra el Pbro. Justino C. Mejía "en su calidad de Capellán del Santuario de Las Lajas, designado por la Curia Diocesana . . a fin de que con su citación y audiencia se pronuncien todas las declaraciones judiciales que contiene la demanda de reconvención" (fl. 19 y vto.). Esta adición se admitió inicialmente y se revocó luego (fls. 39, 52 y 58, C. número 1).

9.—Ante esta situación, los demandados Montenegro presentaron al Juez del Circuito de Ipiales, el 16 de octubre de 1945, demanda ordinaria sobre accesión, para que se les pagara el valor de un chalet que construyeron en el Santuario de Las Lajas, a ciencia y paciencia de las autoridades que lo manejan —Dice el doctor Alfonso Montenegro, a nombre propio y de su hermano Miguel: "Demando al Santuario de Las Lajas... a fin de que con citación y audiencia del Ordinario Diocesano, representado actualmente en Sede Vacante por el Rvmo. señor Vicario Capitular doctor Juan Bautista Rosero C.... y con citación del Capellán del Santuario Pbro. Justino C. Mejía y Mejía. . uno y otro representantes de dicha institución, se sirva proferir en sentencia definitiva las siguientes declaraciones judiciales: **Primera.**— Que con conocimiento del Santuario de Las Lajas y a ciencia y paciencia de sus respectivos Capellanes. . el exponente y su citado hermano construyeron un edificio y establecieron mejoras en la zona que es objeto de dicha cesión"... "**Cuarta.**—Que el mismo Santuario, como entidad jurídica, o sus actuales representantes doctor Juan Bautista Rosero C. y Pbro. Justino C. Mejía y Mejía, en su caso, tienen obligación de pagar los perjuicios...". "Las Iglesias son personas jurídicas, como las asociaciones religiosas de la Religión Católica, como lo dispone la Ley 57 de 1887 y por lo mismo, el Santuario de Las Lajas, contra quien se dirige especialmente la acción, es persona jurídica, legalmente representada por las personas contra quienes se ha pedido la citación".

10.—Monseñor Juan B. Rosero C. confirió nuevo poder al doctor Lenne. Chaves Agudelo, a nombre de la Diócesis y dice en él: "...cuyo juicio se ha iniciado para obtener varias declaraciones con referencia a un inmueble y edificación de propiedad del Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas". En iguales términos se produjo el Pbro. Justino C. Mejía y Mejía (fls. 123 y 124).

11.—Después de reiterados y debatidos incidentes, se decretó en definitiva la acumulación de procesos, continuando bajo una misma cuerda la tramitación del Ordinario sobre reivindicación y la demanda de mutua petición con el Ordinario sobre retención, pagos de mejoras y accesión, de que se habla en los numerales 5, 6, 7 y 9 (fls. 43 a 44 del C. número 6).

12.—Practicadas las pruebas que las partes estimaron conducentes, decididos todos los incidentes dilatorios presentados, y oídas extensas alegaciones de los contendores, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia de primera instancia, ocho años y medio después de iniciarse el juicio, o sea el 22 de junio de 1953 (fls. 139 a 146 v. del C. número 1), la cual analiza los hechos planteados y el derecho discutido, para concluir que los demandados en acción reivindicatoria, señores Montenegro, estaban aún dentro del plazo del arrendamiento para entregar el lote que se les exige, y por tal aspecto se declara la excepción de petición antes de tiempo e improcedente la demanda propuesta por la Diócesis de Pasto. En cuanto a la demanda de reconvención o mutua petición, expresa que mientras el Santuario de Las Lajas, no exija entrega del lote sobre el cual construyeron el chalet, no pueden los reconvencionistas solicitar el pago de su precio y por ende, también hay petición antes de tiempo y su demanda resulta, igualmente improcedente.

13.—No conformes los contendores con la sentencia mencionada, apelaron de ella y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, al estudiar lo relativo a los presupuestos procesales, encontró que en parte alguna del expediente aparece demostrado que Monseñor Juan Bautista Rosero, hubiera sido designado Vicario Capitular, por el acto del respectivo Capítulo Catedralicio, como ordinario del lugar para ocupar la jerarquía y puesto del Obispo o Prelado en Sede Vacante, de la Diócesis de Pasto y representarla así judicialmente, por lo cual a falta de estar demostrada la **legitimatio ad processum**, revocó la sentencia del Juzgado y declaró que no era el caso de entrar a dirimir en el fondo sobre ninguna de las demandas presentadas por las partes, y en que Monseñor Rosero C. aparece como actor y como opositor, a nombre de la Diócesis citada.

14.—No satisfecha la Diócesis de Pasto con esta

declaración del Tribunal, interpuso el recurso de casación que fue concedido por el Tribunal, admitido por la Corte, fundamentado por el recurrente e impugnado por los demandados en el juicio, todo en la oportunidad debida.

CAPITULO SEGUNDO

La demanda de casación

En su primera parte sintetiza con entera claridad los hechos que originaron el juicio y las principales incidencias de éste, hasta relacionar las decisiones del Juez y del Tribunal en las instancias y la motivación precisa de cada una de ellas, en forma que el libelo cumple en esa parte estrictamente lo ordenado por el artículo 531 del Código Judicial, y no resulta fundada la censura que en forma sere le hace la contraparte al descorrer el traslado pertinente.

Al entrar en la parte sustancial o jurídica del recurso, dice: "La sentencia que se acaba de extractar, es para la parte recurrente por mí representada, casable, y será casada por la Excelentísima Corte, porque ella se profirió por el Tribunal de Pasto, existiendo un vicio en el procedimiento, que forzosamente conlleva a la nulidad de la actuación; o, en subsidio, por ser la misma violatoria de la ley sustantiva. Esto es, por las causales sexta y primera del artículo 520 del Código Judicial, conforme aparece de las acusaciones o cargos que se le formulan en los siguientes capítulos".

Entra en seguida a esbozar sus puntos de vista sobre **nulidad de lo actuado**, a causa de la acumulación de acciones, en forma indebida e ilegal, según su concepto, sin tener en cuenta que ello fue materia extensamente debatida y resuelta definitivamente en la actuación procesal, sobre la cual la Corte no podría ya hacer estudio directo y resolver, mucho menos cuando con ello en nada toca el fallo recurrido que tomó una orientación diferente, única que puede atacarse en casación, para saber si al ser infringido y entrar a fallar como Tribunal de instancia, podría referirse a ese punto del libelo. Más adelante entra el recurrente a fundar la acusación, ya directamente contra lo decidido en el fallo, o sea sobre **la capacidad procesal** de Monseñor Rosero C., para lo cual formula varios cargos, que la Corte estudiará y decidirá, como cuestión previa y lógica, ya que si ellos no prosperan, de modo alguno puede estudiarse lo referente al derecho sustantivo invocado por cada una de las partes en el presente juicio y mucho menos, se repite, lo referente a los cargos sobre **nulidad de lo actuado** en el proceso, que se invocan por razón de una **acumulación** que la parte recurrente estima nula y no por carencia de personería sustantiva y adjetiva en ninguna de las partes, puntos éstos que son los únicos dilucidados y decididos por el fallo recurrido.

PARTE FUNDAMENTAL DEL FALLO

Capacidad para ser parte

Dice la sentencia acusada:

"...el Tribunal debe considerar, previamente, si en el presente juicio concurren todos los 'presupuestos procesales' para poder entonces entrar de lleno en el estudio de fondo de las cuestiones sub-judice". Anota que en la demanda principal de reivindicación para el Santuario de Nuestra Señora de Las Lajas, actúa como representante de él, el Ilustrísimo señor Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto, Monseñor Juan Bautista Rosero C. e igualmente como tal en las demandas de reconvención y de "accesión" propuestas por los demandados, que a la vez incluyen al Capellán Fbro. Justino Mejía Mejía. Luego agrega: "Procede estudiar los presupuestos procesales de 'capacidad para ser parte' y 'capacidad para obrar procesalmente (agere) o legitimatio ad processum', y de manera concreta en cuanto se relaciona con la intervención procesal de Monseñor Rosero y C., como Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto".

Comenta luego varias disposiciones de la Constitución y del C. C., al par que algunos pasajes doctrinarios de la Corte, y disposiciones concordatarias, para concluir así: "Por consiguiente, no hay duda alguna de que las Iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica, como personas jurídicas, tienen capacidad legal para ser sujetos activos o pasivos de una controversia judicial, en la cual se discutan derechos civiles sobre bienes raíces, situados en la jurisdicción de la Diócesis de Pasto. Tanto en la demanda principal de reivindicación del inmueble, así como en la contrademanda y en la acción llamada "de reconvención", que tiene a su estudio el Tribunal conjuntamente, en virtud de la acumulación de autos que se decretó oportunamente, la Diócesis de Pasto tiene capacidad para ser parte, ora como demandante o ya como demandada. Su capacidad jurídica, en vista de las disposiciones constitucionales y legales a que antes se hizo referencia,

se halla perfectamente demostrada. Y su comparecencia en juicio, la reconoce el artículo 230 del Código Judicial".

Capacidad procesal

Transcribe el Tribunal oportunos pasajes de la jurisprudencia de la Corte, que tratan de la **legitimatio ad processum**, para demostrar que este presupuesto procesal es en su orden uno de los primeros que debe aparecer claramente establecido para que pueda trabarse con éxito cualquier debate procesal, pues si alguna de las partes no puede comparecer por sí en el juicio, o no está debidamente representada, o no demuestra la facultad o capacidad para actuar, nada puede decidirse en relación con las pretensiones en litigio.

Igualmente transcribe la doctrina científica que sobre este particular esboza el tratadista y profesor W. Kisch, en su obra "Elementos de Derecho Procesal Civil", según la cual, "la **capacidad procesal** es la aptitud o facultad para realizar actos procesales en nombre propio o ajeno, cosa distinta de la **capacidad jurídica** o capacidad para ser parte, que tiene toda persona natural o jurídica. Las personas jurídicas comparecen en juicio "por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales", según los términos del artículo 250 del C. J., y de allí que no todo el que puede ser parte en el proceso, puede intervenir en éste, con capacidad procesal, por lo cual este punto debe ser examinado de oficio por el juez o propuesto por cualquiera de las partes en excepción dilatoria o impeditiva. El representante constitucional, legal o estatutario, debe justificar la calidad que ostenta, acreditando la designación que se le ha hecho para representar, para actuar por la persona que en sí no tiene la capacidad procesal, del mismo modo que el apoderado o mandatario convencional presenta el memorial poder, autenticado y aceptado para representar a quien no obra o no puede obrar por sí mismo".

Dice el Tribunal: "De donde se concluye que cuando se trata de actuación personal de las personas jurídicas, deben demostrarse dos cosas:

"a) La existencia de la persona jurídica; y

"b) La facultad que para representarla en juicio tenga la persona que alega tal calidad... Las entidades de derecho público, como Nación, Departamento o Municipio, no necesitan comprobar personalmente su existencia. Lo mismo ocurre con las personas jurídicas, como la Iglesia Católica y los particulares de la misma religión cuya existencia proviene de la ley". Esto hace ver, nuevamente que el Tribunal en nadie niega la existencia de la persona jurídica eclesiástica que obra en el juicio, sino que la reconoce en varios pasajes de su fallo. Después agrega: "Pero cualquiera que sea el origen de la persona jurídica y cualquiera que sea la rama del derecho a que pertenezca, ella no puede obrar sino por medio de su legítimo representante, quien sólo puede obligarla y comprometer su responsabilidad; y, para que en la práctica opere el fenómeno de la representación, debe evidenciarse en el proceso que quien actúa en nombre de la entidad, es su verdadero representante y tiene facultad legal para obligarla. De tal manera que para acreditar en juicio la personería de un obispo, como representante de determinada Diócesis, sea como demandante o como demandado, deben traerse a los autos copias auténticas tanto de las Letras Apostólicas de su nombramiento, como del acta de posesión que bajo la custodia del secretario o del canciller de la Curia reposan en el archivo de la Diócesis".

El Vicario Capitular es ordinario del lugar, y ocupa la jerarquía que corresponde al Obispo, en sede vacante. Su designación se hace por medio de un "Acto Capitular", todo conforme, detalladamente se expone en los cánones 160, 182, 198, 429 y 433. La investidura del Vicario Capitular proviene, pues, de la elección que le hace el respectivo Capítulo Catedralicio, y, como tal, representa a la Diócesis hasta que ocurra la provisión del nuevo obispo"... — "El expediente no contiene ninguna demostración en cuanto se relaciona con la calidad de Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto en la persona del Ilustrísimo señor Juan Bautista Rosero". "Falta, por tanto, en el presente asunto, uno de los presupuestos procesales, que es el de la capacidad procesal del Ilustrísimo señor Vicario Capitular, Monseñor Juan Bautista Rosero y C., como representante de la Diócesis de Pasto, presupuesto que comprende tanto la demanda principal, como la de reconvención y la llamada de accesión, en la primera de las cuales actúa en su carácter de demandante y en las dos últimas gestiona como parte demandada". "En estas condiciones, y sin que haya necesidad de agregar nuevas consideraciones... el Tribunal debe abstenerse de estudiar el fondo mismo de las acciones deducidas en los juicios acumulados, y declarar, simplemente, la carencia de uno de los presupuestos procesales, que es el de la capacidad para obrar procesalmente, por parte del representante de la Diócesis de

Pasto, el Ilustrísimo señor Vicario Capitular, Monseñor Juan Bautista Rosero y C.".

Con base en esas y otras motivaciones pertinentes, decidió lo siguiente: "...declara que no es el caso de considerar el fondo de las cuestiones jurídicas que se dedujeron en las dos demandas acumuladas, por carencia del presupuesto procesal de carencia de capacidad para obrar procesalmente, en cuanto se refiere a la personería del Ilustrísimo señor Vicario Capitular de la Diócesis de Pasto, Monseñor Juan Bautista Rosero y C., quien figura como parte actora de la demanda de reivindicación y como parte demandada en las acciones de reconvención y en la llamada 'accesión', todas las cuales fueron acumuladas para que se decidiera en la misma sentencia".

Los cargos contra la sentencia

Del Capítulo II, primer cargo

Ya se vio que no es procedente estudiar el relacionado con la **nulidad de lo actuado**, sin antes decidir si la actuación misma fue procedente, y que lógicamente debe decidirse en primer término sobre este aspecto, para saber si corresponde o no analizar y decidir el otro, no ya por razón misma del recurso, sino en fallo de instancia. Sobre esta parte de la capacidad procesal a que el Tribunal contrae el estudio de su fallo, el recurrente en el capítulo segundo del libelo acusatorio expresa: "Se acusa la sentencia del Tribunal de Pasto en este Capítulo, por ser violatoria de la Ley sustantiva, en la forma y manera como se concretará en los cargos que aquí se le hacen". Transcribe, en primer término, los artículos 38, 53 y 56 de la Constitución de 1886, que reconocieron la Religión Católica, como la de la nación, la independencia de la Iglesia Católica en el ejercicio de sus actos propios, la libertad de administrar sus bienes, su personería jurídica, representada en cada Diócesis por el respectivo legítimo Prelado, el ejercicio de actos civiles y la facultad del gobierno para celebrar convenios con la Santa Sede para definir y establecer las relaciones entre las dos potestades.

Transcribe también el artículo 1º de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato, que en su esencia reproduce el 53 de la Constitución vigente entonces, así como el 16 de la Ley 153 de 1887 que establece la independencia y el respeto de la legislación canónica, aún antes de entrar en vigencia el Concordato, en cuyo artículo 3º se estatuye un precepto igual, al par que otras disposiciones del mismo, son un desarrollo exacto de los citados textos constitucionales, como lo son otras leyes sustantivas que en seguida se anotan, especialmente la 57 de 1887, en lo tocante a esta materia.

Las normas citadas establecen derechos sustantivos o prerrogativas de la Iglesia Católica, que el fallo recurrido reconoce expresamente y de manera alguna puede pensarse que fueron violadas.

Pero aún antes de aprobarse por las dos potestades las normas concordatarias, ya nuestra Ley 57 de 1887 estatuye algunas disposiciones claras sobre la materia que se estudia y las cuales cita el propio recurrente, como violadas. Así se tiene el artículo 25 de tal Ley, que dice: "La Iglesia Católica y los particulares correspondientes a la misma Iglesia, como personas jurídicas, serán representadas en cada Diócesis por los respectivos legítimos Prelados o por las personas o funcionarios que éstos designen". Este texto responde al citado artículo 53 de la Constitución de 1886.

El artículo 26 de la misma Ley 57 de 1887, dice: "Las asociaciones religiosas, cuya existencia esté autorizada por la respectiva autoridad eclesiástica, serán representadas conforme a sus constituciones o reglas. La misma superioridad eclesiástica determinará la persona a quien conforme a los estatutos, corresponde representar a determinada asociación religiosa". Es en su esencia el mismo artículo 16 de la Ley 35 de 1888, sobre el Concordato, disposición que exige, además, que esas asociaciones presenten al poder civil la autorización canónica de su función. De modo que, el fallo no desconoce estos textos legales, ni obra contra ellos: todo lo contrario, reconoció la personería jurídica del Santuario de Las Lajas, considerándole como una Iglesia particular, pues si lo hubiera considerado como una asociación, capellanía, orden religiosa o entidad similar, que aún puede serlo, habría exigido también la prueba de su existencia legal, la autorización de su fundación, lo que no hizo, por lo cual es imposible aceptar que se violaran los textos legales anotados y transcritos.

El artículo 4º del Concordato (Ley 35 de 1888) en armonía con el 53 de la Constitución de 1886 reconoce la personería verdadera y propia de la Iglesia con capacidad de gozar y ejercer sus derechos por conducto de su legítima autoridad jerárquica. Esto fue reconocido por el Tribunal, quien sólo exige, se demuestre qué persona física estaba facultada para ejercer esa personería en el campo de la representación procesal. No apa-

recen, pues, violados tales textos de orden constitucional, legal y concordatario.

Entra luego el recurrente a relacionar varios textos del Código de Derecho Canónico, o sean los cánones 100, 196, 198, 329 y 1747 conforme a los cuales, por derecho divino la Iglesia Católica y Apostólica es una persona moral o jurídica, al par que hay dentro de ella otras entidades que también lo son por ley eclesiástica o por Decreto especial del superior y cuya administración y ejercicio de la personería corresponde al Romano Pontífice, a los Prelados, Vicarios y Prefectos Apostólicos, etc., como sucesores en su respectiva jerarquía. Finalmente expresa que no se requiere la prueba de hechos: 1.—Cuando son notorios, conforme al canon 2197; 2.—Cuando la propia ley los presume; 3.—Cuando se afirman por una de las partes y se aceptan por la otra, con lo cual quiere demostrar que obró mal el Tribunal al exigir que se demostrara la calidad de Vicario que tuviera Monseñor Juan Bautista Rosero para representar la Diócesis de Pasto, que así como las personas de derecho público no tienen que demostrar su personería, ni hay que demostrar que el Presidente, el Gobernador o el Alcalde son sus representantes, de igual manera, tampoco hay que demostrar que en lo eclesiástico, las personas físicas de los Prelados, Vicarios, etc., son los representantes que ostentan su personería, porque ello es un hecho notorio, que desatendido implica la violación de los artículos 196 y 1747 del Código de Derecho Canónico, que pertecen al derecho público eclesiástico.

Que de acuerdo con los artículos 1º y 3º del Concordato, 16 de la Ley 153 de 1887, la Iglesia Católica tiene que ser respetada y protegida y su legislación acatada, sin que pueda exigirse demostrar su personería jurídica ni la representación de sus príncipes o prelados para ejercer su potestad, que es cuestión a jure, tal como ocurre con las entidades de derecho público, cuya existencia, repite, no es necesario demostrar, como tampoco la calidad de representantes suyos que tienen el Presidente, los Gobernadores y Alcalde, máxime cuando la ley no presume usurpación de funciones, ni aquí las partes han discutido o negado la calidad de Vicario que tiene Monseñor Rosero C.

"Comete, pues, error de derecho el Tribunal de Pasto al exigir que se demuestre la calidad de ordinario de una Diócesis, del Obispo o Vicario que aparece en juicio, como demandante o demandado, actuando como tal. Mayormente si nadie alega usurpación de funciones, y por el contrario, ambas partes están de acuerdo en la calidad de Vicario de la Diócesis de Pasto del doctor Juan Bautista Rosero y Castañeda".

Concreta el primer cargo del Capítulo II, expresando que la sentencia es violatoria de los artículos 38, 53 y 56 de la Constitución de 1886; 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887; 16 de la 153 de 1887; 1, 3, 4 y 10 de la Ley 35 de 1888 y de los cánones 100, 196, 198, 329 y 1747 del "Codex Juris Canonici", disposiciones que estima directamente violadas por falta de aplicación y también indirectamente por interpretación errónea. Sintetiza el concepto de la violación, así: "Pues la violó directamente en cuanto desatendió lo que todas ellas mandan, a saber: que por ser la Iglesia Católica la de Colombia, el Estado Colombiano debe respetarla solemnemente, teniéndola como persona jurídica de derecho propio; que sus Príncipes o Obispos, en sus respectivas diócesis, también de pleno derecho, la representan administrativamente, por el mero hecho de estar al frente de ellas, por institución divina, presumiéndose, o debiéndose presumir, por el Estado que ellos son los legítimos representantes, como Ordinarios del lugar, sin que tengan que acreditar su condición de tales, cuando comparecen a juicio ante los Tribunales Civiles como demandantes o como demandados, a no ser que, en tales juicios, se alegue usurpación de funciones, en cuyo caso, inclusive, corresponde acreditar la usurpación de funciones a quien la alega; ya la exigencia del Tribunal de que la calidad de Ordinario sea demostrada, no dando fe al hecho mismo de su comparencia como tal, jamás puede considerarse consecuencia del debido respeto que la legislación civil concede a la canónica: ni es respetuoso negar a las personas de Derecho Público Eclesiástico, su calidad de tales, cuando comparezca a juicio por medio de sus Ordinarios su calidad de tales, cuando a las personas de Derecho Público del Estado, éste no exige para ellas igual demostración. Y menos se cumple con el mandato del artículo 16 de la ley 153 de 87, exigiéndose, como se exige en la sentencia acusada, una prueba, que ni la ley civil ni la canónica exigen, para que la potestad de la Iglesia pueda hacerse efectiva en la administración de sus bienes temporales, y su personería jurídica, aceptada en juicio. Por lo cual pretender que las personas de Derecho Público eclesiástico, como lo es la Diócesis de Pasto, para actuar judicialmente, tenga que acreditar que su legítimo Ordinario, doctor Rosero y Castañeda, lo es tal, como lo quiere el Tribunal, en la sentencia acusada, equivale a violar directamente las

dichas normas de carácter sustantivo, por no aplicarlas, ya que su sentido natural y obvio es de **que esto no es necesario.** O violarlas indirectamente, por interpretarlas erróneamente, para concluir de ellas que sí es necesaria tal prueba; lo cual como se ha dicho, únicamente es menester cuando de Ordenes Religiosas, o Asociaciones, esto es, de personas de Derecho Privado Eclesiástico, se trata; en cuyos casos sí es necesario acreditar la concesión de la personería que les ha otorgado canónicamente la Iglesia, y que las representan las personas físicas de sus directores o Superiores, como lo indican tanto el canon 100 como el artículo 10º del Concordato".

Como el segundo cargo de este capítulo incide sobre la violación de las mismas disposiciones que se estiman violadas en el primero, también a causa de errores de hecho y de derecho, según el recurrente y lo indicado es tomar una solución uniforme o de conjunto, por eso se sintetiza así: Que hay error de hecho y de derecho "al sostener que falta la demostración de que el doctor Rosero y Castañeda es el ordinario de la Diócesis de Pasto".

El error de derecho lo hace consistir en que no hay disposición que diga cómo se prueba ante el juez, la calidad de ser de un obispo o prelado que comparece al juicio en nombre de su Diócesis, y aquí se exige que traiga la prueba de esa calidad, sin tener en cuenta que las dignidades de los jerarcas de la Iglesia no son susceptibles de probarse, como si se tratara de gerentes de sociedades o agentes de policía.

El error de hecho lo hace consistir en que la sentencia pasa por alto **la confesión** de las partes que han actuado a base de que Monseñor Rosero es el representante de la Diócesis; la **orden** que aparece al folio 42 v. del C. número 2, dada por el citado Monseñor, en que bajo sello de la Vicaría ordena una copia solicitada; y **los certificados oficiales** de la Diócesis, visibles al fl. 9 del C. número 9 (verse fl. 9 C. número 7) certificados que son unas constancias y memorial que al juzgado hace Monseñor Rosero, para manifestarle que el acta sobre arrendamiento y censo en que los demandados Montenegro fundan su defensa y su acción, no fue aprobada, y "que si las autoridades civiles fallaron en favor de sus pretensiones, la Iglesia, representada por su legítimo Prelado, se verá forzada a tomar medidas muy severas para hacer respetar las leyes canónicas y los legítimos derechos del Santuario Nacional de Nuestra Señora de Las Lajas".

Consideraciones especiales

El Estado naciente, cuando cuenta con sus elementos esenciales de **territorio** y **nación**, opera en función de crear su tercer elemento esencial que lo integre como sociedad completa, perfecta y soberana, con los **preceptos normativos** que lo ordenan para el bien común, por medio de la constitución orgánica, **leyes** y preceptos inferiores, que sus habitantes deben cumplir en beneficio recíproco de unos para los otros y de la sociedad estatal a que pertenecen. Pero como por ignorancia de las leyes, ambigüedad de éstas en veces, egoísmo o mala fe, no siempre se cumplen esas normas, opera entonces la más trascendental función de la soberanía que es la administración de justicia para lo cual están preferentemente instituidas todas las autoridades del Estado, en busca del predominio del orden, de la equidad y del derecho. Específicamente se ejerce por el órgano jurisdiccional del Estado, para impartirla, bajo sus múltiples aspectos a todas las personas naturales y jurídicas, como capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

De otra parte el Estado Colombiano acepta, como católico que es, y por vigencia clara de sus instituciones legales, que la Iglesia Católica es una sociedad universal, perfecta, completa, visible, suprema y soberana, a civino jure representada por el Romano Pontífice, los Obispos, Vicarios y demás autoridades en su orden jerárquico, para conducir a sus súbditos en el orden espiritual, hacia su fin último que es Dios; que dentro de su esfera y fines propios es independiente de la potestad civil, para actuar por sí, en la administración de sus intereses y fines religiosos, como lo expone su Santidad León XIII en sus encíclicas, especialmente en la **Immortali Dei**, y que tiene su derecho público autónomo con la facultad o atributo soberano de juzgar a sus fieles, por conducto de sus órganos de jurisdicción plena y perfecta, con trascendencia obligatoria, pues nunca es suficiente, para los fines de una sociedad, así obre en el orden espiritual, que se reconozca de modo abstracto su derecho objetivo, sin el medio de definirse, tutelarse y garantizarse en su efectividad justa y racional.

Y no sólo se acata y respeta esa autonomía jurídica de la Iglesia en su orden espiritual, sino también la económica, referente a las cosas o bienes temporales, "res eclesiastica" conforme al canon 726, esto es todo objeto que tenga razón de medio para los fines de la divina Institución, de donde surge su plena capacidad patrimonial, como

sujeto activo de toda clase de derechos con la consiguiente facultad civil de ejercerlos y hacerlos efectivos conforme a las leyes del Estado, como toda persona natural o jurídica, dentro de la igualdad jurídica y ante las autoridades de éste, conforme al artículo 1º de la Convención Adicional del Concordato, que dice: "Las causas civiles de los eclesiásticos, y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las Iglesias, de los beneficios y de otras fundaciones eclesiásticas, serán diferidas a los Tribunales Civiles".

Esto en cuanto al caso de controversias entre particulares y la Iglesia misma, para la efectividad de sus derechos, pues el ejercicio de ellos, su goce, etc., es pleno e independiente, en acatamiento del canon 1495 que dice: "La Iglesia Católica y la Sede Apostólica tienen derecho connatural de adquirir, retener y administrar libremente y en plena independencia de la potestad civil los bienes temporales para la consecución de sus fines propios. Asimismo, las Iglesias Particulares (Diócesis, Parroquias, etc.) y otras entidades erigidas en personas jurídicas por la autoridad eclesiástica, v. gr., las órdenes y congregaciones religiosas, tienen derecho al tenor de los sagrados cánones, de adquirir, retener y administrar bienes temporales".

De modo que cuando se trata de bienes temporales, los textos legales de Estado y los convenios o concordatos con la Santa Sede, regulan su ejercicio, efectividad, etc., pues si la potestad civil en lo espiritual reconoce la absoluta autonomía de la Iglesia, ésta en lo material o corporal reconoce la de aquélla, dentro de las mutuas relaciones de las dos potestades, pues la teoría sobre la absoluta separación de la Iglesia y del Estado, está condenada por los Sumos Pontífices de modo especial por su Santidad Pío IX, luego León XIII, en términos que es innecesario transcribir aquí, del mismo modo que lo hizo el Papa Gregorio XVI en su encíclica Mirari Vos en defensa de la fe, que considera una desgracia para la Religión y para el Estado, la separación que rompe su armonía y mutua concordia.

En este orden de ideas y de hechos, la Iglesia, con criterio de alta comprensión, para evitar dificultades, conflictos y desigualdades en el tratamiento procedimental, acepta que las controversias sobre bienes corporales, se sometan a la legislación territorial del Estado donde actúa, lex fori el procedimiento civil nacional, a los funcionarios que administran justicia en lo civil y administrativo, inclusive en veces en lo penal, como lo determinan los artículos 2º y ss. del citado convenio adicional con la Santa Sede. Así las cosas, es evidente que la controversia se plantea ante el juez civil por las partes, y se cumplen ante dicho funcionario todos los requisitos del procedimiento, inclusive los de pruebas, presupuestos procesales, etc., pues un negocio judicial, dentro de la igualdad rigurosa que rige para los litigantes, no podría someterse a dos procedimientos diferentes, a normas procesales distintas, cuando se busca la misma finalidad y éstas son de orden público, para todos los sujetos del proceso, salvo excepciones expresas que tienen lugar sólo en lo penal, para el tratamiento personal de los eclesiásticos y la competencia.

En casos como el de autos en que una de las partes es un particular y la otra una entidad moral o eclesiástica, si el procedimiento no fuera el mismo, si las normas probatorias fueran de una legislación para una parte y de distinta para la otra, el principio procesal de la igualdad de las partes se rompería y surgiría doble procedimiento, quizá distinta competencia judicial, conflicto que no existe por virtud de nuestras normas concordatarias atrás expresadas y que sin ellas existiría ya que el sistema de pruebas en lo civil es diferente a lo canónico. La parte eclesiástica que demandó a la civil, así lo entiende, desde el momento en que al juez ordinario del Estado presentó su libelo y en el procedimiento se portó de igual manera, lo que indica su clara aceptación de todas las exigencias procesales que rigen en los juicios civiles.

La relación jurídico-procesal

Todo funcionario judicial debe comprender que la demanda es como la llave que abre el juicio, el acto que toca a las puertas de la primera de sus tres etapas: **la constitución regular del proceso.** Esta se integra por tres sujetos o elementos formales: **Juez, demandante y demandado;** cada uno debe cumplir requisitos o aptitudes especiales, pues no basta su mera presencia en el juicio, para la formación de éste y la viabilidad procesal.

1º—El juez debe ser competente, objetiva y subjetivamente, esto es, que la ley orgánica le atribuye el conocimiento para actuar y decidir en la litis planteada y que no tenga impedimento en relación con las partes, para poder ejercer imparcialmente la tutela jurídica que el Estado le confía. Debe pues, en primer lugar, estudiar oficiosamente, el planteamiento que se le hace, quién lo hace y contra quién, para saber si reside en él la **facultas ferticondi**, ya por la especie y natu-

raleza del negocio (**facultas in objeto**), ya por la calidad de las partes (**facultas in subjeto**), ya por el lugar o radio de su acción jurisdiccional locativa (**facultas in loco**).

2º—**El demandante.** Según el principio romano de "nemo judex sine actore", corresponde luego estudiar la calidad y situación del demandante o segundo sujeto de la **constitución procesal** ya que en materia civil el juez no obra de oficio, sino cuando el titular de un derecho desatendido por la parte obligada, reclama su intervención para hacerlo efectivo, y es entonces necesario estudiar si dicho actor tiene capacidad para ser parte, esto es capacidad civil para ser sujeto de un derecho como el que invoca en su demanda, y a la vez si tiene capacidad para actuar en el proceso o la tiene quien obra a su nombre, esto es la capacidad procesal o **legitimatio ad processum.**

3º—**El demandado.**—Como al sujeto titular del derecho reclamado, debe corresponder el sujeto titular de la obligación correlativa, o sea el **demandado,** también se estudiará respecto de éste, su capacidad para ser parte, o ser sujeto capaz de contraer civilmente obligaciones como la que en la demanda se le exige, e igualmente si tiene capacidad para actuar en el proceso, o la tiene quien se diga representarlo, para su **legitimatio ad processum.**

El proceso sólo se puede estructurar o armar en su primera etapa fundamental, cuando concurren sólidamente estos tres presupuestos procesales o "pilares del juicio" para que éste pueda iniciarse, desarrollarse y terminar con decisión de fondo, sin vicios que afecten el control de la actuación y originen las **excepciones** y las **nulidades procesales.** Sin ellas no puede surgir la verdadera **relación jurídica procesal** y toda actuación marcha hacia el fracaso final. La doctrina exige, por razones de orden lógico y de economía procesal, para bien de las partes y de la administración de justicia, que el juez estudie previamente la situación precisa de los sujetos del proceso, o sea su propia y clara competencia, la capacidad de los litigantes para ser parte, y la capacidad de los mismos para comparecer en el juicio, en la representación propia o delegada.

No se confundan los presupuestos procesales, con los presupuestos o condiciones de la acción o sean el **hecho jurídico,** la **legitimación para obrar** y el **interés procesal.** Estos inciden sobre el derecho mismo debatido y se deciden en el propio fallo de fondo, y aquéllos en el mero procedimiento para hacerse efectivo y se deciden en una providencia sea inhibitoria, sea de excepciones o sea de realidad.

Sólo planteado un debate legítimo entre partes que tienen derecho de debatirse y que lo hacen por sí o por representante que demuestre la facultad de serlo, y ante juez competente, el juicio no resulta irrito o baldío. Esto no ocurrió en el presente caso, porque el juez de la primera instancia descuidó el estudio sobre la capacidad de una de las partes para actuar en juicio, o sea la calidad representativa en que obraba; si de antemano se hubiera analizado y decidido este punto, no se estaría en presencia de uno de los más largos y accidentados procesos, que va para doce años de iniciado y hoy se ve precisado a la declaratoria de que no pudo abrirse legalmente, por no aparecer establecida la **legitimatio ad processum** de una de las partes, que obra como actora en la demanda de reivindicación y a la vez como opositora en la de reconvención. En ninguna parte de los autos aparece qué clase de entidad moral es la que se denomina "El Santuario de Las Lajas", para el cual se pide la reivindicación. Puede ser una Iglesia o Parroquia, una **Cofradía,** según se denominan los terrenos que se le dieron por acción de pertenencia; una **Hermandad, una Comunidad** o una **Institución** de derecho eclesiástico positivo, que en todo caso parece tener su personería jurídica, según lo dice la sentencia que la declaró dueña de los terrenos aledaños al Santuario y de que se habla en el numeral 2º del Capítulo Primero. El fallo recurrido no le niega su calidad de persona jurídica y si fuere una Iglesia, es evidente que la tiene, sin que sea necesario demostrarse.

Procedencia y aptitud de los cargos

La demanda de casación, en sus diversos cargos y textos de orden constitucional, civil y canónico que cita como violados, obra a base de que los funcionarios judiciales han desconocido los derechos de la Iglesia, la personería de la entidad demandante, y demandada, etc. El Tribunal es amplio y claro en su fallo y no peca de exigente: ni siquiera se detiene a considerar si El Santuario de Las Lajas, es cosa distinta de la Iglesia en su organización jerárquica; acepta que es persona jurídica, como lo es la Iglesia Católica y los que a ella pertenecen como Iglesias particulares que miran al mismo fin espiritual. No se detuvo a exigir que se estableciera si inmediatamente la representa el Párroco-Capellán o el Prelado; aceptó que la diócesis podrá actuar a nombre del Santuario. No exigió se demostrara que la sede estaba vacante y lo aceptó como

hecho cumplido. Acepta que en sede vacante, el Vicario Capitular la represente, porque la Diócesis es persona jurídica y el Vicario el Ordinario.

Todo se concreta al hecho simple de saber legalmente en el juicio, si Monseñor Juan Bautista Rosero y C. al quedar la sede vacante, fue el designado por el Capítulo Diocesano, como Vicario Capitular para representarla y poder comparecer como tal en cualquier juicio de índole civil, ya como demandante o como demandado, es decir, que se demuestre la capacidad procesal y nada más. Siendo esto lo único que el fallo contempla, para inhibirse de resolver a fondo sobre los derechos discutidos, es evidente que nada de lo que el recurrente expone en relación con la personería de la Iglesia y sus derechos sustantivos, resulta improcedente porque nada de eso desconoce el fallo y en consecuencia es imposible que resulte violatorio de todas las normas que se citan como infringidas para que la sentencia sea infirmada.

El Tribunal, para fallar a fondo, exige saberse si a Monseñor Rosero y C. se le designó Vicario Capitular por el Capítulo Diocesano, si aceptó y se posesionó conforme a las normas canónicas, si lo era el 10 de abril de 1945 y el 5 de mayo siguiente, fechas de la demanda y contrademanda, para establecerse en forma cierta, legal y segura el presupuesto procesal de la **legitimatio ad processum**, o capacidad para comparecer en él como representante de la Diócesis, en estado de vacancia, por falta del Prelado.

El hecho legal y canónico de que el Prelado es el representante de la Diócesis, como un Gobernador lo es de un Departamento, entidad de derecho público, o el Alcalde lo es del Municipio, es cosa no controvertida, ni controvertible, pues no puede confundirse con el hecho de saberse, también legalmente, quién es en determinado momento y en el juicio, la persona natural investida de tal representación, vale decir, la identidad funcional de quien actúa.

El recurrente parece que confunde este aspecto del problema y estima que el Tribunal niega al Prelado o al Vicario Capitular, en sede vacante, la facultad que tiene de representar los intereses de la Diócesis, facultad que tiene canónicamente y que reconoce nuestra ley civil. La clara realidad procesal y la decisión del Tribunal, explicada en la parte motiva y definida en la resolutiva de su fallo, consiste en que no se le trajo prueba de que el Capítulo Catedralicio designó a Monseñor Rosero C. como Vicario Capitular y que éste aceptó el oficio y se posesionó de él para ejercerlo eclesiástica y civilmente.

Sobre este punto el recurrente afirma que no hay texto legal que exija esa comprobación y que la dignidad eclesiástica no hay que demostrarla, menos en este caso en que ello está aceptado por las partes, conforme a la regla tercera del canon 1747 que dice: "No necesitan probarse... 3º los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, a no ser que el derecho o el juez exijan, no obstante prueba".

Este canon, como en casos similares, nuestras leyes, se refiere a los hechos controvertidos que fundan el derecho, y no a las personas o calidad de éstas, que no puede ser materia de confesión o simple aceptación de las partes.

Y la calidad representativa de la persona natural, **oficio o cargo** eclesiástico, según el canon 145, se constituye por ordenación divina o eclesiástica y lleva anejo una participación de la potestad eclesiástica de orden o de jurisdicción. Agrega el canon 147 que esos cargos no pueden obtenerse válidamente sin provisión canónica o nombramientos hechos por la competente autoridad eclesiástica. En el presente caso se trata de un cargo de ordenación eclesiástica o nombramiento, que se consigna en acta o decreto, según el canon 159 que dice: "La provisión de cualquier oficio, se debe consignar por escrito", sobre lo cual agrega el canon 200 en su inciso 2º: "A quien afirma ser delegado, le incumbe el deber de probar la delegación".

El Gobierno de la Diócesis, en sede vacante, a falta de administrador apostólico o disposición especial de la Santa Sede pertenece al Cabildo Catedralicio, quien debe designar o delegar sus funciones de administración, dentro de los ocho días, en un Vicario Capitular, conforme a los cánones 431 y 432, y se nombra por el Cabildo Metropolitano, en acto Capitular, quien debe aceptar dentro de los ocho días siguientes y hacer profesión de fe, para adquirir jurisdicción, en armonía con el canon 1406.

De manera que el nombramiento de un Vicario Capitular es cosa ampliamente reglamentada y se hace en forma de quedar expresa y clara la prueba documental, porque ella no es de derecho divino sino de derecho positivo eclesiástico. Por derecho se sabe que el Vicario Capitular, en sede vacante, es el representante de la Diócesis, pero por derecho o norma canónica nunca se sabe qué persona natural lleva esa calidad; y las calidades o cargos de esta índole son los que deben demostrarse en juicio, de la misma manera que

quien se dice el Gobernador o el Alcalde, debe demostrar en juicio que lo es, porque en derecho sólo se sabe que tales funcionarios tienen la representación legal del Departamento o del Municipio, pero nunca se puede saber qué persona responde al cargo respectivo y lo ejerce sino mediante copia auténtica del acta de nombramiento y diligencia de posesión.

El artículo 250 de nuestro Código Judicial, dice: "Las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso". Las Iglesias de la religión católica son personas jurídicas y como tales comparecen siempre, pues no hay excepción, por medio de sus representantes, y la persona natural capaz de comparecer, debe demostrar que ostenta esa representación, porque el juez no puede legalmente saberlo, sin la prueba documental que lo demuestre. De allí el artículo 231 del C. J. que dice: "El que pide a nombre de otro, está obligado a probar la facultad para representarlo. El juez no da curso a la demanda si no está acreditada dicha representación".

Esto significa que si por virtud del artículo 1º del convenio adicional del Concordato, atrás trascrito, esta clase de juicios se somete en todo a las normas de nuestro procedimiento civil, es necesario atender a lo ordenado en los artículos 231 y 250 del C. J., y establecer claramente la facultad de representación que tenga la persona natural que comparece en el juicio, esto es **su legitimatio ad processum**, lo que no ha ocurrido en el presente negocio y debió verse desde su iniciación, para poder llegar a obtener un fallo de fondo sobre los derechos controvertidos.

El Tribunal cumplió su deber legal, al declarar que por no haberse demostrado la capacidad procesal de Monseñor Rosero y C. no era posible decidir sobre los derechos controvertidos en el juicio, pues de lo contrario sería correr el riesgo de cualquiera condenación sin oírse legítimamente a la parte, como la ley lo ordena.

Si además como se vio antes, el Tribunal no desconoció existencia jurídica de la Iglesia, del Santuario de Las Lajas, ni de la representación que de ley tienen los Prelados y demás autoridades eclesiásticas, no es posible pensar que se violó texto alguno de orden constitucional, legal o canónico de los citados en tal sentido por el recurrente, ni podrían violarse desde el momento en que se inhibió de fallar por la falta de un requisito procesal que debe establecerse en todo juicio. Los cargos resultan, pues, infundados, y el fallo vigente, para que las partes inicien de nuevo el juicio si fuere el caso, pudiendo entonces aclarar mejor qué clase de entidad es El Santuario de Las Lajas, establecer mejor su personería, si no fuere una Iglesia que la tiene a jure y establecer precisamente la capacidad procesal de todas las partes en el juicio.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el ordinario de la Diócesis de Pasto, contra los señores Alfonso y Miguel Montenegro V.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Jesús M. Arias—Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán.—Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas —Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

MOTIVOS POR LOS CUALES PUEDE PROSPERAR EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

1.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Estatuto Procesal, la radicación de los procesos penales en Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito sólo procede cuando ella se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado, o cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija el cambio de clima o residencia del mismo.

La expresión usada por el legislador para la primera de esas situaciones es demasiado amplia, pues basta que el traslado se estime conveniente a los intereses de la justicia para que él se decrete. Sin embargo, tres son los factores que ordinariamente determinan esa conveniencia: PARCIALIDAD EN LOS JUECES, IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO o AMBIENTE JUDICIAL o PUBLICO que, en alguna manera, comprometa la imparcialidad del juzgador o la plena observancia de las formas propias del juicio.

2—La decisión relacionada con la conexidad o inconexidad de infracciones penales, por ejemplo la que decreta la acumulación de procesos, así como las demás que se tomen sobre problemas de carácter puramente jurídico, no es en sí ni por sí misma indicadora en los jueces de dañada o proclive intención.

3.— De conformidad con el criterio expuesto por la Corte (XL, 105 y octubre 8 de 1954, LXXVIII, 1013), para que el ambiente de animadversión pública o social que a veces se forma en torno a la personalidad de un sindicado o procesado conduzca al cambio de radicación del respectivo sumario o proceso, no basta que él exista. Se requiere, además, que las condiciones adversas se proyecten en el medio judicial correspondiente o amenacen, al menos, afectarlo en términos que hagan temer fundadamente la imparcialidad del juzgamiento, como ocurre con mayor frecuencia en las causas que se tramitan con la intervención del Jurado, más expuesto que los jueces y tribunales de derecho al influjo de reacciones extrañas, cuya acción encuentra en la celebración de las audiencias públicas atmósfera propicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud formulada por el doctor Nicolás Buendía Barrios, tendiente a obtener el cambio de radicación del proceso que se le adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Ibagué por responsabilidad en el desempeño de las funciones de Contralor del Departamento del Tolima.

Fundamenta el doctor Buendía Barrios su petición en los siguientes hechos:

"A) En el mes de marzo próximo pasado hube de destituir de los cargos de Secretario General, Jefe de Control Previo, y, Pagador de la Contraloría Departamental, respectivamente, a los señores copartidarios míos José M. Santofimio, Gilberto Zamora Pinzón y Francisco Echandía Santofimio, por cuyo motivo iniciaron campaña acusatoria contra el suscrito;

"B) Tan pronto como conocí sus cargos comuniquélos al señor Coronel Director del Servicio de Inteligencia Colombiano, quien designó al Juez XI de Instrucción del Sic para investigarlos, profiriendo sentencia absolutoria el día 28 de julio de 1956, cuya copia auténtica acompaño a la presente;

"C) Presentóse la rara coincidencia de que todo

el personal que investigó el delito de peculado en la Pagaduría de la Contraloría Departamental, denunciado por el suscrito como Contralor General del Departamento del Tolima, fue de filiación liberal y de origen chaparraluno en su mayoría (solar de la familia Echandía), a saber:

"Juez II Superior Germán Alvira Jácome, su secretario y sustanciador; Inspector Comisionado César Calejas Ospina; peritos Luis Rosendo Cruz y Hernando Caicedo; Juez 35 de Instrucción y Secretario Luis A. Méndez; este último Juez oportunamente removido de su comisión por orden directa del Ministerio de Justicia;

"D) El personal judicial que actuó hasta el momento de su remoción del Juez 35 —reemplazado por el doctor Fabio Jiménez Marín, Juez 13 de Instrucción Criminal— haciendo caso omiso del delito de peculado, circunscribióse al estudio de los cargos contra el suscrito, y violando claras normas procesales, vinculó bajo una misma cuerda la investigación del peculado con los cargos contra el mismo, a pesar de la oposición del señor Delegado de la Procuraduría General;

"E) Como consecuencia de ser el suscrito iniciador del movimiento liberal independiente de Ibagué, los grupos del mismo partido, que son adversos al suscrito, y dueños del periódico matutino de mayor circulación en el Tolima 'Tribuna', le crearon al suscrito desde el comienzo de su período constitucional marcado ambiente de hostilidad pública, acrecentado luego por la destitución de los precitados señores Santofimio, Echandía Santofimio y Zamora Pinzón.

"F) Además, algunos elementos del conservatismo orientadores del único periódico conservador del Departamento 'El Orden', tampoco aceptaron con beneplácito que el liberalismo independiente ocupara la Contraloría, y han querido ahora capitalizar contra el suscrito las infracciones de sus empleados (ver números 10, 14, 15, 22, 24, 26, 29, 31 y 34 de 'El Orden' que se acompañan al presente).

"G) El señor Alvaro Echandía Santofimio, hermano del ex-Pagador destituído por mí durante largo tiempo Jefe de redacción de 'Tribuna', al iniciar el suscrito su período legal no escatimó oportunidad de atacarle (ver números 1506 de enero 29/56 y 2009 de julio 18/56 de 'Tribuna'): en la actualidad sigue influyendo en su orientación, y es además alto funcionario de la Contraloría Municipal de Ibagué.

"H) A consecuencia de la anterior campaña el Gobierno Departamental convocó al H. Consejo Administrativo Departamental, con el objeto de sustituir al suscrito Contralor, el cual Consejo dividido en dos fuerzas equivalentes me destituyó merced al voto adverso del señor Secretario Departamental de Gobierno, quien presidía las sesiones.

".....

Se han acompañado a la solicitud:

1) Certificado del Juzgado Segundo Superior de Ibagué, donde consta que cursa allí investigación sobre "algunas posibles irregularidades cometidas por el doctor **Nicolás Buendía Barrios** cuando desempeñaba el cargo de Contralor General del Departamento".

2) Copia informal de una constancia suscrita por cinco de los miembros del Consejo Administrativo del Tolima (señores Elías Sabogal S., Elías Quimbayo Prada, Carlos A. López A., José Luis Cortés y Mario Bueno Barrios), de la cual aparece que el señor Gobernador de dicho Departamento convocó a esa Corporación a sesiones extraordinarias, por cinco días a partir del 24 de julio último, para estudiar y resolver lo relacionado con la sustitución del peticionario en las funciones de Contralor Departamental, a cuyo efecto el Gobernador le entregó al Consejo, en su sesión inaugural una documentacin sobre los cargos imputados a aquél, anunciando, después de comentarla extensamente, que no adelantaba concepto sobre ella sino que encarecía se estudiara "de manera justa, serena e imparcial"; que tal documentación no les fue dada a los firmantes de la constancia, ni siquiera al designado entre ellos para estudiarla, doctor Elías Quimbayo Prada; que a la comisión se le señaló un término de muy pocas horas para rendir el respectivo informe (de las 7 de la noche del 26 de julio a las 3 de la tarde del día siguiente); que habiendo convenido los comisionados en reunirse a las 8 de la mañana del 26 (sic), tres de ellos concurrieron a la cita con dos horas de retardo y otro dejó de asistir; que en vista de que al Consejero Quimbayo Prada se le negó la prórroga por él solicitada, "se entró a considerar inmediatamente el informe de mayoría redactado exclusivamente por ésta", sin que se respondieran las intervenciones de los Consejeros Quimbayo Prada, López Espinosa y Sabogal; y que, por esas circunstancias, los que suscriben el referido documento, desprovistos de toda prueba contra el doctor Buendía Barrios, le ratifican a éste su confianza.

3) Declaraciones de los señores Luis Humberto Feria, Gildardo Castro y Medardo Guarnizo Nieto, recibidas en el Juzgado Primero Superior de Ibagué, según las cuales el doctor Nicolás Buen-

día Barrios es persona merecedora, por su dignidad y corrección, del aprecio y confianza de sus conciudadanos, a pesar de lo cual se granjeó la malquerencia de copartidarios suyos en la capital del Tolima por haber aceptado el nombramiento de Consejero Administrativo contra la voluntad de las Directivas del Liberalismo y por haberse visto en la necesidad de proceder, como Contralor General del mismo Departamento, contra individuos pertenecientes a familias influyentes de ese partido.

4) Copia de los oficios números 001524 y 001920 que el doctor Nicolás Buendía Barrios dirigió con fechas 19 de mayo y 24 de junio del año en curso al señor Ministro de Justicia y al señor Procurador General de la Nación, solicitando del primero la designación de un Juez de Instrucción Criminal que asumiera la investigación de los ilícitos cuyo conocimiento había correspondido al Juzgado Segundo Superior de Ibagué, como consecuencia de la visita que el Contralor Buendía Barrios ordenara practicar en la Habilitación-Pagaduría del despacho a su cargo; y del segundo el envío de un representante suyo que supervigilara esa investigación.

5) Copias de los memoriales dirigidos al señor Juez 35 de Instrucción Criminal por los doctores Simón de la Pava y Rafael Mier Duncán, apoderado aquél del doctor Buendía Barrios y Delegado Especial de la Procuraduría éste en la referida investigación, sobre la imposibilidad de adelantar bajo una misma cuerda —como ha venido haciéndose— el negocio iniciado contra el señor Francisco Echandía Santofimio por peculado y el seguido contra el doctor Buendía Barrios por hechos que con aquella infracción no guardan, en concepto de los memorialistas, conexión alguna.

6) Copias, no autenticadas, del "Informe de Prensa Nº 2" en que el doctor Nicolás Buendía Barrios le da cuenta a la opinión pública del Tolima acerca de las irregularidades advertidas en la dependencia administrativa a su cargo y de los incidentes y comunicaciones oficiales a que ellas dieron lugar; y del fallo proferido por el Juzgado 11 de Instrucción del Servicio de Inteligencia Colombiano, cuya parte resolutiva reza, en lo pertinente, "que son completamente infundados los cargos imputados al doctor Nicolás Buendía Barrios, Contralor General del Departamento del Tolima, en memoriales suscritos por Gilberto Zamora Pinzón y Alvaro Echandía, y que no existe el más leve indicio de culpabilidad ni mérito suficiente para iniciar acción penal de ninguna naturaleza en contra del precitado funcionario...".

7) Nueva certificación del Juzgado Segundo Superior de Ibagué, de la cual aparece que en el sumario contra Francisco Echandía y otros por peculado figura como sindicado el doctor Nicolás Buendía Barrios, quien fue oído en indagatoria y sostuvo careo con la testigo Mireya Toro Castro; que en las respectivas diligencias se han librado órdenes de captura para algunos procesados, y que al presente se revisa el expediente para dictar la providencia que corresponda.

8) Tres ejemplares del diario liberal "Tribuna" y nueve del diario conservador "El Orden", editados en Ibagué, donde se dan a conocer los hechos que originaron la investigación mencionada y se comentan las actuaciones del entonces Contralor Departamental doctor Buendía Barrios.

Se considera:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Estatuto Procesal, la radicación de los procesos penales en Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito sólo procede cuando ella se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado, o cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija el cambio de clima o residencia del mismo.

La expresión usada por el legislador para la primera de esas situaciones, que es la que aquí se propone, es demasiado amplia, pues basta que el traslado se estime conveniente a los intereses de la justicia para que él se decrete. Sin embargo, tres son los factores que ordinariamente determinan esa conveniencia: **parcialidad en los jueces, irregularidades en el procedimiento o ambiente judicial o público** que, en alguna manera, comprometan la imparcialidad del juzgador o la plena observancia de las formas propias del juicio.

En el caso de autos los dos primeros factores deben descartarse, pues ni el peticionario formula queja contra los funcionarios que han venido actuando en las respectivas diligencias sumarias, ni de las pruebas allegadas a su solicitud se infiere contra ellos cargo alguno. Sin que pueda reputarse como tal el seguimiento de la investigación bajo una sola cuerda para el ilícito de que se ha sindicado al señor Echandía Santofimio y para las imputaciones que al doctor Buendía Barrios se le hacen, porque la decisión relacionada con la conexidad o inconexidad de infracciones penales, como las demás que se tomen sobre pro-

blemas de carácter puramente jurídico, no es en sí ni por sí misma indicadora en los jueces de dañada o proclive intención.

El fin a que se encamina la documentación de que se hace mérito es el de establecer el desacuerdo existente entre elementos prestantes del medio social de Ibagué y el peticionario; la falta de buena voluntad con que a éste lo hostilizan allí algunas parcialidades políticas, por haber aceptado las funciones de Consejero Administrativo del Tolima contra el querer de las Directivas de su partido; y el desagrado que produjo entre algunos copartidarios suyos la destitución de empleados subalternos de la Contraloría de dicho Departamento, pertenecientes a la colectividad de que hace parte. "Los hechos enunciados y las pruebas aducidas —concluye el memorialista— indican que en la ciudad de Ibagué, donde son tan vivas las pasiones políticas, no habría un ambiente con la serenidad indispensable para conocer y juzgar el caso mío de la manera tranquila e imparcial que requiere la administración de justicia. Máxime cuando allí hay una innegable mayoría liberal y cabalmente de aquel sector del liberalismo que, por adverso al Gobierno Nacional, fue también adverso desde un principio a mi gestión como Contralor Departamental".

Ha sostenido la Corte que los cambios de radicación de los sumarios o procesos "no se justifican sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente" (XL, 105); y en concepto de 6 de octubre de 1954 se dijo: "Es obvio que si el traslado de jurisdicción de los procesos, cuando los motivos alegados existen, tiende a preservar el honor y el prestigio de la administración de justicia y a garantizar por igual los derechos de la sociedad y de los particulares, la medida resulta contraproducente en todos aquellos casos en que ella se autoriza sin razón suficiente" (LXXVIII, 1013).

De conformidad con este criterio, para que el ambiente de animadversión pública o social que a veces se forme en torno a la personalidad de un sindicado o procesado conduzca al cambio de radicación del respectivo sumario o proceso, no basta que él exista. Se requiere, además, que las condiciones adversas se proyecten en el medio judicial correspondiente o amenacen, al menos, afectarlo en términos que hagan temer fundadamente la imparcialidad del juzgamiento, como ocurre con mayor frecuencia en las causas que se tramitan con la intervención del Jurado, más expuesto que los jueces y tribunales de derecho al influjo de coacciones extrañas, cuya acción encuentra en la celebración de las audiencias públicas atmósfera propicia.

No desconoce la Sala que un sector de la sociedad de Ibagué se ha manifestado contrario a la persona del doctor Buendía Barrios, pues ello surge en parte de algunos de los documentos —formales o informales— acompañados a su solicitud. Pero no obra la prueba, siquiera incompleta, de que esa circunstancia haya influido o esté influyendo en la investigación de que conoce contra él, por responsabilidad en el desempeño de sus funciones como Contralor Departamental del Tolima, el Juzgado Segundo Superior de Ibagué. El mismo doctor Buendía Barrios se limita a decir que "no habría un ambiente con la serenidad indispensable para conocer y juzgar el caso mío de la manera tranquila e imparcial que requiere la administración de justicia"; y esta forma hipotética de expresarse excluye toda relación actual de causalidad entre los hechos que denuncia y la suposición de que sus derechos no se hallen debidamente amparados.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— emite concepto desfavorable por ahora al cambio de radicación solicitado en estas diligencias.

Cópiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa—Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.-FUERO DE LOS JUECES MUNICIPALES

1.—El fenómeno de la prescripción produce los efectos inmediatos de que cesen las consecuencias penales del delito. Su fundamento descansa en la consideración de que el transcurso del tiempo es un obstáculo legal para que el Estado, por conducto de los órganos jurisdiccionales, ejercite debidamente su facultad punitiva. Se afirma y es lo cierto que la fuerza natural del tiempo, hace que, por olvido, se extinga o disminuya la alarma social que trae consigo el ilícito cometido; además, al borrar las huellas, hace difícil el descubrimiento de la verdad histórica del hecho criminoso. Por otro aspecto, evita que se mantenga indefinidamente al procesado sin resolverle oportunamente su situación jurídica.

2.—De acuerdo con el artículo 44 del C. de P. P., el conocimiento de la primera instancia en las causas de responsabilidad que se sigan contra los Jueces Municipales no incumbe a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consulta la providencia fechada el diez de agosto próximo pasado, en la cual —previo concepto favorable del Ministerio Público— dispuso:

"Declara prescrita la acción penal en estas diligencias y por lo que se refiere a los doctores Mario Uricoechea y Hernán Baquero González. En consecuencia, ordénase la cesación de todo procedimiento contra dichos sindicados".

Hechos:

El señor Roberto Wiesner Urdaneta en memorial fechado el 27 de septiembre de 1950, solicitó del Ministerio de Justicia se iniciara la investigación correspondiente contra los Jueces Primero Civil Municipal y Cuarto Civil del Circuito de Bogotá por hechos que consideraba lesivos de sus intereses y por ende ilícitos, hechos relativos a la actuación de tales funcionarios dentro del juicio de lanzamiento promovido por Marcos Caicedo contra Leonor Wiesner Urdaneta, en el cual, se dice, se desconocieron al denunciante los derechos de oposición y retención que ejerció sobre el inmueble materia del juicio de lanzamiento.

Por esa época, según constancias procesales, los Juzgados Primero Civil Municipal y Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, estaban a cargo de los doctores Mario Uricoechea y Hernán Baquero González, respectivamente, cuya calidad se acreditó en autos con los documentos que en copia autenticada obran a folios 151 a 154 del cuaderno principal.

Concepto del Ministerio Público

"Desde la ocurrencia de tales hechos hasta la fecha del fallo del Tribunal —expone el señor Procurador Segundo en lo Penal— ha transcurrido un lapso superior a cinco años, suficiente para considerar prescrita la acción penal. En efecto, las penas señaladas en el Código Penal, para estos delitos, en ningún caso son superiores a cinco años, por lo cual como acertadamente lo anota el Tribunal, al operar la prescripción de la acción penal debería cesar todo procedimiento contra los citados jueces, de conformidad con los artículos 105 y 112 del C. P. y 153 del C. de P. P.

"Empero, observa la Procuraduría que el fallo consultado se refiere tanto al doctor Hernán Baquero González, quien para la época de los hechos denunciados ocupaba el cargo de Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, como al doctor Mario Uricoechea Martínez, Juez 1º Civil Municipal de Bogotá, cuyas copias de nombramiento, posesión y certificado de ejercicio del cargo corren a los folios 151 vuelto a 154 frente.

"De conformidad con el artículo 44 del C. de P. P. sólo el Juez 4º del Circuito Civil de Bogotá está favorecido con el fuero especial para el juzgamiento por parte del Tribunal Superior. Por lo

cual sólo podría confirmarse el fallo en cuanto se refiere a dicho procesado".

Se considera:

El fenómeno de la prescripción produce los efectos inmediatos de que cesen las consecuencias penales derivadas del delito. Su fundamento descansa en la consideración de que el transcurso del tiempo es un obstáculo legal para que el Estado, por conducto de los órganos jurisdiccionales, ejercite debidamente su facultad punitiva. Se afirma y es lo cierto que la fuerza natural del tiempo, hace que, por olvido, se extinga o disminuya la alarma social que trae consigo el ilícito cometido; además, al borrar las huellas, hace difícil el descubrimiento de la verdad histórica del hecho criminoso. Por otro aspecto, evita que se mantenga indefinidamente al procesado sin resolverle oportunamente su situación jurídica.

De acuerdo con el artículo 105 del Código Penal, la acción prescribe por el transcurso del tiempo que se prolonga según la gravedad de la pena señalada para el delito.

Teniendo en cuenta que la pena máxima aplicable en el caso de autos —en la hipótesis de estar probados los ilícitos—, en ningún evento excedería de cinco años de conformidad con los preceptos contenidos en el Libro II, Título III, Capítulo VI del Código Penal, debe concluírse que la acción adelantada en este proceso contra los doctores Mario Uricoechea y Hernán Baquero González se encuentra prescrita por haber transcurrido el término de cinco años exigidos por el artículo 105 del Estatuto Sustantivo a partir de la fecha de las actuaciones tildadas como dolosas por el denunciante, que de haberse consumado, lo habrían sido con anterioridad al 27 de septiembre de 1950.

Como de acuerdo con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de la primera instancia en las causas de responsabilidad que se sigan contra los Jueces Municipales no incumbe a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el de Bogotá carecía de competencia para resolver la situación del doctor Mario Uricoechea, quien no estaba amparado por el fuero especial del artículo citado. En consecuencia habrá de reformarse el fallo en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en 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 Segundo Delegado en lo Penal, REVOCA parcialmente la providencia consultada en cuanto por ella se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Mario Uricoecha y en su lugar DISPONE:

Primero. Compulsar copia de lo conducente del proceso y se envíe a la autoridad a quien competa conocer de los cargos de responsabilidad atribuídos al citado doctor Mario Uricoecha en el ejercicio de sus funciones como Juez 1º Civil Municipal de Bogotá.

Segundo.—CONFIRMAR en todo lo demás la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty P.—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

NATURALEZA DEL RECURSO DE REVISION. — REQUISITOS DE LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El condenado Eleuterio Avila, hablando en nombre propio, solicita de la Corte se decrete la revisión del proceso que se le adelantó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés por el delito de hurto cometido en cabezas de ganado mayor y por el cual se encuentra cumpliendo la pena principal privativa de la libertad que se le impuso en la sentencia de segunda instancia —reformatoria de la primera— pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

El recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal desde el punto de vista jurídico-procesal tiende a desvirtuar la autoridad de la cosa juzgada, puesto que, siendo una acción **sui generis** o autónoma, surge y puede ejercitarse solamente después de que se finalizan las dos instancias del juicio, vale decir cuando la sentencia condenatoria se encuentra en firme por fuerza del sello de su ejecutoria.

La finalidad del recurso de revisión, en síntesis, tutela la inocencia del sujeto condenado en virtud de que se restablece el imperio de la justicia contra los errores de hecho sobre los cuales se inspiró el proceso penal y se pronunció la sentencia condenatoria.

Por eso, no siendo la revisión un recurso simple de instancia, sino un acto de soberanía contra la injusticia, se ve bien claro que su fundamentación ha de hacerse mediante una especial demanda que contenga todos y cada uno de los requisitos esenciales de técnica que exige imperativamente el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, demanda que no toda persona, menos un profano en la materia, puede formular, sino una especializada en las disciplinas del Derecho; en una palabra: un abogado titulado e inscrito ante la Corte.

La demanda de revisión —de conformidad con el preanotado artículo 572 del Código de Procedimiento Penal— debe contener lo siguiente:

a) Determinación del juicio materia del recurso y la designación del Juzgado y Tribunal Superior que lo hubieren fallado;

b) Referencia del delito o delitos que hubieren dado motivo al proceso; la calidad y cantidad de la sanción que se hubiere impuesto al condenado;

c) Los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyare la demanda; y

d) Finalmente, la prueba de los hechos fundamentales, o sean aquellos en que se produjo el error judicial de condenar a un sujeto como autor o partícipe de una infracción penal, siendo inocente.

Si se lee el lacónico escrito presentado por el recurrente Eleuterio Avila, se observa que en forma alguna reúne los requisitos legales antes puntualizados, pues, sin acompañar las copias de los fallos condenatorios, habiéndolo ofrecido y sin determinar la pena que le impuso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, se limitó simple y nominalmente a hacer estas dos afirmaciones:

"A mí se me condenó sin oírme en juicio, no obstante ser una persona de actividades comerciales ejercidas en los municipios de García Rovira (S.), pues estaba constantemente dedicado a la compra y venta de ganados vacunos y de cerda, que volvía a vender, llevándolos a las ferias de otras plazas, inclusive la de Bucaramanga; teniendo, en todo caso que acercarme a las autoridades en demanda de certificados para garantía de las transacciones.

"Es verdad que diz que se surtió el emplazamiento previo para declararme reo ausente, pero las autoridades que conocieron los edictos y recibieron los requerimientos y las comisiones para capturarme, no cumplieron el deber de someterme a la **manus injectio**, no obstante mis pasos por plazas y mercados urbanos los días de feria en busca de animales para mi negocio".

Lo transcrito puede constituir una común queja o ordinario memorial de instancia, pero no

una jurídica y verdadera demanda de revisión que exige, como se ha dicho, fundamentación y demostración legal del proceso que se trata de revisar.

En casos concretos la Corte ha sostenido en relación con los requisitos y objeto de la demanda de revisión y con la persona que deba formularla, lo siguiente que los nuevos integrantes de la Sala de Casación Penal ratifica por coincidir estrictamente con su pensamiento jurídico:

"La revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada. Por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera **demanda**, y así la llama el artículo 574, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal. Como demanda que es, se halla sujeta a determinados requisitos que señala el artículo 562 **ibidem**, a saber: indicación del juicio cuya revisión se pide, el nombre del Juzgado y el Tribunal que fallaron el proceso; el delito o delitos que lo motivaron y la clase de sanción que se impuso; y los fundamentos de hecho y derecho en que se apoye el libelo. Además, con éste debe acompañar el interesado 'las pruebas de los hechos fundamentales'.

"Todo lo cual quiere decir que la demanda de revisión debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la Corte, conforme al mandato de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 69 de 1945, pues entre las excepciones que estableció dicha ley, no figura un acto de tal naturaleza, que implica, necesariamente, conocimiento en las disciplinas jurídicas". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXIX, pág. 357).

Por solicitud previa y como era obvio, la Secretaría de la Sala ha informado que el recurrente Eleuterio Avila no es abogado titulado e inscrito en la Corte.

Huelga todo lo demás que se diga para concluir que la Corte no tiene —por sustracción de materia— temas ni demostraciones para obrar de conformidad con los artículos 573 y 574 del Código de Procedimiento Penal, pues, se repite, que ni el escrito presentado por el citado Eleuterio Avila reúne las exigencias legales de forma y fondo de una demanda de revisión ni su proponente es abogado titulado e inscrito ante la Corte.

Debe, por tanto, declararse inadmisible el recurso de revisión de que se ha venido haciendo mérito.

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 extraordinario de revisión promovido por el condenado Eleuterio Avila a que se ha hecho referencia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández F.—Domingo Sarasty M.—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

Se caracteriza especialmente el delito de prevaricato (artículo 168 C. P.) en que el funcionario público proceda, al administrar justicia, movido por simpatía o animadversión; o de otra manera, en forma parcial y de modo que se cometa un acto injusto contra una persona o entidad; y que estos actos se cumplan a sabiendas o de modo intencional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

El señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Barranquilla remitió a la Corte la denuncia instaurada ante el despacho a su cargo por el doctor César A. Cepeda Andrade contra los doctores Juan Tovar Daza, Jesús María Fontalvo y Gerardo González Navarra, Magistrados del Tribunal Superior de ese Distrito, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y otras infracciones penales, según las denominaciones empleadas por el denunciante en la diligencia de ratificación de los cargos.

Perfeccionada la investigación, la cual estuvo a cargo del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, procede la Sala a calificar su mérito, teniendo en cuenta lo siguiente:

Aparece de estas diligencias que el abogado José Ulloque Meneses prestó sus servicios profesionales a Teófilo Kiuhan, en un juicio civil que éste adelantó a Elías M. Muvdi en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, y que para establecer formal prueba de los honorarios pidió aquél que absolviera posiciones el poderdante para que dijera cómo era cierto que el valor de ellos resultaba ser de $ 6.000.00; y que como Kiuhan no compareciera a absolverlas, el Juez lo declaró confeso y tuvo como cierto que debía a Ulloque Meneses la mencionada cantidad de dinero.

Instaurada ejecución el Juzgado Segundo Civil dicho, el 13 de junio de 1951 se dio por probada la excepción de *plus petitio* que alegara el ejecutado, disponiendo que la ejecución prosiguiera en cuantía de $ 1.100.00 que acreditaba deber el ejecutado al ejecutante; pero al conocer por apelación, el Tribunal Superior de ese Distrito, con fecha 14 de noviembre de 1951, revocó lo resuelto por el Juzgado y en su lugar declaró probada la excepción propuesta por el apoderado de Kiuhan solamente hasta la cantidad de $ 100.00 y ordenó adelantar la ejecución por $ 5.900.00, suma que se acreditaba debía el ejecutado a Ulloque Meneses.

Este ordenamiento del Tribunal determinó que el doctor César A. Cepeda Andrade, apoderado de Kiuhan, formulara la denuncia que dio origen a este proceso, contra los Magistrados de esa Corporación doctores Juan Tovar Daza, Jesús María Fontalvo y Gerardo González Navarra como miembros de la Sala respectiva, por hechos constitutivos según él de prevaricato, abuso de autoridad y otras infracciones. Dice al efecto, que el fallo relativo a las excepciones lo pronunció el Tribunal con injustificada demora el 14 de noviembre de 1951 y que: el título ejecutivo se basó en la declaratoria de confeso por $ 6.000.00 hecha por el Juzgado Tercero Civil al no asistir el demandado a la citación para que absolviera posiciones; pero que al hacer la declaratoria de confeso se violó la ley al no obtener copia de toda la actuación sino únicamente de tal declaratoria llevada a cabo a espaldas de Kiuhan; que al fallar el Juzgado Segundo del Circuito el juicio ejecutivo con fecha 13 de junio de 1951, reconoció que el demandante, legal y moralmente sólo debía pagar un mil cien pesos, "con base en los documentos auténticos que obraron al abrirse a prueba el negocio en el incidente de excepciones" y que al reconocer que Kiuhan únicamente está obligado a responder hasta un mil doscientos pesos, es "la obligación generada en el contrato de mandato judicial celebrado entre Kiuhan y Ulloque Meneses, contrato que tuvo su principio de ejecución en el abono que el mismo Ulloque Meneses exigió a Kiuhan por la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda legal, y que Kiuhan

abonó a los honorarios profesionales convenidos en el precio de un mil doscientos pesos ($ 1.200); y de allí que el Juzgado Segundo del Circuito Civil, sólo obligara a Kuhan en su sentencia a pagar el saldo a favor de Ulloque Meneses...": pero que el Tribunal, representado por los Magistrados Tovar Daza, Fontalvo Fontalvo y González Navarro que formaran la Sala de Decisión, en sentencia de 14 de noviembre de 1951, "revoca, reforma y enmienda acomodaticiamente el fallo de primer grado... en el sentido de declarar probada hasta cien pesos la excepción de **plus petitio**... y en el de que el doctor Kuhan no debe pagar la suma de un mil cien pesos ($ 1.100) a que se refiere el fallo del Juez a quo, sino que la suma que debe pagar es de cinco mil novecientos pesos ($ 5.900.00)"; que el Tribunal "a sabiendas desestimó la prueba, y asimismo el valor que tienen los contratos bilaterales, y este contrato celebrado por medio de la carta entre el ejecutante y el ejecutado, adquirió la plenitud de su valor probatorio durante el juicio ejecutivo: en el término probatorio en que se operaron por medio de las posiciones solicitadas con exhibición de los documentos, la carta-contrato y el recibo".

El carácter oficial de los doctores Juan Tovar Daza, Jesús María Fontalvo Fontalvo y Gerardo González Navarro como Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, quedó plenamente comprobado en los autos con las copias del acuerdo por el cual fueron nombrados (f. 17), las actas de posesión (fls. 23, 28 y 30) y la certificación del ejercicio del cargo (f. 33).

De la actuación relativa al juicio ejecutivo que motivó la providencia que dio origen a la denuncia del doctor Cepeda, se trajo copia de lo pertinente a los autos y de ella aparece que con fecha 13 de junio de 1951, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla (fls. 170 a 176, cuad. 1º) resolvió acerca de las excepciones de "carencia de fuerza ejecutiva del título por defectos intrínsecos y extrínsecos del mismo, excepción de **plus petitio**, y excepción de compensación total de la deuda" plantendas en él, concretándose a la segunda por ser la que halló probada. Estimó en efecto haberse aducido pruebas reductoras del monto de $ 6.000.00 que se tuvo en cuenta para librar la ejecución, porque siendo relativo el valor probatorio de la declaratoria de confeso y habiéndose allegado las que determinaban que lo debido por concepto de honorarios era de $ 1.200.00 conforme a carta que el ejecutado pasó al doctor Ulloque Meneses y que éste aceptó; y que como además se trajo un recibo del mismo por $ 100.00 de parte de esos honorarios, resultaba que el total de lo debido ascendía a $ 1.100.00. En consecuencia resolvió:

"Primero.—Declárase probada en el presente juicio ejecutivo, la excepción de **plus petitio** alegada por el apoderado del ejecutado:

"Segundo.—La ejecución propuesta continuará por la cantidad de **un mil cien pesos moneda legal** que se ha acreditado debe el ejecutado al demandante, según la parte motiva de este fallo...".

Interpuesta apelación el Tribunal, el 14 de noviembre de 1951, dictó sentencia en la que hizo extenso análisis de la situación planteada del juicio ejecutivo y en especial de lo relativo a la prueba de honorarios origen de éste y dice en algunos apartes:

"...Como se vio antes el documento de las posiciones, y en especial el de la tercera y sexta reunió en concepto del Juez las exigencias del artículo 902 del C. J., pero es natural aunque el Juez no lo dice en su auto de 17 de agosto del año pasado (mandamiento ejecutivo) ya que sólo se refirió a todas las posiciones en general, que el título ejecutivo, como se ha observado antes lo constituyen especialmente la confesión sobre las dos posiciones, la tercera y la sexta, que son las que propiamente hablan de los honorarios, y de la carta escrita por Kuhan que hace referencia a los del Tribunal. Así las cosas la Sala considera que la prueba así constituido, y que sirvió para librar orden de pago por la vía ejecutiva, no puede dividirse, ya que el doctor Kuhan no fue declarado confeso únicamente sobre la posición sexta, o a la inversa sobre la tercera, o sobre cualquiera de las que fueron presentadas ante el Juez 3º del Circuito, sino sobre todas y cada una de las preguntas o posiciones presentadas por el doctor Ulloque, y en estas condiciones, dada la relación que tienen la tercera y la sexta, el Juez no ha debido desmembrarlas, o analizarlas aisladamente, o referirse únicamente a la sexta, ya que en el auto de mandamiento de pago había hecho referencia, o había tenido como base el documento que constituye las ocho posiciones materia del incidente. Y siendo así como se ha visto, que el apoderado del doctor Ulloque Meneses al presentar sus posiciones que ha debido absolver el doctor Kuhan, habla concretamente de los honorarios ante el Tribunal, especificándolos (posición tercera), y de los honorarios en general (posición sexta), hay que llegar a la conclusión que la misma carta de 25 de abril de 1945, ya reconocida por el doctor Ulloque ante el juez del

proceso civil de las excepciones, no puede ser el documento necesario ni indicado por la ley para matar, como dice el distinguido apoderado del doctor Kiuhan, el derecho del actor, doctor Ulloque Meneses. La Sala conceptúa, pues que esta posición (sic) llamada de **plus petitio**, que se quiere probar con la tan mentada carta de 25 de Abril de 1945 no puede prosperar, en primer término porque esta carta no es en realidad un documento nuevo en el proceso, no es una prueba que el Juez desconocía pudiera decirse, porque su contenido o sobre su contenido hizo relación el solicitante doctor Ulloque en las posiciones que sirvieron, precisamente al Juez, para hacer la condena por la suma total de seis mil **pesos** ($ 6.000.00). Era ello mismo lo que se preguntaba al doctor Kiuhan, esto es, que nada decía esa carta sobre los honorarios correspondientes a la primera instancia del negocio Kiuhan-Muvdi. Se tiene, pues, que para poder enervar el derecho del ejecutante en el fondo, como lo anuncia y espera el apoderado del doctor Kiuhan, habría **habido** necesidad, como ya se dijo antes que el doctor Cepeda Andrade hubiera probado por medio de esa carta de 25 de abril o de cualquier otro documento escrito, que la deuda de honorarios en verdad, y en general se había acordado en la suma dicha de mil doscientos pesos ($ 1.200.00), **pero una prueba**, la de otra carta, que se limita sólo a fijar o hablar de honorarios por su asesoría y labor profesional, ante el H. Tribunal, no puede servir para excepcionar a la plena prueba que se obtuvo con la declaración de confeso hecha ante el juez competente y que trataba precisamente de fijar o acreditar **los honorarios** ante el Tribunal y los honorarios en general... En este caso no tendría cabida o asidero la tesis del Juez **a quo** en su sentencia, sobre la divisibilidad de la prueba, y la obligación, dentro de esa misma tesis del absolvente doctor Ulloque los cien pesos ($ 100.00) que le entregó el doctor Kiuhan, ya que aquél en reconocimiento que hace de su firma... así lo acepta. Por lo tanto se tendrá que reducir o rebajar de la suma total de la ejecución esta cantidad recibida por el doctor Ulloque Meneses... y así dicha ejecución debe proseguirse solamente por la suma de cinco mil novecientos pesos ($ 5.900.00....."

El Tribunal resolvió:

"Revócase la sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, por la cual se declaró probada la excepción de **plus petitio** propuesta por el apoderado del demandado, y en su lugar resuelve:

"1º Declárase probada la excepción de **plus petitio** propuesta por el apoderado del demandado, solamente hasta la cantidad de cien pesos moneda legal ($ 100.00);

"2º—Declárense no probadas las demás excepciones que han sido propuestas por el apoderado del ejecutado en este juicio... Prosígase la ejecución por la suma de cinco mil novecientos pesos ($ 5.900.00) moneda legal...".

Como según el denunciante hay conexidad entre la queja de que aquí se trata y la dada por él mismo al Fiscal Primero del Tribunal de Barranquilla contra Cristóbal González Navarra cuando ejercía éste el cargo de Director de Higiene Municipal, por la posible influencia que ese hecho haya podido tener en el pronunciamiento de la sentencia de excepciones, por ser el Magistrado Gerardo González Navarro hermano del Director de Higiene dicho, se recibió declaración al doctor Marcial Polo Avila, quien ejercía las funciones de Fiscal cuando la queja a que alude el denunciante se presentó. Este manifiesta a folio 31 del cuaderno 2º, ser cierto que esa queja existió, pero que no recuerda la solución que se le diera, debido al cúmulo de trabajo en aquella oficina, agregando que nunca trató cosa alguna con el Magistrado Gerardo González Navarra sobre esa queja, pues tiene poca amistad con éste e ignoraba que fuera hermano del doctor Cristóbal González Navarra.

El doctor Teófilo Kiuhan declaró a folio 30 del mismo cuaderno, relatando animadversión con el declarante, por parte del doctor Tovar Daza, porque en tiempo atrás y cuando aún no sabía quién era, lo veía por la calle y por algún parecido con un hermano del deponente a éste le producía hilaridad que la hacía ostensible con sonrisas significativas, lo que presume, provocara reacción colérica en el doctor Tovar Daza "máxime cuando Ulloque Meneses con sus antecedentes sospechosos y malsanos con su indelicadeza y deslealtad no se sabe qué más ha podido edificar de embuste en la mente del señor Juan Tovar Daza, para que en el fallo se diera ese vituje tan terrible".

En cuanto al Magistrado González Navarra expresa Kiuhan el mismo motivo de animadversión, lo que colige de haber llevado a cabo éste un embargo, en época en que era Juez, no obstante las explicaciones del celador del edificio donde ocurrió, tendientes a evitar ese acto, edificio que el Juez le había ordenado abriera o tumbaba la puerta por la fuerza: "todo esto demuestra una enemistad manifiesta para conmigo no habiéndole hecho nada de malo".

Y en relación con el Magistrado doctor Fontalvo Fontalvo, no aparece ningún cargo de enemistad, según se desprende del siguiente aparte de la declaración del doctor Kiuhan:

"Con el señor doctor Fontalvo Fontalvo puedo decir lo siguiente: hacía mucho tiempo que lo veía por la calle y en los Juzgados, pero no se conocíu el nombre, hasta que un día habiendo ido hasta el bufete de mi apoderado, doctor Cepeda, lo encontré allá y precisamente se estaba presentando un alegato en el negocio de Ulloque Meneses de que se ha tratado aquí. Apenas salió de donde el doctor Cepeda yo le pregunté a éste que quién era ese señor que yo conocía de vista que no sabía quién era, entonces el Dr. Cepeda me dijo que era el doctor Fontalvo, bastante inteligente, muy diestro y que le estaba indicando alguna cosa para presentar las excepciones, el negocio estaba todavía en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil. Yo entonces le dije al doctor Cepeda: mucho cuidado con eso, porque muchas veces y por lo que me ha pasado, abogados o amigos suyos que se las dan de tales son al mismo tiempo amigos de Ulloque y puede ser éste uno de ellos, que tenga mucho cuidado, de pronto viene a ver qué es lo que va a presentar y va y se lo cuenta a la contraparte, es decir, haciendo espionaje. Entonces me dijo, no, no tenga cuidado, se trata de un compadre mío, es muy bueno".

El único que fue interrogado sobre los hechos materia de la investigación fue el doctor Tovar Daza, quien explica que en junio de 1951 inició labores el nuevo Tribunal, y que mediante un Decreto del Gobierno se estableció allí la promiscuidad de los negocios judiciales en las Salas Penal y Civil, lo que trajo por consecuencia que los antiguos Magistrados no conocieran más de los negocios que tenían en sus despachos y por ello, el nuevo Tribunal entró a conocer de esos mismos asuntos dentro de un sistema anacrónico "que traía en sí la demora de los mismos", aparte del recargo de trabajo por el gran número de negocios existentes en la Corporación; que por esa circunstancia era preciso despachar de preferencia, entre los penales, los asuntos de preso y dejar los civiles "para mejor ocasión", pero que "la repetida entrada de negocios privilegiados por la circunstancia ya dicha de tener presos, iban aplazando el estudio de los otros contra la voluntad del mismo Magistrado. En estas condiciones el suscrito Magistrado que durante los meses de julio a noviembre de 1951 tuvo que revisar los negocios en que eran ponentes otros Magistrados en número que pasó de doscientos (200), tuvo a su estudio, no ya como revisor sino como ponente, 136 negocios, fuera de comisiones y otras diligencias que se practicaban por el Tribunal, de estos negocios había más de cien (100) penales, algunos con presos como he dicho que tuvieron preferencia a los civiles. Con todo, durante este tiempo el Magistrado pronunció 227 autos y 74 sentencias, de los primeros son penales más de 180 y más de 40 de carácter civil. De las sentencias se tienen 66 penales y 8 civiles. Como podrá anotarse... el trabajo penal sobrepasó abundantemente al civil". En lo tocante al negocio de que aquí se trata, afirmó haber entrado para fallo el 18 de julio y que salió con proyecto el 27 de octubre de 1951, regresando el 13 de noviembre del mismo año, siendo necesarias varias reuniones para discutir las aclaraciones u observaciones tendientes a adoptar el proyecto definitivo.

Conforme a la inspección ocular del folio 52 del cuaderno 1º el Magistrado Tovar Daza dio curso y profirió, en los meses de junio a noviembre de 1951, 67 sentencias, 53 interlocutorios y 132 de sustanciación en negocios penales; 8 sentencias, 9 autos interlocutorios y 35 de sustanciación, en asuntos civiles; y revisó 109 fallos penales y 6 civiles de los restantes Magistrados de la Sala.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptuó sobre el mérito del sumario y estima que no se han realizado los hechos de prevaricato y abuso de autoridad de que se sindicó a los Magistrados ya relacionados, y que en consecuencia, debe sobreseerse definitivamente en su favor, al tenor del inciso 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

Incurre en prevaricato conforme al artículo 158 del Código Penal "El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión a otros...".

Se caracteriza especialmente esta infracción en que el funcionario público proceda, al administrar justicia, movido por simpatía o animadversión; o de otra manera, en forma parcial y de modo que se cometa un acto injusto contra una

persona o entidad: y que estos actos se cumplan a sabiendas o de modo intencional. Y es lo cierto que en el caso a estudio no aparece demostrado de ningún modo que los Magistrados que profirieron la sentencia de 14 de noviembre de 1951, obraron movidos por alguna o algunas de las circunstancias preanotadas. Sobre el particular se expresa el Colaborador Fiscal:

"Estima este Despacho que los fundamentos que se han traído al expediente como causas de animadversión por parte de los señores Magistrados contra los doctores Kiuhan y Cepeda y de simpatía hacia el doctor Ulloque, no pasan del terreno de las suposiciones personales de las dos personas a quienes no favoreció el fallo del Tribunal y que el interés de llevar estas inquietudes a la cuestión penal como elementos del delito de prevaricato no parece ser más que una demostración del resentimiento que les causó aquel fallo o, como dice Kiuhan de su abogado doctor Cepeda, que... 'indignado como ha quedado mi apoderado del resultado de las gestiones en el Tribunal he tenido la noticia de que ha habido un denuncio contra los señores Magistrados' (f. 28 v. cuad. de la Parte Civil)".

En su sentencia el Tribunal hizo amplia y discriminada relación del punto debatido, y expuso, para resolver, su razonado criterio, que si difiere del consignado por el Juez de primera instancia en cuanto a la apreciación de las pruebas que se relacionan con las excepciones ameritadas, por este solo hecho no puede decirse que prevaricara, por cuanto este delito se cumple siempre y cuando que la decisión sea injusta, contraria a la ley, y que obedezca, en forma deliberada, a simpatía o animadversión a alguna de las partes, cuestiones éstas que no surgen sino en la mente del denunciante, según se infiere, por la simple razón de no haber sido favorable a los intereses que defendía, la providencia ameritada del Tribunal.

"El solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las partes y favorable a la otra —ha dicho la Corte— no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra: se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley". (G. J. LXII, 195) y según se ha visto, de haber proferido el fallo el Tribunal, contrariando la ley, así como haberlo dictado por afecto o desafecto a alguna de las partes, no obra en los autos, prueba que le demuestre en forma alguna, fuera de la afirmación del denunciante que por sí sola no es suficiente comprobación del delito.

El cargo de abuso de autoridad se hace consistir en haber dictado el Tribunal la providencia de 14 de noviembre de 1951 con "una demora injustificada", por cuanto el negocio en referencia, remitido al Tribunal en junio de 1951 por haber sido apelado el fallo del Juzgado 2º Civil del Circuito, sólo vino a proferirse la sentencia respectiva el 14 de noviembre del mismo año. Pudiera decirse que este cargo incide únicamente en el Magistrado Tovar Daza por ser el sustanciador del negocio. Si bien es cierto que es apreciable el tiempo que el negocio permaneció en el Tribunal, el Magistrado sustanciador ha dado razones satisfactorias respecto de esa demora. En efecto, como ya se vio, dio como razón el tener que despachar de preferencia los asuntos de preso, por la promiscuidad del despacho de los asuntos judiciales en el Tribunal, aparte del recargo de trabajo allí por el crecido número de negocios en curso. Además, conforme a la inspección ocular practicada durante el sumario, se estableció el movimiento de negocios a cargo del Magistrado Dr. Tovar Daza, por el tiempo de la demora con un rendimiento regular, aparte de que en lo general, la tramitación del recurso como el que fue materia de la apelación motivo de la sentencia proferida por el Tribunal, implica siempre algún tiempo apreciable, especialmente la revisión de los proyectos respectivos por los restantes Magistrados que componen la Sala. En el caso concreto, de otro lado, es preciso advertir que el punto debatido revestía singular importancia tanto por lo delicado de la cuestión de que se trataba, como por el volumen del expediente, que implicaba tanto al Magistrado ponente, como a los restantes de la Sala, un tiempo apreciable para su estudio.

En este orden de cosas se estiman satisfactorias las explicaciones dadas por el Magistrado doctor Tovar Daza en cuanto a la demora sufrida por el juicio en el Tribunal con ocasión del incidente de excepciones tantas veces mencionado, y en consecuencia "se considera que no hay lugar a deducirle responsabilidad penal alguna" como lo sostiene el Colaborador Fiscal.

En síntesis y conforme a lo que se deja dicho, el prevaricato que fue motivo de investigación no aparece que se hubiera realizado; y la demora de que igualmente se trata, si bien es cierto que se cumplió, no es constitutivo de delito, vale decir, se cumplen las condiciones para dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimien-

to Penal, disposición que opta por aplicar la Corte en lugar del artículo 437, inciso 1º ibidem, teniendo en cuenta que los Magistrados acusados no fueron llamados a rendir declaración indagatoria y ya que, de otro lado, son exactamente iguales para el caso los presupuestos que determinan a aplicar una u otra disposición.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en el fondo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal DECLARA que en las presentes diligencias no aparece configurado hecho delictuoso alguno imputable a los doctores Juan Tovar Daza, Jesús María Fontalvo Fontalvo y Gerardo González Navarro en su carácter de Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, y, en consecuencia, ORDENA cesar todo procedimiento en contra de los mismos.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cádena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

SIN CONOCERSE EL HECHO IMPUTADO, NO PUEDE DARSE APLICACION AL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el auto de fecha 21 de septiembre de 1954 por el cual declara prescrita la acción penal en este proceso y ordena, en consecuencia, la cesación de todo procedimiento en favor del sindicado doctor Zenón Hernández Moré por los cargos que se le hicieron en su condición de Juez Unico Civil del Circuito de Sabanalarga.

La investigación se inició a virtud de escritos que el doctor Gustavo Adolfo Solano dirigió al Tribunal Superior de Barranquilla y al respectivo Fiscal dando cuenta de que el juicio por despojo de María Eugenia Pallares contra Domingo Bolívar se había tramitado, en dicho Juzgado, con ausencia absoluta de las leyes de procedimiento y violación de los principios de la Constitución y de la ley.

Consideró el Tribunal que como "los hechos que se dicen ejecutados por el sindicado configuran un delito contra la administración pública que tiene señalada en el Código pena de prisión no mayor de cinco años, y como tales hechos tuvieron lugar hace más de nueve años, o sea en enero de 1945, se ha operado la prescripción de la acción penal prevista por el artículo 105 del Código Penal, que impone como lógica consecuencia la aplicación del artículo 153 del Código de Enjuiciamiento Criminal".

El señor Procurador solicita se revoque la providencia consultada para que se perfeccione la investigación, toda vez que advierte que los cargos hechos por Domingo Bolívar implican un delito de falsedad que tiene señalada una pena máxima de diez años de presidio "tiempo que aún no ha transcurrido desde la fecha de su posible consumación".

Al efecto dice:

"En primer lugar observa la Procuraduría que el Tribunal, en el fallo consultado, hace relación a la denominación del Título III del Libro II del C. P., sin dar el nombre genérico del delito imputado al ex-Juez Hernández Moré, pues había de la comisión de un ilícito 'contra la administración pública, y bajo ese epígrafe están comprendidos varios delitos, de los cuales unos ciertamente prescriben en cinco años pero otros en plazos muy superiores.

"Bastaría este motivo para pedir la revocatoria del fallo consultado, que de otra parte no se ajusta a los términos del artículo 168 de la Constitución Nacional; pero aún suponiendo que los hechos imputados al doctor Hernández Moré por el abogado Solano, sólo configuren un abuso de autoridad, o más todavía un delito de prevaricato, en cuyas hipótesis ciertamente habría operado el fenómeno de la prescripción, no se puede pasar desapercibido el cargo que le formula Domingo Bolívar, al folio 10 del expediente, cuando afirma que en el cuestionado juicio civil se incurrió en una falsedad, puesto que se hizo aparecer que la mayoría de las providencias se le notificaron por estado, cuando ello es absolutamente inexacto.

"De otra parte, en la diligencia de inspección ocular que corre a folio 12 del informativo aparece la constancia de que 'el Edicto por el cual se notificó la sentencia que obra al folio 24, no tiene la menor huella de haber sido fijado en el tablero de la Secretaría, ni con alfileres, ni con goma', con lo que prácticamente se corrobora el cargo del testigo Bolívar".

Se considera:

En los escritos de que antes se hizo mención se solicitó la nulidad de lo actuado en el referido juicio posesorio por despojo, entre otras razones porque, no siendo abogado inscrito el demandado, no podía continuarse la tramitación del juicio sin quebranto del artículo 71 de la Constitución Nacional; se sostuvo que al pronunciar la respectiva sentencia sin antes ordenar se subsanara la actuación "por no estar notificados legalmente ninguno de los autos proferidos en el proceso",

el Juez había obrado maliciosamente: y se transcribió un certificado secretarial según el cual "no existe ningún estado, ni constancia de que lo hubiese habido durante el año de mil novecientos cuarenta y cinco", lo que significa que no se notificaron los autos de 14 de diciembre de 1944 y de 23 y 26 de enero siguiente.

Por su parte, el señor Domingo Bolívar declaró en el informativo que el juicio posesorio decidido en perjuicio de sus derechos no se tramitó legalmente, ya que en él —dice— "se me ha vencido en una forma especial..., sin habérseme notificado personalmente ni por estado las providencias, apareciendo en el expediente que se me había notificado por estado, siendo una falsedad". Y en la diligencia de inspección ocular que se practicó por el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla sobre el negocio de que conoció el funcionario inriminado se hizo, entre otras anotaciones, la de que "el edicto por el cual se notificó la sentencia que obra a folio 24, no tiene la menor huella de haber sido fijado en el tablero de la Secretaría, ni con alfileres ni con goma".

En la providencia que es materia de la consulta no se determinaron por su nombre los ilícitos denunciados en los memoriales dirigidos al Tribunal Superior de Barranquilla y al Fiscal de la misma Corporación por el apoderado de Domingo Bolívar, sino que se habla apenas de "un delito contra la administración pública que tiene señalada en el Código pena de prisión no mayor de cinco años", y ello sin que se precise siquiera a cuál de las infracciones contempladas en el Capítulo III, Libro II, del Código Penal —no todas las cuales prescriben en el mismo tiempo— se hace referencia. Pero ocurre, además, como lo observa el Colaborador de la Sala, que allí no se menciona la falsedad denunciada por el señor Bolívar en la declaración aludida, la cual era menester investigar por no haberse extinguido la correspondiente acción cuando la Procuraduría Delegada rindió su concepto, y cuya consideración no puede omitirse al dársele aplicación al artículo 153 del Estatuto Procesal por el concepto de que se trata.

De acuerdo con la disposición que acaba de citarse y con obvios dictados de lógica jurídica, sin conocerse el hecho imputado no puede afirmarse su inexistencia, ni que el procesado no lo ha cometido, ni que la ley no lo considera como infracción penal, ni que la respectiva acción no puede iniciarse o proseguirse: y si, por otra parte, toda sentencia debe ser motivada, según el mandato del artículo 163 de la Constitución Nacional, el auto consultado —en cuanto participa de ese carácter— debe redactarse, en lo pertinente, con observancia de las reglas propias de esos pronunciamientos.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y acorde con él, REVOCA la decisión consultada para que allá se profiera como se indica en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández Peñalosa—Domingo Sarasty Montenegro. Eliberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS FUNCIONARIOS DE LA JURISDICCION ESPECIAL DEL TRABAJO

Como ni la Constitución Nacional (art. 163), ni la ley 6ª de 1945, orgánica de la jurisdicción especial del trabajo, han previsto qué autoridad debería conocer de las infracciones cometidas por un Magistrado de dicha jurisdicción; y como el Código de Procedimiento Penal es anterior a dicho estatuto, para llenar este vacío, es necesario acudir a lo dispuesto en el ord. 1º del art. 47 del C. de P. P., del cual se desprende que es al juez del circuito a quien corresponde el conocimiento de las infracciones en que incurrieren estos funcionarios. (Ver autos de noviembre 3 de 1947, LXIV, 153 y junio 18 de 1954, LXXVII, 913).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El señor Fabio A. Durán, en el memorial que precede, formula denuncia contra el doctor Manuel Villa Mendoza, Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, por violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 del Código Penal, en razón de haber dictado a sabiendas —dice el denunciante— "resolución contraria a la ley, expresa y manifiestamente injusta", con ocasión de la demanda que el señor Wilfrido Oliveros presentó contra Durán ante el Juzgado del Trabajo de la misma ciudad sobre "pago de supuestas prestaciones sociales", de la cual conoció en apelación el doctor Villa Mendoza.

Se considera:

La jurisdicción especial del Trabajo se instituyó por el Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 163 de la actual codificación constitucional), que facultó al legislador para establecerla y organizarla, finalidades que se cumplieron con la expedición de la ley 6ª del mismo año.

No se previó allí sin embargo, qué autoridad debería conocer de las infracciones cometidas por los Magistrados de la Justicia Laboral; y como la ley 94 de 1938 fue anterior al mencionado estatuto, tampoco se encuentra en su articulado disposición ninguna al respecto.

Necesario es entonces, para llenar el vacío, acudir a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 47 del Estatuto Procesal, según el cual los Jueces de Circuito conocen "De la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuido a otras autoridades". Así lo decidió esta misma Corporación, por auto de 3 de noviembre de 1947, al abstenerse de tramitar la denuncia formulada por el doctor Luis E. Cadavid contra los Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca y ordenar se remitiera a los Jueces de Circuito en lo Penal de Bogotá, porque "no existiendo norma alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— el juzgamiento de estos funcionarios y, siendo la competencia de orden público, no podría por vía de simple interpretación asignarse la Sala la atribución de juzgar a funcionarios públicos determinados sin expreso mandato de la ley" (LXIV, 153). Trámite igual se dio a la denuncia formulada por el doctor Luis J. Romero Peñaranda contra el doctor Juan de Dios Pabón, Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta (auto de 18 de junio de 1954, LXXVII, 913).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— se INHIBE de conocer de la denuncia de que se ha hecho mérito y, en su lugar, dispone remitirla a los señores Jueces del Circuito en lo Penal de Santa Marta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández Peñalosa—Domingo Sarasty Manrenegro. Hilberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Agotada la tramitación que a la segunda instancia corresponde, sin que se observe causal de nulidad declarable de oficio, y oído concepto fiscal favorable, debo decidirse sobre la providencia del Tribunal Superior de Popayán, por cuyo medio, el 30 de marzo de 1954, sobreseyó definitivamente a favor del doctor Alfonso Solarte Hurtado, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada, a quien se sindicó en concreto por violación de los artículos 168, 171 y 181 del C. P.

Resultando:

1º—El abogado Justo Velasco A., en el mismo acto de introducir una demanda posesoria ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali, solicitó y obtuvo de éste se sacaran copias, a efectos del artículo 11 del C. P. P., para iniciar diligencias penales contra el doctor Alfonso Solarte Hurtado, porque en su calidad de juez del Circuito de Puerto Tejada, comisionado por el correspondiente Juez civil de Cali, hizo uso de la fuerza para obtener la entrega de una finca ubicada en jurisdicción de Puerto Tejada; porque no aceptó unas presuntas oposiciones, y porque en el acta correspondiente alteró la realidad de los hechos, "conducta extraña" explicable por la simpatía del Juez hacia unos y animadversión con otros.

2º—Por este medio indirecto, el abogado Velasco A. obtuvo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán iniciara las diligencias contra el Juez Solarte Hurtado el 17 de mayo de 1952.

3º—Habiendo demandado Cornelia Tovar, por ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali, a Pablo Emilio Arango para que se le entregara una finca, situada en el punto de Güengüe, jurisdicción municipal de Puerto Tejada, se ordenó, por culminación del juicio posesorio, aquella entrega a la demandante, o a su apoderado, doctor Tomás Cabezas, para lo cual se comisionó al Juez del Circuito de aquella población, con la facultad de hacer uso de la fuerza en caso necesario. En cumplimiento de la comisión, por auto de 17 de septiembre de 1951, se fijó la hora de las nueve de la mañana del 21 del mismo mes, para iniciar la diligencia, que se llevó totalmente a efecto, según consta del acta correspondiente (fs. 7 y 8), en la cual, en síntesis consta que, identificada la finca, se encontró en ella al trabajador Ricaurte Hernández y a una señora "que se negó a dar su nombre", la cual hubo de ser conminada "para que saliera por las buenas con el fin de no apelar a la fuerza", y a quien se concedió algún tiempo para la desocupación. Cerrada el acta, hubo de dejarse constancia de que, a las once de la mañana, compareció Israel Rivas a oponerse, a cuyo efecto presentó copia de la escritura 146 de 12 de agosto de 1950, expedida por el notario del circuito de Puerto Tejada, y unas declaraciones extrajuicio, recibidas a solicitud de David Fory y Proviliano Rivas G., arrendatarios, según la escritura, de Francisco A. Carrasco, en la propiedad cuya entrega se acaba de realizar.

4º—Consta de autos que el Juez Solarte Hurtado solicitó y obtuvo el envío de seis agentes de policía al sitio de la diligencia (f. 38 vto.).

5º — Los declarantes Israel Rivas (f. 56 vto.), Enriqueta Minota (f. 54 vto.) y Rosendo Rivas (f. 58 vto.) coinciden en afirmar que hubo oposición a la entrega, para lo cual se puso de presente al Juez la copia de la escritura atrás mencionada y unas declaraciones con las que se acreditaba la tenencia del inmueble a nombre de David Fory y Priviliano Rivas, no obstante lo cual el Juez Solarte Hurtado, llamó a la policía e hizo desocupar el inmueble. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal anota cómo estos declarantes no son dignos de crédito por el vínculo de dependencia económica que los une con David Fory y Proviliano Rivas, interesados, a su turno, en la finca de cuya entrega se trataba. Efectivamente, aparece marcado interés de los declarantes, para afirmar, como lo hacen, la existencia de oposición. Cabe anotar, además, cómo

tampoco se halla probado por estos testigos el que la oposición se hubiera formulado y rechazado oportunamente, ni mucho menos surge de esas declaraciones simpatía del Juez por la parte demandante o su apoderado ni animadversión siquiera contra los presuntos opositores o demás personas vinculadas a las resultas del juicio en que se ordenó la entrega. Es de anotar, además, que las declaraciones fueron recibidas casi un año después de los sucesos y, no sólo por el lapso transcurrido, más también por la manera de contestar los testigos, parece que, si no fueron aleccionados directamente, se limitaron a repetir casi mecánicamente lo dicho hacía casi un año en el Juzgado Municipal de Puerto Tejada, fundamento de las declaraciones en este proceso (Cfr. f. 9 vto., 11 y 12 vto.); por lo demás, de lo declarado en el Juzgado Municipal, después de la entrega de la finca, se saca la impresión de que se obtuvo en las respuestas una repetición del contenido de las preguntas, y no contestaciones directas y personales, no influídas por los interrogantes que se planteaban.

6º — En contraposición a estos declarantes, se halla lo explicado por el doctor Solarte Hurtado, al rendir indagatoria. En esta pieza se lee, pormenorizadamente, cómo en realidad Enriqueta Minota no presentó oposición legal sino que su actitud fue puramente negativa, remisa y desobediente; cómo por eso hubo de pedir el auxilio de agentes de la policía; y cómo tampoco Israel ni Rosendo Rivas se opusieron oportunamente a la entrega.

7º—De las declaraciones del doctor Tomás Cabezas (f. 33 vto.), Pablo Emilio Arango (f. 65), Israel Bolívar Zapata (f. 89 vto.), Marco A. Endara (f. 96) y Edgard Valencia (f. 118 vto.) se infiere que, al llegar al Juzgado a practicar la diligencia, en la finca se encontraba Enriqueta Minota, cónyuge de uno de los Rivas, a quien fue a llamar, luego de haber manifestado que no tenía autorización para hacer entrega de la finca; que durante la diligencia nadie se presentó a hacer oposición propiamente tal; que el Juez hizo llevar policía debido a la actitud de algunas personas, pero no para amedrentar a nadie sino para hacer cumplir las órdenes del Juzgado; que únicamente después de terminada la diligencia y firmada el acta correspondiente, fueron presentadas la copia de la escritura y las declaraciones varias veces aludidas.

Sin que sufra mengua la situación del procesado, como en su lugar se dirá, puede hacerse caso omiso de la declaración del doctor Cabezas y de Pablo Emilio Arango, su invitado a la diligencia, ya que podría decirse que aquél, en su calidad de apoderado de la parte favorecida y éste como demandado en el juicio en que se ordenó la susodicha entrega —aunque no haya prueba al respecto—, tenían alguna inclinación hacia el doctor Solarte Hurtado.

Dejando, pues, a salvo la veracidad de los dos testigos que se acaban de mencionar, restan otras declaraciones, contra las cuales nada se puede decir, ni directa ni indirectamente, con lo que puede concluirse que no se probó ninguno de los cargos hechos al doctor Solarte Hurtado, y que, en cambio, las explicaciones de éste deben aceptarse, vale decir, que se comprobó que no hubo oposición legal en el momento de la entrega del inmueble; que sólo concluída la diligencia se presentaron documentos para fundamentar una especie de oposición; que las medidas adoptadas por el Juez lo fueron para hacer efectiva la decisión legalmente tomada de entregar la finca al doctor Cabezas, como apoderado de Cornelia Tovar; y que el recurso a la fuerza se dio por la actitud hostil de algunas personas, no por simpatía o animadversión hacia nadie.

8º—Por lo demás, está comprobada la calidad que ostentaba el doctor Solarte Hurtado el día de los hechos (fs. 23, 34 vto. y 35).

Considerando:

1º—Para que se configure el delito contemplado en el artículo 168 del C. P. es menester que se pruebe, en primer término, simpatía o animadversión hacia los interesados y, luego, que tales sentimientos hayan influído en el agente para decidir a sabiendas, contra la ley, de manera expresa o claramente injusta. La primera condición no fue probada, y sí en cambio se desvirtuó, puesto que el Juez Solarte Hurtado tomó la actitud revelada en autos, no por pasión o sentimientos contra los interesados, sino para lograr la efectividad de la comisión que se le había conferido, entre cuyos elementos estaba el de no aceptar como oposición manifestaciones de cualquier índole hechas fuera de lugar y el poder usar de la fuerza en caso necesario. Aunque la ausencia de tal primera condición haga superfluos otros comentarios, conviene añadir que tampoco aparece ni expresa ni clara la injusticia de las decisiones del procesado en el momento de la diligencia.

2º—Tampoco hubo violación del artículo 171 del Código en referencia, por cuanto no se probó que

el Juez Solarte Hurtado se hubiese excedido en sus atribuciones ni con ocasión de sus funciones cometiera o hiciera cometer acto arbitrario o injusto contra persona o propiedad. Su cometido era entregar la finca, y así lo hizo, dado que no se presentó oposición legal; además, tal entrega implicaba el que no se dejara ocupada ni por personas ni con objetos ajenos, por lo que tampoco obró mal cuando ordenó retirar unas y otros; si para obtener este retiro había que acudir a la policía, no se ve cómo pudo configurarse infracción penal por este respecto, supuesto que se trataba, con el auxilio de la fuerza pública, de dar cabal cumplimiento a la comisión.

3o—La última consideración es bastante a desvirtuar igualmente el cargo consistente en haber violado el Juez Solarte Hurtado el artículo 181 del C. P. Con efecto, si empleó la fuerza pública que estaba a su disposición, lo hizo no para consumar acto arbitrario o ilegal, sino precisamente para lograr la efectividad de la diligencia, estorbada por la hostilidad de algunas personas.

4o—Finalmente, tampoco falseó la realidad el Juez Solarte Hurtado porque en el acta se diga que Israel Rivas fue quien presentó los documentos, y no Rosendo Rivas como afirma el denunciante: basta decir que Enriqueta Minota, por ejemplo, da a entender que todos hicieron la presentación. Lo esencial era el haber probado que hubo una oposición legal que no se aceptó.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, acorde con el concepto del Agente del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa—Domingo Sarasty Montenegro. Eliecto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA.—ARTICULO 530 DEL C. DE P. P.—ELOGIO Y CENSURA. SANCIONES DISCIPLINARIAS. — DELITO DE PREVARICATO

1.—El Código de Procedimiento Penal en su artículo 530 prohibe a las partes y al público el elogio y la censura, el aplauso o las demostraciones hostiles para los Jurados, no sólo en el acto público de la audiencia, sino, también, después de concluidos los debates; porque el elogio, alabanza o testimonio de los méritos o condiciones de una persona; o la censura, dictamen o juicio para corregir o reprobar determinada conducta; o el aplauso o sea la aprobación con palabras o palmotes de manera de ciertas y determinadas actitudes, o las demostraciones hostiles, manifestaciones contrarias al derecho o a las buenas costumbres, le resta seriedad, imparcialidad e independencia a los miembros del Jurado, y, por consiguiente, al acto público de la audiencia.

El Legislador consideró que el revestir la audiencia pública de seriedad completa, era formalidad necesaria e indispensable dentro del procedimiento, para que las partes que intervienen en el juicio y el público que asiste a ellas no perturben el orden natural de la misma, para evitar demostraciones ostensibles en favor de uno u otro de los intereses que se debaten en el proceso, pues la presión que por este medio se ejerce sobre los miembros del Jurado es innegable, por lo cual era indispensable rodearlos de garantías para establecer la más amplia libertad de conciencia en ellos, y porque era "necesario imponer en el país un respeto profundo por toda la administración de justicia, suprimiendo por completo la idea de espectáculo que generalmente se tiene de las audiencias y sancionando el menor intento de desacato o de irrespeto". (Asuntos penales y penitenciarios, pág. 242).

De manera que la sanción disciplinaria impuesta por el Juez del conocimiento, tiene fundamento jurídico y moral; lo primero, porque es el cumplimiento de atribuciones conferidas por la ley; lo segundo, porque es una obligación y un imperativo de conciencia rodear de respeto y garantías a los miembros del Jurado, saber que no sólo vincula al Juez con las personas que concurren a la audiencia pública, sino, también, con las partes que intervienen en el juicio, como son los Agentes del Ministerio Público; por esto es por lo que, la Resolución que impone la multa al Fiscal del Juzgado Primero Superior, no pugna con ningún precepto de la ley sustantiva ni procedimental, es decir, se halla ceñida a la norma del artículo 530 del C. de P. P.

2.— El delito de prevaricato es la transgresión de la ley realizada por un empleado o funcionario público con actos de acción o de omisión. La existencia del delito se condiciona al hecho esencial de que el funcionario a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, movido por estímulos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. El obrar "a sabiendas" implica el conocimiento exacto, de modo cierto, a ciencia segura de que su decisión es contraria a la ley y de que con este acto se comete una injusticia movido por el interés altruista de simpatía hacia uno de los que intervienen en el juicio, o el egoista, de animadversión hacia otras, móviles de simpatía o animadversión que en la generalidad de los casos constituyen el motivo determinante del delito. Así, pues, la negación de uno de estos elementos o la falta de comprobación, hacen inexistente el hecho como figura delictual.

Cuando el funcionario —Juez de la Causa— en cumplimiento de la ley aplica sanciones disciplinarias (artículo 530 del C. de P. P.) no comete delito de prevaricato, porque ese acto es simple obedecimiento de un precepto legal que el Juez debe cumplir no sólo con las partes que intervienen en la audiencia, sino, también, con todas las personas que a ella concurren. Faltaría a sus obligaciones morales y jurídicas el funcionario que en la audiencia pública —juicios con intervención de Jurado— por actos de

omisión, complacencia o timidez, dejara irrespetar a los miembros del Jurado: su deber, se repite, radica en proporcionarles las garantías necesarias para que el veredicto se produzca con plena libertad y sin restricciones de ningún género, y esto, precisamente, fue lo que hizo el funcionario acusado; por consiguiente su proceder no comporta ninguna violación de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En providencia de septiembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Oscar Villegas Aristizábal, y ordenó consultar la providencia con el superior.

Hechos

El doce de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales se verificó la audiencia pública en el proceso seguido contra Moisés Osorio por un delito "del homicidio". El Jurado lo integraban los señores Miguel Alvarez Jaramillo, Mario Villegas Pérez y Alejandro Arango Cuartas. En el curso de la audiencia, uno de sus miembros, con el fin de saber si alguna de las personas que habían declarado en el juicio tenía algún parentesco con el procesado, en razón de llevar los mismos apellidos, hizo algunas preguntas sobre el particular, actitud apreciada por el Fiscal del Juzgado como un desconocimiento absoluto de los hechos y pruebas del proceso, lo cual le hizo proferir expresiones que los miembros del Jurado consideraron irrespetuosas, circunstancia que posteriormente y con base en el informe rendido por la Secretaría del Juzgado, dio bases para dictar la Resolución de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se impone al doctor J. Adán Montoya, —Fiscal del Juzgado— una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) a favor del Tesoro Nacional.

Investigación

Al sumario se allegaron los siguientes documentos:

a) Copia de la Resolución de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en la cual consta que el doctor Adán Montoya expresó que los jurados que habían interrogado al procesado "eran unos estúpidos" y "prejuzgadores" pues les dijo que "sin haber ellos leído el expediente iban a absolver al procesado Osorio" que los miembros del Jurado pidieron al Juez de la causa, tomara las medidas necesarias para hacerlos respetar, pues se sentían "lesionados en su reputación de hombres de bien". Esta certificación está firmada por el Secretario, los miembros del Jurado y dos testigos.

En la parte resolutiva de dicha providencia el Juzgado "declara incurso en multa de cincuenta pesos ($ 50.00) al doctor Adán Montoya Alvarez, Fiscal del Juzgado Primero Superior de este Distrito Judicial, a favor del Tesoro Nacional, los cuales consignará dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, en la Administración de Hacienda de esta ciudad".

b) Copia del Acuerdo de nombramiento y Acta de posesión del doctor Oscar Villegas Aristizábal, con la cual se acredita el carácter de funcionario público que como Juez Primero Superior tenía —en ese entonces— el sindicado.

c) Declaración de los señores Miguel Alvarez Jaramillo, Mario Villegas Pérez, Alejandro Cuartas, personas que intervinieron en el mencionado proceso como Jurados.

d) Algunas declaraciones y certificados con los cuales se acredita la buena conducta del doctor Villegas Aristizábal. Y,

e) Dentro de la investigación se recibió declaración indagatoria al acusado, que en lo pertinente expresa:

"El señor Fiscal, ajeno en un todo a la cortesía, le dijo al doctor Alvarez Jaramillo que una de las preguntas que le acababa de hacer al procesado era estúpida, y que los Jurados de conciencia desconocían o ignoraban el proceso, puesto que la misma pregunta lo estaba indicando; y agregó: lo que pasa es que los señores Jueces de Conciencia son unos estúpidos. Estas palabras las lanzó directamente contra el doctor Alvarez Jaramillo y el Sr. Mario Villegas Pérez, ya que este último Jurado de Conciencia cuando el doctor Alvarez Jaramillo interrogó al procesado se puso de acuerdo con su colega para que el procesado

le hiciere la aclaración de que se ha hecho mención.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de examinar los hechos, al referirse al delito por el cual se acusa al doctor Oscar Villegas, dice que los hechos no son constitutivos de delito, toda vez que, la Resolución dictada por el Juzgado no es contraria a la ley ni es manifiestamente injusta, y respalda su tesis así:

"No es contraria a la ley, puesto que el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal establece que ni las partes (el Ministerio Público es una de ellas en el proceso penal), ni el público, podrán elogiar o censurar, aplaudir o hacer demostraciones hostiles a los jurados ni antes de las audiencias ni durante ellas, ni después de concluídos los debates; facultando al Juez de la causa para aplicar las sanciones allí mismo establecidas, **disciplinariamente,** de oficio o a petición de cualquier persona".

"Claro que la disposición en cuestión no prohibe aquellas frases de homenaje, galantería o finura con las cuales los abogados y voceros, peritos y funcionarios, testigos, etc., pueden dirigirse o referirse al Jurado; como tampoco las exposiciones en las cuales se critique esa Institución conforme a las actuales concepciones del derecho criminal y de las ciencias penales.

"Lo que se prohibe es la agresión personal o particular a uno o a todos los miembros del Jurado: la grosería o ordinariez, aun verbal, contra ellos; las manifestaciones o expresiones tumultuarias de aprobación o de desaprobación; la tribuna en pro o en contra de uno o de todos los Jurados; etc. Es decir, la ley ha querido dar a los Jurados la más amplia, perfecta y completa garantía en todo lo relacionado con sus difíciles funciones, y a ello tiende no sólo la disposición acabada de citar, sino todas y cada una de las que directa o indirectamente digan relación con el Jurado, desde la elaboración de las listas respectivas y, hasta 'después de concluídos los debates', es decir, terminada su labor; entregado su veredicto; efectuado el escrutinio, si fuere del caso; o alguna aclaración o explicación si a ello hubiere también lugar.

"Y estas garantías son necesarias e indispensables para el cumplimiento adecuado del juramento exigido al Jurado, que debe obrar no escuchando 'ni el odio, ni el temor, ni el afecto' y recordando que la sociedad le ha confiado 'la más sagrada de las misiones y la de mayores responsabilidades presentes y futuras'.

"Ahora bien: aparece de la certificación del señor Secretario de la Audiencia que los señores Jurados 'solicitaron del señor Juez tomara las medidas de rigor' relativas a la forma de conducta adoptada por el señor Fiscal durante el curso de la audiencia respectiva.

"Esta actitud de los señores Jurados fue confirmada por ellos mismos en sus declaraciones rendidas en el presente proceso (fls. 11, 15 y 16 vto.).

"No puede pues decirse que sea expresa o manifiestamente injusta la Resolución de que se viene tratando, pues nadie menos ni nadie más que los mismos jurados son los que pueden determinar la calidad y cantidad o cualidad de la ofensa o desacato que pudiera habérseles inferido.

"Si ellos así lo estimaron —aunque el doctor Montoya Alvarez manifiesta que esa no fue su intención, si el señor Juez concuerda con los Jurados, con ello no incurre en acto expresa o manifiestamente injusto".

Se considera:

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 530 prohibe a las partes y al público el elogio y la censura, el aplauso o las demostraciones hostiles para los Jurados, no sólo en el acto público de la audiencia, sino, también, después de concluídos los debates: porque el elogio, alabanza o testimonio de los méritos o condiciones de una persona; o la censura, dictamen o juicio para corregir o reprobar determinada conducta: o el aplauso o sea la aprobación con palabras o palmoteo de manos de ciertas y determinadas actitudes, o las demostraciones hostiles, manifestaciones contrarias al derecho o a las buenas costumbres, le resta seriedad, imparcialidad e independencia a los miembros del Jurado, y, por consiguiente, al acto público de la audiencia.

El Legislador consideró que el revestir la audiencia pública de seriedad completa, era formalidad necesaria e indispensable dentro del procedimiento, para que las partes que intervienen en el juicio y el público que asiste a ellas no perturben el orden natural de la misma, para evitar demostraciones ostensibles en favor de uno u otro de los intereses que se debaten en el proceso, pues la presión que por este medio se ejerce sobre los miembros del Jurado es innegable, por lo cual era indispensable rodearlos de garantías para establecer la más amplia libertad de conciencia en ellos, y porque era "necesario imponer en el país un respeto profundo por toda la administración de justicia, suprimiendo por completo la idea de espectáculo que generalmente se

tiene de las audiencias y sancionando el menor intento de desorden o de irrespeto". (Asuntos penales y penitenciarios. Pág. 246).

De manera que la sanción disciplinaria impuesta por el Juez del conocimiento, tiene fundamento jurídico y moral; lo primero, porque es el cumplimiento de atribuciones conferidas por la ley; lo segundo, porque es una obligación y un imperativo de conciencia rodear de respeto y garantías a los miembros del Jurado, deber que no sólo vincula al Juez con las personas que concurren a la audiencia pública, sino, también, con las partes que intervienen en el juicio, como son los Agentes del Ministerio Público; por esto es por lo que, la Resolución que impone multa al Fiscal del Juzgado Primero Superior, no pugna con ningún precepto de la ley sustantiva ni procedimental, es decir, se halla ceñido a la norma del artículo 530 del C. de P. P.

"La sanción disciplinaria —dice el Procurador— está llamada a corregir y aún hasta inhabilitar a los funcionarios y empleados del Estado que infringen los deberes concernientes a los servicios públicos que se les confían, a fin de obtener el ordenado y regular comportamiento o funcionamiento de éstos.

"Las disposiciones del Derecho Penal disciplinario son en su gran mayoría preceptos de carácter muy general, que dejan amplio margen para encajar dentro de ellos la ilícita conducta de quien se considerare su infractor bien sea particular o bien funcionario o empleado público, y su aplicación puede efectuarse sin seguir las normas del derecho procesal penal, por medio de trámites breves y hasta discrecionales".

El delito de prevaricato es la transgresión de la ley realizada por un empleado o funcionario público con actos de acción o de omisión. La existencia del delito se condiciona al hecho esencial de que el funcionario a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, movido por estímulos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. El obrar "a sabiendas" implica el conocimiento exacto, de modo cierto, a ciencia segura de que su decisión es contraria a la ley y de que con este acto se comete una injusticia movido por el interés altruista de simpatía hacia uno de los que intervienen en el juicio, o el egoísta, de animadversión hacia otros, móviles de simpatía o animadversión que en la generalidad de los casos constituyen el motivo determinante del delito. Así pues, la negación de uno de estos elementos o la falta de comprobación, hacen inexistente el hecho como figura delictual.

Cuando el funcionario —Juez de la causa— en cumplimiento de la ley aplica sanciones disciplinarias (artículo 530 del C. de P. P.) no comete delito de prevaricato, porque ese acto es simple obedecimiento de un precepto legal que el Juez debe cumplir no sólo con las partes que intervienen en la audiencia, sino, también, con todas las personas que a ella concurren. Faltaría a sus obligaciones morales y jurídicas el funcionario que en la audiencia pública —juicios con intervención de jurado— por actos de omisión, complacencia o timidez, dejara irrespetar a los miembros del Jurado, su deber, se repite, radica en proporcionarles las garantías necesarias para que el veredicto se produzca con plena libertad y sin restricciones de ningún género, y esto, precisamente, fue lo que hizo el funcionario acusado; por consiguiente su proceder no comporta ninguna violación de la ley penal.

—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS

El bien jurídico tutelado por esta disposición —artículo 167 del C. P.— es la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y de los empleados públicos frente a los intereses del Estado. La intervención directa o indirecta en cualquier contrato u operación celebrada con entidades públicas y el empleado que por razón de sus funciones debe intervenir en él, y la utilidad o ganancia —intereses— derivada del mismo, crean la incompatibilidad e impedimento para celebrar negociaciones, factores que unidos entre sí configuran el delito de "las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas".

En todo delito, los elementos tanto objetivos como subjetivos deben demostrarse, pues la ausencia de uno de ellos implica la afirmación de la inexistencia del mismo. La simple comprobación del elemento material con ausencia del factor moral; o la existencia de un principio de ejecución del hecho sin comprobación del elemento intencional o dolo; o la existencia de un contrato sin la intervención del funcionario, desvirtúan la tipicidad del ilícito y conducen a la afirmación de inexistencia de violación de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, Joselyn Díaz V. ante la Corte Suprema de Justicia presentó denuncia contra el doctor **José Antonio Castañeda Morales**, por un delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas".

Hechos

"El Dr. Castañeda Morales —dice el denunciante— siendo Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo celebró un contrato de arrendamiento con el Departamento de Cundinamarca, sobre un inmueble situado en Tibirita (Cund.) para servicio de la Colecturía, por el término de un año contado a partir del 1º de enero al 31 de diciembre de 1955".

El doctor Castañeda Morales estaba impedido para celebrar dicho contrato porque el artículo 39 de la Ley 167 de 1941 C. A. prohibe a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo celebrar contratos con Entidades oficiales, porque el artículo 53 de la obra citada consagra como atribución de estos Tribunales la de resolver sobre la legalidad de los contratos celebrados con el Departamento, y porque el doctor Castañeda Morales como Magistrado que lo es de ese Tribunal, debe intervenir para declarar la validez o invalidez de dicho contrato, hecho que se halla prohibido por el Código Penal (artículo 167) que sanciona a los empleados que incurren en esta infracción.

Investigación

Al sumario se adjuntaron:

a) Copia del Decreto de nombramiento y Acta de posesión, documentos con los cuales se acredita la calidad de funcionario público que como Magistrado del Tribunal Administrativo tenía el doctor Castañeda Morales, y certificación sobre ejercicio del cargo.

b) Certificaciones: del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el cual consta "que no aparece constancia alguna de que la Gobernación del Departamento de Cundinamarca haya sometido a la aprobación del H. Tribunal ningún contrato celebrado entre el doctor José Antonio Castañeda Morales, con fecha 18 de enero del año en curso, por concepto de arrendamiento de un inmueble de propiedad del predicho doctor Castañeda Morales, ubicado en Tibirita".

Certificación del Secretario de Hacienda que expresa:

"Sobre el particular, me permito manifestar a usted que con el doctor Castañeda Morales no se ha perfeccionado contrato alguno para el año de 1956, y que en la Administración General de Rentas sólo obra una **minuta** de contrato firmada por el Visitador de Rentas de la Zona de Chocontá, minuta que no llegó a ser aprobada ni lo será por la misma Administración ni por la Secretaría de Hacienda".

También se recibió declaración certificada al Dr. Castañeda Morales sobre los hechos investigados y de esa exposición se colige que la minuta de contrato no tuvo existencia jurídica porque le faltó la firma del Administrador de Rentas de Cundinamarca y que de haber tomado la categoría de contrato no necesita aprobación del Tribunal por ser la cuantía inferior a cinco mil pesos ($ 5.000.00).

Que el doctor Castañeda Morales durante el tiempo a que hacen referencia los hechos, ni después, en su calidad de Magistrado, ni directa ni indirectamente ha celebrado operación alguna con entidades de carácter oficial, y que hasta la fecha no ha podido modificar la situación creada por el contrato verificado por su padre el doctor José C. Castañeda y el Departamento de Cundinamarca, en relación con el inmueble a que hace referencia el memorial de 21 de febrero de 1955.

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público —Procurador Primero Delegado en lo Penal— después de analizar los hechos, sostiene —como es la verdad— que entre el Departamento de Cundinamarca y el doctor José Antonio Castañeda Morales, no rige ningún contrato; que la minuta relativa al mismo no tiene validez por no haberse aprobado por el Visitador de Rentas de la Zona de Chocontá, y que ese contrato no se aprobó por causas ajenas a la voluntad del doctor Castañeda Morales; que en tales condiciones ninguna disposición obliga al acusado a intervenir en la revisión del contrato pues la cuantía no alcanza a la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), y concluye:

"Es evidente que el artículo 59 de la Ley 167 de 1941 prohibe a los Magistrados de los Tribunales Administrativos celebrar contratos, directa o indirectamente, con entidades de carácter oficial, pero la violación de esa norma no siempre se traduce en una infracción penal, sino sólo cuando el acto en el cual toma el funcionario público algún interés privado, pertenece a la esfera de la administración pública, ante la cual ejerce su propio cargo".

"Por consiguiente, este Despacho conceptúa que es procedente dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal en las presentes diligencias, ordenando la cesación de todo procedimiento contra el funcionario acusado, por cuanto no cometió el ilícito que se le imputó".

Se considera:

El bien jurídico tutelado por esta disposición —artículo 167 del C. P.— es la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y de los empleados públicos frente a los intereses del Estado. La intervención directa o indirecta en cualquier contrato u operación celebrado con entidades públicas y el empleado que por razón de sus funciones debe intervenir en él, y la utilidad o ganancia —intereses— derivada del mismo, crean la incompatibilidad o impedimento para celebrar negociaciones, factores que unidos entre sí configuran el delito "de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas".

En todo delito, los elementos tanto objetivos como subjetivos deben demostrarse, pues la ausencia de uno de ellos implica la afirmación de la inexistencia del mismo. La simple comprobación del elemento material con ausencia del factor moral; o la existencia de un principio de ejecución del hecho sin comprobación del elemento intencional o dolo; o la existencia de un contrato sin la intervención del funcionario, desvirtúan la tipicidad del ilícito y conducen a la afirmación de inexistencia de violación de la ley penal.

Es evidente que en relación al contrato hubo un principio de minuta o acuerdo previo, pero, también es cierto que esa minuta no tuvo existencia legal por no haber sido autorizada por el funcionario competente; y este requisito, necesario e indispensable para darle vida jurídica a las obligaciones en él contenidas, no se cumplió. Si esto es así, el delito, por este aspecto, no se configura, mucho menos en cuanto a la intervención del Magistrado acusado, porque el Tribunal Administrativo sólo tiene facultad para revisar contratos "autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos (artículo 260 C. C. A.)" y esta Entidad, según constancias procesales, no revisó contrato en el cual tuviera interés el Magistrado Castañeda Morales, lo que equivale a afirmar que el delito no

existió y que el funcionario acusado no lo cometió.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, DECLARA que el hecho imputado no ha tenido existencia como delito. En consecuencia, ordena CESAR TODO PROCEDIMIENTO en contra del doctor José Antonio Castañeda Morales.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Sandoval Valdárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Fernández F. — Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

REQUISITOS PARA LA IMPOSICION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD (ART. 29 DEL C. P.)—PRUEBA DE LA GRAVE ANOMALIA PSIQUICA. — EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ AGUDA Y VOLUNTARIA ES CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD PERO NO EXIME DE RESPONSABILIDAD

1.—La imposición de las medidas de seguridad de que trata el artículo 29 del C. P. exige la concurrencia de estos presupuestos:

1º—Que al tiempo de ejecutarse el hecho se encontrare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia, o padeciere de grave anomalía psíquica.

La presencia de estos requisitos la demanda perentoriamente el artículo en estudio.

2º—Que en el auto de proceder se haya hecho referencia a tal estado.

Esto porque el cuestionario que el Juez presenta a los Jurados ha de ser una síntesis del auto de proceder. El cuestionario debe ajustarse estrictamente a los cargos formulados en el auto encausatorio. Si en éste no se ha hecho mención de aquellas circunstancias especiales que, coexistiendo con la ejecución del hecho, determinan la aplicación de simples medidas de seguridad, no es entonces dable hacer relación a ellas en las preguntas del cuestionario a los Jurados, a menos que con posterioridad y en la causa, se haya demostrado, porque se quebranta la relación y la unidad de los hechos que deben mantenerse en estos dos elementos del proceso.

3º—Que en el cuestionario se incluya la pregunta relativa a la condición que sirve de fundamento para imponer las medidas de seguridad y que el Jurado la contesta afirmativamente.

Este presupuesto emana del principio básico en el derecho penal, cual es el de que el veredicto constituye la pauta invariable para que el juzgador dicte su fallo en los juicios en que interviene el Jurado. Es por eso que al Juez le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso.

Atento a estas consideraciones, el legislador de 1943 al expedir la ley 4ª modificó el artículo 498 del C. de P. P. en el sentido de exigir expresamente que en el cuestionario, cuando se trata de las circunstancias previstas en el artículo 29 del C. P., se agregue esta pregunta: "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 de grave anomalía psíquica?"

2.—No estando definido en el extenso cuadro de los estados psicopatológicos lo que ha de entenderse por "grave", es preciso que en cada caso concreto se acuda a la forma de investigación que indica el artículo 374 del C. de P. P. sometiendo al agente a la observación y estudio de facultativos que es en propiedad a quienes corresponde conceptuar en la materia.

3. — El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal ni queda eximido de responsabilidad porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos; sólo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 38 ibidem.

El estado de embriaguez influye en cuanto a la imposición de la pena en dos formas: como circunstancia de menor peligrosidad cuando es incidental y voluntaria y el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas, y como factor que modifica la sanción cuando determina en el agresor alguna de las condiciones que señala el artículo 29 del Código Penal; en este último caso se le tiene al delincuente como anormal y se le aplican medidas de seguridad, no penas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Penal.—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistas:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en sentencia del 15 de febrero de 1955, condenó a **Guillermo Hernández González** "a sufrir como medida de seguridad, reclusión en el Manicomio Criminal que destine el Gobierno, y por todo el tiempo que, a juicio de los psiquiatras oficiales, sea necesario para que el mencionado Hernández González deje de ser un peligro para la sociedad, pero que en ningún caso podrá ser menor de dos años". Como pena accesoria solamente le impuso el pago de los perjuicios civiles causados con la infracción, condena que se hizo en forma abstracta.

El Fiscal del mismo Tribunal, consecuente con sus intervenciones anteriores en que conceptuó que el procesado era responsable del delito de homicidio voluntario y de robo, sin base para colocarlo en alguno de los casos contemplados en el artículo 29 del Código Penal, interpuso contra el fallo recurso de casación y dentro del término oportuno formuló la demanda.

Los hechos y el proceso

En la mañana del 31 de marzo de 1953, Guillermo Hernández González caminaba acompañado del Agente de Policía David Hernández Díaz, su amigo, por la carretera que conduce de La Uvita a Chita.

En el sitio de "Tierra Amarilla" entraron a una tienda; Hernández González compró un cuarto de botella de aguardiente que ingirió con su compañero. Varias personas los vieron en seguida adelantar por la carretera y observaron que Hernández se encontraba en estado de embriaguez. A poca distancia, Isidro Duarte y Silverio Hernández presenciaron cuando Guillermo Hernández sacó un cuchillo y lo clavó por la espalda al policía quien cayó al suelo herido. Gonzalo Correa encontró a Guillermo junto al cadáver de David Hernández al que empujaba con el pie a tiempo que le decía: "¿Qué hubo? Párese". Momentos después otros testigos vieron a Hernández González con las manos y la cara manchadas de sangre, que en estado de avanzada ebriedad se ponía y se quitaba la gorra del Agente de Policía, ejecutaba movimientos desordenados y hacía disparos de revólver.

Una vez capturado sin resistencia, le fueron encontrados el revólver y una suma indeterminada de dinero, objetos que se comprobó ser de propiedad de la víctima.

No aparecen en el expediente antecedentes distintos de una vieja amistad entre los protagonistas del crimen, ni los móviles que impulsaron a cometerlo.

La diligencia de autopsia informa "que el cadáver de David Hernández Díaz presentaba una herida de bordes lisos, localizada en la región dorsal derecha, a dos centímetros aproximadamente de la columna vertebral, herida que interesó la piel, músculos de la región, la pleura, el pulmón correspondiente, el hígado en su lóbulo medio y parte de la membrana del pericardio". "La muerte se debió a esta herida por haber lesionado visceras y aparatos importantes".

Adelantada la causa, Guillermo Hernández González fue llamado por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo a responder en juicio criminal como autor de los delitos de homicidio y robo perpetrados en la persona y bienes de Juan David Hernández Díaz.

Hecho el señalamiento para la audiencia pública, se sometió a los Jurados de Conciencia el siguiente cuestionario:

"**Serie única—Cuestión primera**—El acusado Guillermo Hernández González, hijo de Nepomuceno Hernández y Pabla González, mayor de edad, natural y vecino de La Uvita en la época de los sucesos aquí investigados, soltero, agricultor y negociante de profesión, es responsable de haberle dado muerte a Juan David Hernández Díaz, mediante herida causada con arma punzo-cortante que le produjo los desastres orgánicos descritos en el acta de la diligencia necropsial, hecho ocurrido como entre las nueve y nueve y media de la mañana del día treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, entre los sitios de 'El Pozo' y 'Tierra Amarilla', vereda de San Antonio, jurisdicción municipal de La Uvita, sobre la carretera que de dicha población conduce a la población de Chita, y al ejecutar el hecho obró con intención de matar?"

"**Serie única—Cuestión segunda**—El mismo acusado Guillermo Hernández González, de las condiciones civiles y personales ya descritas, es responsable de haberse apropiado por medios violentos y con el propósito de lucro, de un revólver marca Smith y Wesson, de calibre 32 largo, niquelado (sic) y de una suma de dinero en cantidad no determinada, efectos éstos de propiedad de la

víctima Juan David Hernández Díaz, hechos ocurridos en las mismas circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera?"

"Serie única—Cuestión tercera—El mismo acusado Guillermo Hernández González, de las condiciones civiles y personales anteriormente anotadas, al consumar los hechos a que se refieren las cuestiones que preceden, padecía de anomalía psíquica producida por el alcohol?".

Los Jueces de Conciencia respondieron: al punto primero "SI"; al punto segundo "SI"; al punto tercero **"Sí por efectos del alcohol".**

De acuerdo con este veredicto el Juez condenó a Guillermo Hernández González "a sufrir como medida de seguridad la **libertad vigilada** por todo el tiempo necesario y que en ningún caso podrá ser menor de dos años" y al pago de los perjuicios civiles causados con la infracción.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, reformando la sentencia del inferior, profirió la del 15 de febrero de 1955, recurrida en casación.

La demanda

El Fiscal del mismo Tribunal invoca las causales 3ª, 1ª y 4ª que plantea y sustenta en la forma que en seguida se sintetiza:

CAUSAL TERCERA — **La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.**

El cuestionario propuesto por el Juez y el veredicto emitido por el Jurado, se refieren a un caso de homicidio simplemente voluntario y no al cometido en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal. La sentencia declaró que se trataba de un homicidio consumado en las condiciones que prevé la disposición citada, poniéndose así en desacuerdo con el veredicto.

CAUSAL PRIMERA.—**La sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.**

En la sentencia se impuso al procesado la pena que indica el artículo 29 del Código Penal en concordancia con los artículos 61 y 63. Estas disposiciones han sido mal aplicadas pues las pertinentes son las contenidas en los artículos 362, 58, 35, 38, numeral 5º, del Código Penal y 2º de la ley 4ª de 1943, ya que Guillermo Hernández González no se encontraba en las circunstancias que la ley señala para que tuvieran actualidad las que se le aplicaron.

El examen médico lleva a la conclusión de que Hernández González no es enajenado mental, ni un intoxicado crónico por el alcohol o por otra substancia, ni padece de grave anomalía psíquica.

CAUSAL CUARTA.—**La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.**

Esta causal se invoca como subsidiaria para el caso de que no prosperen las anteriores y se sustenta así:

Si se acepta que Hernández González al cometer los delitos porque fue procesado, obró en uno de los casos contemplados en el artículo 29 del Código Penal, resulta que el juicio está viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, nulidad que establece el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega que la jurisdicción no la da el auto de proceder sino la naturaleza del delito, la cuantía, el lugar donde se comete el acto y el fuero especial de las personas, de suerte que si en el proceso se prueba la existencia de circunstancias que imponen la no intervención del Jurado, debe prescindirse de ésta, no obstante que en el auto de proceder se haya conceptuado otra cosa.

Afirma que si Hernández González sufría cuando delinquió de grave anomalía psíquica, ha debido prescindirse del Jurado ya que la función de éste es decidir en conciencia sobre delitos en que intervienen la voluntad y la inteligencia en su estado normal.

Ampliación de la demanda

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal al cumplir la disposición del artículo 3º del Decreto Legislativo número 1154 de 1954, concede primacía a la causal cuarta y dice al respecto:

"El interés jurídico de la casación es prevalentemente de carácter general o social que no de privado o particular, ya que su fin principal está en uniformar la jurisprudencia nacional y el secundario el de enmendar los agravios inferidos a la sociedad o a sus miembros.

"Las razones de nulidad son de orden público y la jurisprudencia o doctrinas que al respecto se definan o formulen comprenden a todos los individuos en general, en tanto que las de relación entre el veredicto y la sentencia sólo atañen al individuo o sujeto sometido al proceso particular que se estudia.

"La Procuraduría estima que más puede aquí concurrir una nulidad constitucional (no haber se observado las reglas procesales para el caso)

que la incompetencia de jurisdicción que enfoca el señor Fiscal recurrente, puesto que, aunque el Jurado es conocido con el nombre de 'Juez de hecho', esto no es sino una simple denominación extralegal o de léxico jurídico a la que se recurre precisamente para distinguirlo, unas veces, y asemejarlo, otras, al Juez del Conocimiento, llamado 'Juez de Derecho', en quien sí radica jurisdicción, es decir la facultad de administrar justicia, vale decir la investidura jurisdiccional de la cual carece el Jurado, bien en sí o bien en cada uno de sus miembros.

"Indudablemente la existencia o concurrencia de la nulidad invocada depende de que el procesado esté o no sujeto a lo establecido en el artículo 29 del Código Penal, es decir, que al tiempo de cometer el hecho se hubiere hallado en uno cualquiera de los estados anormales allí indicados. De aquí que el señor Fiscal recurrente estime como subsidiaria la causal cuarta de casación que invoca, pues, en realidad, para entrar a considerarla se necesita que previamente se defina la personalidad del procesado.

"Con relación a las otras dos causales que invoca el señor Fiscal recurrente, la Procuraduría observa que el fin de ellas está comprendido en los siguientes párrafos de la demanda", citando a continuación los pertinentes.

"La Procuraduría ha querido relievar los puntos fundamentales respecto a la causal cuarta invocada por el señor Fiscal recurrente como subsidiaria para poder ampliar en esta forma el aspecto de la demanda. En cambio considera que los cargos y demostraciones de las otras causales invocadas no requieren ampliación especial por su firme contextura en la argumentación y por su ordenada y completa sustentación".

La Corte considera

Causal cuarta

De acuerdo con la Procuraduría, estima la Corte que a la causal cuarta corresponde primacía en el planteamiento y por ende en el estudio del recurso, ya que su importancia es de tal entidad que si se encuentra fundada, se hace improcedente entrar en el estudio de las demás.

La fundamentación real de la causal descansa en esta consideración: los hechos ocurrieron en 1953 cuando ya regía el Decreto número 3347 de 1950 que suprimió la intervención del Jurado para el juzgamiento de delincuentes a que se refiere el artículo 29 del Código Penal. Si se acudió a esa institución y Hernández padecía de grave anomalía psíquica, como lo aceptó el Tribunal, se aplicó un procedimiento indebido que genera incompetencia de jurisdicción, en concepto del Fiscal recurrente, y nulidad constitucional o supralegal, según el Procurador Segundo Delegado en lo Penal por no haberse observado las reglas pertinentes al caso. En uno y otra tesis el origen de la nulidad radica en el hecho de que el procesado padezca de grave anomalía psíquica, condición que es la que determina la aplicabilidad del Decreto 3347 citado.

Resulta de esto que lo primero que corresponde establecer es si se cumple tal condición.

La prueba, especialmente apta para el caso, consiste en el examen que los facultativos médicos practiquen al paciente por tratarse de apreciaciones de carácter científico que requieren conocimientos técnicos en la materia.

Los médicos legistas que practicaron el examen en Hernández González se expresan así:

"De la asistencia a la escuela, el trato con los compañeros, las observaciones de las sanas costumbres hogareñas, así como los estímulos que diariamente ponía para mejorar las condiciones de su vida, descubrían la persona de un joven hábil y apto para el trabajo y para la convivencia... Durante estas actividades comerciales no revela alteraciones que informen de su conducta peligrosa. Al tratar de descubrir los afectos se manifiesta ampliamente como elemento humano que respeta y venera las relaciones de sus familiares, como admira y defiende el honor de los demás y como quisiera servir a sus semejantes. No es fácil en el interrogatorio sospechar alteraciones del espíritu para justificar una conducta peligrosa moralmente".

Solamente, anotan, por relato del propio paciente, que en dos ocasiones sufrió pérdida de la memoria: una, en que despertó en los corredores de su casa sin recordar el momento en que hubiera abandonado el lecho, y otra, en la cual quedó dormido en una taberna, despertando al día siguiente en la pieza del hotel en que se alojaba sin saber quién lo condujo.

A este respecto dicen los facultativos:

"Para saber qué origen pueden tener las anomalías anteriormente anotadas, como la falta de la memoria, el sonambulismo y la limitación de la capacidad mental, practicamos varios exámenes con el funcionamiento general de su organismo y los antecedentes tanto de familia como de los personales. No encontramos dato que pudiera achacarse a herencias y en cuanto a su vida per-

sonal no se obtuvieron detalles sobre enfermedades agudas o crónicas. En general, todos los aparatos de la economía humana demostraban una normalidad satisfactoria, pero es de lamentar que la oficina carece de aparatos y de laboratorios para poder hacer un examen completo".

Refiriéndose al momento del crimen y tomando en cuenta las numerosas y uniformes declaraciones de testigos que vieron a Hernández González y a David Hernández Díaz poco antes de los hechos trágicos ingerir buena cantidad de aguardiente y que pudieron apreciar un estado de completa embriaguez en Hernández González, circunstancia además admitida por éste, dicen los médicos legistas:

"Viene en seguida el acto definitivo del cual perdió totalmente la memoria, so pretexto de haber fumado un cigarrillo de marihuana. En este dato aparece un acto de confusión mental bien relatado en los testimonios que se leen en el expediente. Guillermo Hernández da vueltas a muy poca distancia del sitio en que se sucedió la muerte del agente Díaz (sic). En esas vueltas se acerca al cadáver y lo golpea con la punta del pie para que se levante y le dice: "¿Qué hubo? Párese". Usa de la bolina del policía o el kepis, en forma de mofa. Se apropia del arma que lleva al cinto el policía y en la carretera trata de amedrentar a algunas personas que pasaban en ese instante. En dicha confusión no acierta a definir la falta cometida, ni a continuar el viaje, ni dar informe o detalle que pueda excusar su acción. Se deja fácilmente maniatar y conducir sin protesta a la cárcel. Ese estado de confusión mental tal como se encuentra en las exposiciones de los testigos, da la sensación de que era víctima de una perturbación psíquica".

Claramente aparece de la exposición transcrita que en Hernández González no se observa un ancestro, un desequilibrio de las actividades psíquicas que pudiera originar en él resultados antisociales y que bajo la influencia del alcohol fuera capaz de producir la "embriaguez patológica". Al contrario, su normalidad en todos los aparatos de la economía humana, su aptitud para la convivencia, su inclinación para admirar y defender el honor de los demás y su disposición para servir a los semejantes, "no permite sospechar alteraciones del espíritu para justificar una conducta peligrosa moralmente".

En tales condiciones, forzoso es concluir que las manifestaciones de Hernández González después de ejecutar el acto delictuoso, obedecieron a un estado de embriaguez común aguda en el período de "furibunda", en que las ideas se desordenan, los frenos de la voluntad se relajan y son frecuentes las expansiones alternadas de impulsividad, jocosidad, descontrol o incoherencia, seguido luego del de depresión o parálisis física de la individualidad, en el cual permitió su captura sin resistencia alguna.

Aparte del dictamen pericial no obra en el expediente elemento distinto comprobatorio de que Hernández González padeciera de alguna de las modalidades que en psiquiatría se entiende por grave anomalía psíquica.

En esas circunstancias, desaparece el fundamento para sostener que se hubiera incurrido en indebida aplicación de procedimiento al permitir la intervención del Jurado de Conciencia.

El mismo Fiscal que propuso la demanda de casación había dicho en la vista de la segunda instancia:

"Por lo tanto la Fiscalía también considera que el procedimiento, en cuanto a intervención del Jurado es correcto, pues las pruebas sobre la anomalía no daban base para que la causa se fallara sin intervención del Jurado, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 3347 de 1950".

Se desecha la causal.

Causal tercera

El cargo sobre desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, implica el examen de los dos términos de la comparación.

Ya se vio cómo el fallador impuso la pena de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal partiendo de la base de que el procesado sufría de grave anomalía psíquica.

Se vio igualmente que en el cuestionario la pregunta al respecto se formuló así:

"¿El mismo acusado Guillermo Hernández González, de las condiciones civiles y personales anteriormente anotadas, al consumar los hechos a que se refieren las cuestiones que preceden, padecía de anomalía psíquica producida por el alcohol?".

Y los Jueces de Conciencia respondieron: "Sí **por efectos del alcohol**".

La imposición de las medidas de seguridad de que trata el artículo 29 del Código Penal exige la concurrencia de estos presupuestos:

1º—Que al tiempo de ejecutarse el hecho se encontrare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por

el alcohol o por cualquiera otra substancia, o padeciere de grave anomalía psíquica.

La presencia de estos requisitos la demanda perentoriamente el artículo 29 del Código Penal.

2º—Que en el auto de proceder se haya hecho referencia a tal estado.

Esto porque el cuestionario que el Juez presenta a los Jurados ha de ser una síntesis del auto de proceder. El cuestionario debe ajustarse estrictamente a los cargos formulados en el auto encausatorio. Si en éste no se ha hecho mención de aquellas circunstancias especiales que, coexistiendo con la ejecución del hecho, determinan la aplicación de simples medidas de seguridad, no es entonces dable hacer relación a ellas en las preguntas del cuestionario a los Jurados, a menos que sea posterioridad y en la causa, se hayan demostrado, porque se quebranta la relación y la unidad de los hechos que debe mantenerse en estos dos elementos del proceso.

3º—Que en el cuestionario se incluya la pregunta relativa a la condición que sirve de fundamento para imponer las medidas de seguridad y que el Jurado la conteste afirmativamente.

Este presupuesto emana del principio básico en derecho penal, cual es el de que el veredicto constituye la pauta invariable para que el juzgador dicte su fallo en los juicios en que interviene el Jurado. Es por eso que al Juez le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso.

Atento a estas consideraciones, el legislador de 1943 al expedir la ley 4ª modificó el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de exigir expresamente que en el cuestionario, cuando se trata de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, se agregue esta pregunta:

"¿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 de grave anomalía psíquica?".

En el presente caso resulta evidente que en el auto de proceder no se mencionó la posibilidad de que Guillermo Hernández González padeciera de una grave anomalía psíquica. En tal providencia se le llamó a responder en juicio por el delito genérico de homicidio y por el de robo sin aludir a la circunstancia mencionada, cuya presencia tampoco se comprobó posteriormente en el juicio. Consecuencialmente en el cuestionario se prescindió de incluir la pregunta en la forma que preceptúa el artículo 29 de la ley 4ª de 1943: "¿padecía de grave anomalía psíquica?" (subraya la Sala).

No estando definido en el extenso cuadro de los estados psicopatológicos lo que ha de entenderse por "grave", es preciso que en cada caso concreto se acuda a la forma de investigación que indica el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal sometiendo al agente a la observación y estudio de facultativos que es en propiedad a quienes corresponde conceptuar en la materia.

Ya se demostró ampliamente al tratar de la causal cuarta que ni el dictamen de los médicos ni otro elemento del proceso da base para admitir la existencia de la anomalía psíquica con el carácter de "grave" que exige la ley. Al contrario, dice el concepto que Hernández González reseña habilidad y aptitud para el trabajo y para la convivencia sin que muestre alteraciones que informen de su conducta peligrosa ni autoricen sospechar perturbaciones del espíritu, y concluye afirmando que todos los aparatos de su economía humana demuestran una normalidad satisfactoria.

En tales circunstancias que el expediente relata y comprueba, procedió bien el Juez al no incluir en el cuestionario la pregunta relativa a la "grave anomalía psíquica" que exige la ley, y al adoptar la forma en que lo hizo, se refirió tan sólo a la embriaguez accidental o transitoria; por eso le limitó a "anomalía psíquica producida por el alcohol".

Los Jurados no sólo contestaron afirmativamente la pregunta del cuestionario, sino que para aclarar su concepto en forma nítida, repitieron la expresión "por efectos del alcohol". Fue la única modalidad que reconocieron.

A este respecto observa la Procuraduría:

"El estudio del expediente indica que la embriaguez de Hernández González fue voluntaria aguda no patológica que llegó a su clímax cuando cometió el homicidio en su compañero y durante los primeros momentos posteriores a ese hecho, habiendo decaído llegando al tercer grado (desaliento) cuando fue capturado y de allí que no hubiese presentado resistencia ninguna".

El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal ni queda eximido de responsabilidad porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos: sólo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 38 ibidem.

El estado de embriaguez influye en cuanto a la imposición de la pena en dos formas: como cir-

cunstancia de menor peligrosidad cuando es incidental y voluntaria y el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas, y como factor que modifica la sanción cuando determina en el agresor alguna de las condiciones que señala el artículo 29 del Código Penal; en este último caso se le tiene al delincuente como anormal y se le aplican medidas de seguridad no penas.

En el presente caso, el veredicto del Jurado admitió la primera forma y si el juzgador colocó al delincuente en la segunda, invadió la órbita de decisión de aquél y pronunció su fallo condenatorio en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Prospera la causal, haciéndose improcedente el estudio de las demás.

EL FALLO:

Dispone el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal que cuando se acepta como fundada una de las causales 1ª, 2ª o 3ª, se invalida el fallo recurrido y se dicta el que deba reemplazarlo.

Aparece plenamente demostrado en el expediente que Guillermo Hernández González es responsable del delito de homicidio voluntario de que trata el Capítulo I del Título XV del Libro II del Código Penal y del de robo a que se refiere el Capítulo II del Título XVI del Libro II del mismo Código, resultando así que el fallo del Tribunal infringió directamente los artículos 362, 33, 36, 20 y 52 del Código Penal y 2º de la ley 4ª de 1943.

No informa el proceso que en contra del delincuente se haya comprobado la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad; en cambio, quedó establecido que Hernández González cometió el ilícito en estado de embriaguez voluntaria y aguda lo que configura circunstancia de menor peligrosidad de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 38 del Código Penal.

Tampoco se conocieron los móviles determinantes del delito ni antecedentes desfavorables sobre la personalidad del agente. Estos factores han de influir en la determinación de la pena que se fijará atendiendo al principio del cúmulo jurídico o la acumulación intensiva y dentro del límite que indica el artículo 33 para el caso de concurso material de delitos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

Primero. — INVALIDASE el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en 15 de febrero de 1965 en la causa adelantada contra Guillermo Hernández González por homicidio y robo ejecutado en la persona y bienes de Juan David Hernández.

Segundo. CONDENASE a Guillermo Hernández González, de las condiciones civiles y personales ya indicadas, por los delitos de homicidio intencional y robo perpetrados en la persona y bienes de Juan David Hernández, hechos ocurridos el 31 de marzo de 1965, en el sitio de "Tierra Amarilla", Municipio de La Uvita, a las siguientes penas: nueve (9) años y ocho (8) meses de presidio que se cumplirán en el establecimiento represivo que señale el Gobierno; interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; publicación especial de la sentencia; pérdida de la patria potestad si la tuviese; prohibición durante un (1) año, una vez cumplida la condena, de entrar a cualquier lugar o establecimiento en donde se expendan bebidas alcohólicas, y al pago de los perjuicios civiles causados con la infracción, condena ésta que se hace en abstracto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen para la ejecución del fallo.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty M.—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL RECURSO DE CASACION NO PROCEDE CONTRA FALLOS DICTADOS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O DE POLICIA.—EL DECRETO 0014 DE 1955 ESTABLECIO EL RECURSO DE REVISION, NO EL DE CASACION, CONTRA LOS FALLOS DICTADOS EN LOS CASOS PREVISTOS EN ESTE DECRETO

1.—El recurso de casación tiene operancia únicamente respecto de fallos judiciales; pero, además, atendiendo a su carácter extraordinario, la ley ha indicado en forma taxativa los precisos casos en que puede intentarse sin que sea dable al juzgador entenderlos a otros señalados en la ley.

Entre ellos, no hay en el Código de Procedimiento Penal disposición alguna que autorice el recurso de casación contra fallos proferidos por autoridades administrativas o de policía, y no podía haberla porque los fines eminentemente jurídicos de tal recurso, entre los cuales cuenta el de unificar la jurisprudencia de los tribunales, no dan margen a semejante aplicación.

2.—El Decreto 0014 de 1955 en su artículo 62 establece el recurso de apelación y el grado de consulta ante el respectivo superior para las sentencias de primera instancia que se dicten de conformidad con dicho estatuto, y en el artículo 36 permite el recurso extraordinario de REVISION ante la Corte Suprema de Justicia en los casos contemplados por los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del C. de P. P. En ninguna parte faculta para interponer el recurso de casación contra los fallos pronunciados por autoridades de policía para reprimir los estados de especial peligrosidad social que el Decreto contempla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

La Gobernación del Departamento de Córdoba en sentencia del primero de marzo del año en curso, condenó a Manuel Salvador y Carmelo Montiel González, como autores del delito de "abigeato" de que trata el numeral 19 del artículo 7º del Decreto Extraordinario número 0014 de 1955, a la pena principal e indeterminada de dos a seis años de relegación a Colonia Penal Agrícola y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra el fallo interpuso recurso de casación el defensor de los procesados.

Vencido el término de fijación en lista señalado en el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso.

Siguiendo los trámites del citado Decreto 0014 de 1955, el Juez 7º de Instrucción Criminal, por comisión del Ministerio de Justicia y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 2º del Decreto Legislativo número 0241 de 1951, con carácter de Juez de Policía, profirió sentencia de primera instancia contra los procesados Manuel Salvador y Carmelo Montiel González acusados de la infracción denominada "abigeato" a que se refiere el numeral 19 del artículo 7º del precitado Decreto 0014.

La Gobernación del Departamento de Córdoba, confirmando la de primera instancia, dictó la sentencia que es objeto del recurso.

Se considera:

El recurso de casación establecido en los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal es procedente contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial en los procesos cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores y de aquellos que hayan conocido los Juzgados de Circuito por infracciones que tengan señalada en la respectiva disposición una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Es decir: el recurso de casación tiene operancia únicamente respecto de fallos judiciales; pero, además, atendiendo a su carácter extraordinario,

la ley ha indicado en forma taxativa los precisos casos en que puede intentarse sin que le sea dable al juzgador extenderlos a otros no señalados en la ley.

No hay en el Código de Procedimiento disposición alguna que autorice el recurso de casación contra fallos proferidos por autoridades administrativas o de policía, y no podía haberla porque los fines eminentemente jurídicos de tal recurso, entre los cuales cuenta el de unificar la jurisprudencia de los Tribunales, no dan margen a semejante aplicación.

El Decreto 0014 de 1955 en su artículo 62 establece el recurso de apelación y el grado de consulta ante el respectivo superior para las sentencias de primera instancia que se dicten de conformidad con dicho estatuto, y en el artículo 76 permite el recurso extraordinario de **revisión** ante la Corte Suprema de Justicia en los casos contemplados por los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. En ninguna parte faculta para interponer el recurso de casación contra los fallos pronunciados por autoridades de policía para reprimir los estados de especial peligrosidad social que el Decreto contempla.

Careciendo la Corte de facultad para considerar en casación la sentencia dictada en este proceso por la Gobernación del Departamento de Córdoba, debe declararse inadmisible el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el defensor de Manuel Salvador y Carmelo Montiel González contra la sentencia dictada el primero de marzo de mil novecientos cincuenta y seis por la Gobernación del Departamento de Córdoba.

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

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—José Estrada Monsalve · Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty M.—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — ERRONEA INTERPRETACION E INDEBIDA APLICACION DE LA LEY.—CUERPO DEL DELITO. — VEREDICTO Y SENTENCIA. — DEMANDA DE CASACION

1.—Los motivos de impugnación consagrados en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no son idénticos. La errónea interpretación de la ley no es lo mismo que la indebida aplicación de la misma. Si bien es verdad que los dos conceptos hacen referencia a la ley, los motivos provenientes del error en la interpretación difieren de los de la indebida aplicación; el primero, es la resultante de un concepto falso o equivocado sobre el espíritu, alcance y consecuencias de la norma en relación con el hecho; el segundo, es la aplicación de la norma o precepto a un caso distinto al contemplado en ella; en otros términos, la errónea interpretación de la ley se acondiciona al criterio subjetivo del juzgador quien al darle una interpretación equivocada a la norma puede agravar o disminuir en el fallo las consecuencias de la pena, como sería el hecho de interpretar erróneamente los términos desfiguración facial transitoria y desfiguración facial reparable, conceptos que no son idénticos sino de resultados distintos; la aplicación indebida de la ley se relaciona con el contenido material del precepto al sancionar el hecho con una disposición distinta e inaplicable al caso concreto, como sería para un homicidio simplemente intencional con la disposición correspondiente al homicidio agravado. Claro es que en algunos casos la errónea interpretación de la ley puede confundirse con la indebida aplicación de la misma, pero esta excepción no es la que domina el principio general de la causal primera de casación.

2.—Es evidente que en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, los elementos objetivos y subjetivos del delito deben determinarse, pues la demostración de estos factores son la base de la comprobación del cuerpo del delito. El hecho material es el resultado concreto de la actividad humana que conduce a la violación de la ley penal como expresión o resultado de la intención o voluntad y fin de la infracción; la cuestión moral se concreta a la facultad síquica de querer cometer el delito, la cual hace referencia a la intención, propósito, voluntad y fin de cometer un ilícito determinado; la suma de estos factores —hecho y responsabilidad— constituyen el cuerpo del delito (artículo 272 del C. de P. P.).

La determinación del cuerpo del delito (elemento material) y de la intención (elemento moral) es materia del auto de proceder, pero a esta afirmación no se llega por simples hipótesis, sino mediante análisis de los hechos y de las pruebas que los demuestran; sólo cuando el funcionario se halla en posesión de esa certeza moral y material declara que el hecho es constitutivo de delito, por consiguiente, penalmente imputable. Pero la responsabilidad en los juicios de derecho la declara el juez del conocimiento y en los juicios por Jurado cuando se reconoce la realización del hecho y la intención o propósito de cometerlo, la responsabilidad la declara el Juez en su veredicto.

3. Es evidente que el veredicto en consecuencia de la íntima convicción del Juez sobre los hechos —cuerpo del delito— y de la responsabilidad síntesis del propósito, intención o voluntad de cometer un hecho antijurídico, y cierto es, también, que el proceso no termina sino "cuando los jueces del pueblo absuelven o condenan; él llega a su final cuando el Juez de derecho dicta la sentencia respectiva". Pero la sentencia —en los juicios por Jurado— no es un acto independiente y soberano del Juez de derecho; es el desarrollo del veredicto; es la interpretación que el fallador hace de la respuesta para acomodarla a los preceptos legales, y en esta única oportunidad en cuando el Juez de derecho —Juzgado o Tribunal— pueden declarar el veredicto contrario a la

evidencia de los hechos procesales; pero en casación —juicios por Jurado— no puede alegarse la causal segunda, toda vez que su aceptación conduciría al examen del hecho y pruebas del proceso y como consecuencia de ello a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y éste no es el espíritu de la ley, ni la Corte puede hacerlo por no ser Tribunal de Instancia.

4. Lo esencial dentro del recurso extraordinario de casación, es saber formular una demanda para obtener un resultado. La demanda tiene una finalidad: hacer la crítica jurídica de la sentencia frente a la ley para pedir la infirmación del fallo. La petición que se formula, en casación, debe sujetarse a las normas estrictas señaladas por el artículo 531 del Código Judicial, porque las causales alegadas determinan el ámbito dentro del cual actúa el poder jurisdiccional de la Corte; de ahí que la demanda no debe confundirse con un simple alegato de instancia; éste no necesita de reglas o normas a las cuales debe ceñirse quien lo presenta, en cambio aquélla, necesita de conocimientos jurídicos y técnicos de las disposiciones que regula el recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, confirmó la del Juzgado Primero Superior por la cual se condena a **Daniel Castro Villamil** a la pena principal de quince años, un mes de presidio, como responsable de la muerte causada a Juan Antonio Suárez Martínez.

Contra esta sentencia el apoderado del recurrente interpuso recurso de casación y como se hallan cumplidas las formalidades legales, se procede a su estudio.

Hechos

El diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y uno en la ciudad de Chiquinquirá, en la cantina de Tomás Sierra libaban cerveza Alcibiades Ortega y Juan Antonio Suárez; posteriormente llegaron a ese lugar Daniel Castro Villamil y el propietario del establecimiento, quienes en compañía de los anteriores se dedicaron a tomar licor. Siendo las ocho o nueve de la noche surgió un incidente entre Suárez Martínez y Castro Villamil; éste amenazó a su contendor con arma de fuego (revólver), por lo cual Suárez Martínez para evitar consecuencias desagradables resolvió retirarse; pero Castro Villamil se situó en una de las puertas del mencionado establecimiento desde donde disparó contra Suárez Martínez; como consecuencia de esto, minutos después se produjo el deceso.

El veinticinco de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado llamó a responder en juicio a Castro Villamil por un delito "del homicidio" cometido en Juan Antonio Suárez Martínez. Determinación que respalda en la comprobación de los elementos objetivos y subjetivos del delito.

En esa providencia se dice que: el cuerpo del delito se demuestra con la diligencia de autopsia, con la partida de defunción, con la diligencia de levantamiento del cadáver y la presencialidad con la prueba testimonial; la responsabilidad la deduce de los conceptos médicos legales, de la prueba testimonial y otros elementos de comprobación allegados al sumario: en cuanto a la afirmación del homicidio agravado expresa:

"De acuerdo con el dictamen médico-legal la víctima fue agredida por la espalda, es decir, en circunstancias que la ponían en condiciones de indefensión e inferioridad".

Ejecutoriado el auto de proceder y tramitada la causa, a la consideración del Jurado se propuso el siguiente interrogatorio:

"Cuestión primera

"El acusado **Daniel Castro Villamil**, de veintiocho años de edad, natural y vecino de Chiquinquirá, hijo de Rafael Castro y Margarita Villamil, casado con Mercedes Díaz, comerciante y agricultor, es responsable, sí o nó, de haber causado la muerte con propósito de matar, a Juan Antonio Suárez Martínez, hijo de Ezequiel Suárez y Eloisa Martínez, hecho ocurrido en una de las horas de la noche del día diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, dentro del perímetro urbano de la ciudad de Chiquinquirá, con arma de fuego de corto alcance?".

"**Respuesta:** SI".

"Cuestión segunda

"El hecho a que se refiere la cuestión anterior, fue cometido por el citado Daniel Castro Villamil tomando a su víctima en estado de indefensión o inferioridad?".

"Respuesta: SI".

Las dos preguntas fueron contestadas afirmativamente por la mayoría de los miembros del Jurado. La expresión adverbial "SI" no tiene adición alguna: es el reconocimiento expreso, claro y terminante de la responsabilidad del homicidio agravado en la forma como fue contemplado en el auto de proceder.

Demanda

Como causales de impugnación, el apoderado del recurrente invoca la de los numerales primero, segundo, quinto y séptimo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"El Legislador en esta causal —dice el recurrente— parece que hubiera querido dejar muy claramente establecido que la errónea interpretación, es cosa diferente de la indebida aplicación de la ley. Pero ocurre en la práctica que la indebida aplicación de la ley tiene que ser corolario de una errónea interpretación de la misma. El juzgador aplica indebidamente la ley como consecuencia de haberla interpretado erróneamente.

"En el caso de autos la indebida aplicación se refiere al artículo 363 del C. P."

Esta disposición la relaciona con la del artículo 362, para concluir con la afirmación de que no está demostrado el delito en sus elementos morales y materiales.

"En el proceso motivo de esta casación —dice el recurrente— siempre se ha hablado del cuerpo material del delito, y para demostrarlo se citan piezas procesales tales como el acta de levantamiento del cadáver, la autopsia, etc. Pero nunca se ha demostrado que Castro Villamil tuvo la intención de dar muerte a Juan Antonio Suárez Martínez". Afirmaciones que deduce del examen de la prueba testimonial para concluir con la tesis de que el cuerpo del delito no se ha demostrado.

Posteriormente expresa:

"...tampoco aparece plenamente probado que el hecho se hubiera cometido acompañado de la característica 5ª, vale decir aprovechando cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. Para que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta como agravante de un homicidio, se necesitan elementos de juicio suficientes que puedan llevar al juzgador a la conclusión inequívoca de que la actividad psicofísica del incriminado en un momento dado, estuvo encaminada exclusivamente a preparar, por ejemplo, la indefensión de su víctima, o aprovechar la circunstancia de esta indefensión. Es de los casos en los cuales se necesita demostrar que el hombre premeditó su crimen. Y en el caso de autos, no había tiempo necesario para que tal proceso se pudiera llevar a cabo".

En síntesis, la indebida aplicación de la ley la ubica el recurrente en el contenido de los artículos 362 y 363, numeral 5º del C. P. ya que no habiéndose demostrado los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito "no se tuvo en cuenta lo que ordena el artículo 203 del C. de P. P. y por esa razón se violó la ley penal al dar aplicación indebida al artículo 363 del C. P."

Se considera:

Los motivos de impugnación consagrados en la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no son idénticos. La errónea interpretación de la ley no es lo mismo que la indebida aplicación de la misma. Si bien es verdad que los dos conceptos hacen referencia a la ley, los motivos provenientes del error en la interpretación difieren de los de la indebida aplicación: el primero, es la resultante de un concepto falso o equivocado sobre el espíritu, alcance y consecuencias de la norma en relación con el hecho; el segundo, es la aplicación de la norma o precepto a un caso distinto al contemplado en ella; en otros términos, la errónea interpretación de la ley se subordina al criterio subjetivo del juzgador quien al darle una interpretación equivocada a la norma puede agravar o disminuir en el fallo las consecuencias de la pena, como sería el hecho de interpretar erróneamente los términos desfiguración facial transitoria y desfiguración facial reparable, conceptos que no son idénticos sino de resultados disímiles; la aplicación indebida de la ley se relaciona con el contenido

material del precepto al sancionar el hecho con una disposición distinta e inaplicable al caso concreto, como sería penar un homicidio simplemente intencional con la disposición correspondiente al homicidio agravado. Claro es que en algunos casos la errónea interpretación de la ley puede confundirse con la indebida aplicación de la misma, pero esta excepción no es la que domina el principio general de la causal primera de casación.

Es evidente que en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, los elementos objetivos y subjetivos del delito deben determinarse, pues la demostración de estos factores son la base de la comprobación del cuerpo del delito. El hecho material es el resultado concreto de la actividad humana que conduce a la violación de la ley penal como expresión o resultado de la intención o voluntad y fin de la infracción; la cuestión moral se concreta a la facultad psíquica de quien comete el delito la cual hace referencia a la intención, propósito, voluntad y fin de cometer un ilícito determinado; la suma de estos factores —hecho y responsabilidad— constituyen el cuerpo del delito (artículo 272 del C. de P. P.).

La determinación del cuerpo del delito (elemento material) y de la intención (elemento moral) es materia del auto de proceder, pero a esta afirmación no se llega por simples hipótesis, sino mediante análisis de los hechos y de las pruebas que los demuestran; sólo cuando el funcionario se halla en posesión de esa certeza moral y material declara que el hecho es constitutivo de delito, por consiguiente, penalmente imputable. Pero la responsabilidad en los juicios de derecho la declara el Juez del conocimiento y en los juicios por jurado cuando se reconoce la realización del hecho y la intención o propósito de cometerlo, la responsabilidad la declara el Juri en su veredicto.

En los juicios por Jurado la sentencia se dicta de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate, es decir, sobre el veredicto (artículo 480 del C. de P. P.) y el examen de cargos —auto de proceder— como de las pruebas que sirven para respaldarlos y deducir responsabilidad, no corresponde hacerla al Juez de derecho (artículo 499) sino al tribunal de conciencia. En la valoración de elementos probatorios, en el examen de hechos como en el estudio de tesis de la defensa, el Jurado no está sujeto a tarifa legal de pruebas como el Juez de derecho (artículos 203, 204 y 205) sino, al concepto de plena libertad, de verdad sabida y buena fe guardada, que gobierna esta clase de juicios (artículo 27, Ley 4ª de 1943) para decidir con imparcialidad y firmeza que caracteriza a todo hombre honrado, sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y con la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se les interroga; en otras palabras, el criterio dominante para juzgar sobre la responsabilidad y circunstancias eximentes o modificadoras de la misma, es el de imparcialidad y convicción íntima de los hechos sometidos a su apreciación, por consiguiente, las pruebas referentes al cuerpo del delito concepto material y responsabilidad elemento moral es función privativa del jurado y no del Juez de derecho.

Si el veredicto, por una parte, es la norma que sirve de fundamento para imponer la sanción, y si por otra, éste se halla de acuerdo con los cargos deducidos en el auto de proceder —homicidio agravado— no puede afirmarse, en este caso, que la ley fue erróneamente interpretada o indebidamente aplicada, toda vez que el examen de elementos atinentes al cuerpo del delito, responsabilidad y circunstancias modificadoras o excluyentes de la misma, es función privativa de los jueces de conciencia.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

"El fallo que pronuncian los jueces del pueblo —dice el recurrente— es consecuencia de su íntima convicción sobre la responsabilidad penal que un hombre tenga o no por los hechos que a él se le hayan imputado. Es más que todo, una convicción de orden moral, producto de lo que en el momento de fallar aconseje la conciencia del juez de hecho. Por eso, su fallo muchas veces está en desacuerdo con la evidencia de los hechos vertidos en la realidad procesal, y en estos casos el Juez tiene la facultad de separarse de ese fallo en conciencia, cuando dicta su fallo en derecho que al fin y al cabo es la determinación más importante con que termina el proceso".

Posteriormente analiza la prueba indiciaria y pericial, para deducir que fue mal apreciada y que por errónea interpretación de los hechos se les atribuyó un valor probatorio que no tenían negándoles su verdadero contenido, por lo cual dice: "es procedente alegar en este proceso como

causal de casación lo que contempla el numeral 2º del artículo 567 del C. de P. P."

Se replica:

Para discrepar de un concepo o de una tesis, es necesario e indispensable oponer a ella los argumentos jurídicos o morales que la hacen inaceptable, ora, por equivocada, bien por no ser la interpretación lógica y natural del espíritu y contenido de la ley. Pero, formular reparos a una tesis jurisprudencial sin argumento valedero, es tanto como enunciar el tema y no demostrarlo, procedimiento anómalo que no tiene vigencia en el recurso de casación.

Es evidente que el veredicto es consecuencia de la íntima convicción del juri sobre los hechos —cuerpo del delito— y de la responsabilidad síntesis del propósito, intención o voluntad de cometer un hecho antijurídico, y cierto es, también, que el proceso no termina sino "cuando los jueces del pueblo absuelven o condenan: él llega a su final cuando el Juez de derecho dicta la sentencia respectiva". Pero la sentencia —en los juicios por Jurado —no es un acto independiente y soberano del Juez de derecho; es el desarrollo del veredicto; es la interpretación que el fallador hace de la respuesta para acomodarla a los preceptos legales, y en esta única oportunidad es cuando el Juez de derecho —Juzgado o Tribunal— pueden declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales: pero en casación —juicios por jurado— no puede alegarse la causal segunda, toda vez que su aceptación conduciría al examen del hecho y pruebas del proceso y como consecuencia de ello a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y éste no es el espíritu de la ley, ni la Corte puede hacerlo por no ser Tribunal de instancia.

"El examen de contraevidencia del veredicto —ha dicho la Corte— con base en la causal segunda, no es materia de este recurso. El estudio de hechos y pruebas del proceso en los juicios por jurado— es de incumbencia de los Jueces y Tribunales (artículos 537 y 554), primero, porque la Corte, para estos casos, no es Tribunal de Instancia; segundo, porque ese no es el espíritu ni la letra del numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: tercero, porque la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sentido de afirmar que la causal segunda es inoperante en los juicios en que interviene el Jurado; y cuarto, porque ese no fue el pensamiento de la Comisión redactora de la Ley 94 de 1938. Ella fue categórica en expresar: que en los juicios en que interviene el jurado, la causal, por ser injusto el veredicto, no puede ser motivo de un debate contradictorio de los hechos, pues, 'ni siquiera puede analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia'. Así dice:

"Hemos dicho que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el Jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia".

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causales quinta y séptima

No expresar la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados; y haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Los argumentos para sostener la impugnación de la sentencia por estas dos causales se expresan así:

"Causal quinta: habla esta causal de que ella es procedente cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. En este proceso, no se ha dicho que los hechos demostrativos de la intención que hubiera podido tener Castro Villamil en dar muerte a Suárez Martínez, estén plenamente probados, y no se puede hacer tal afirmación porque esos hechos no existen en el proceso. De ahí que la sentencia no los pueda expresar clara y terminantemente como debía hacerlo.

"Finalmente como corolario de lo planteado para alegar la causal 2ª, considero que también es procedente la causal 7ª porque el veredicto pronunciado en el proceso apenas por una simple mayoría de votos, es evidentemente contradictorio, porque no consulta la realidad procesal. En efecto, no se puede nunca condenar a un procesado sin que halle producida la prueba plena y completa de su responsabilidad.

"El Juez ha debido declarar contraevidente el veredicto porque está en abierta contraposición con la realidad que arroja el proceso. Y esta abierta contraposición nos la demuestra el estudio que he hecho de la prueba en esta demanda de casación. Estas razones me llevan a proponer,

también como causal la contemplada en el numeral 7º del artículo 567".

Se observa:

Deliberadamente se ha hecho esta transcripción para afirmar que la petición del recurrente en esta parte, no es ni constituye una demanda. La Sala estudió la primera y segunda causal, en atención a que el Agente del Ministerio Público contestó el traslado; caso contrario, hubiera sido procedente declarar desierto el recurso por ausencia de demanda.

Lo esencial dentro del recurso extraordinario de casación, es saber formular una demanda para obtener un resultado. La demanda tiene una finalidad: hacer la crítica jurídica de la sentencia frente a la ley para pedir la infirmación del fallo. La petición que se formula, en casación, debe sujetarse a las normas estrictas señaladas por el artículo 531 del Código Judicial, porque las causales alegadas determinan el ámbito dentro del cual actúa el poder jurisdiccional de la Corte; de allí que la demanda no debe confundirse con un simple alegato de instancia; éste no necesita de reglas o normas a las cuales debe ceñirse quien lo presenta, en cambio aquélla, necesita de conocimientos jurídicos y técnicos de las disposiciones que regula el recurso.

Enunciar una causal no es demostrarla; afirmar —en los juicios por jurado— que no se ha probado el cuerpo del delito ni el factor intencional con base en elementos probatorios ya valorados, es desconocer, por una parte, la misión del Juri frente a los hechos sometidos a su juzgamiento, y por otra, las atribuciones del Juez de derecho que, previamente, fueron determinadas por la ley: pedir a la Corte que declare la contraevidencia del veredicto en esta clase de juicios, es nada menos que ignorar que esta función es privativa de los falladores de instancia, y afirmar que la sentencia se dictó sobre un veredicto contradictorio cuando éste en su respuesta sólo contiene una simple afirmación "SI" es desconocer el espíritu que informa la causal. El principio de contradicción se predica respecto de proposiciones o términos inconciliables entre sí, pero de una simple afirmación no se deduce el principio de contradicción, porque —en este supuesto— falta la expresión o término comparativo que contradiga la primera proposición.

Como las causales alegadas únicamente se enuncian pero no se demuestran, los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo penal, NO INVALIDA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadete Copete—Jesus Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Alberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL. — LA RESPUESTA "SI ES RESPONSABLE, PERO SIN INTENCION DE MATAR" NO PUEDE POR REGLA GENERAL, TENERSE COMO VEREDICTO ABSOLUTORIO, SINO COMO AFIRMATIVO DE UN HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL

Ha sostenido esta Sala que el elemento que diferencia el homicidio intencional del ultraintencional, es el propósito, que en el primero es el de matar, y en el segundo, el de causar simplemente lesiones personales. En el homicidio preterintencional o ultraintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, es decir, que se ha producido un exceso en el resultado: "existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo, la muerte se produce por exceso de mal".

Igualmente ha dicho la Corte, que nuestro Código Penal tipifica este delito por el resultado de la acción, que sobrepasa a la intención o fin que el agente se proponía realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de mayor entidad del que efectivamente se exterioriza, o sea, que el resultado de la acción supera el fin o la intención del autor, porque éste tiene sólo como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

La respuesta dada por los Jueces de Conciencia en este proceso, en la cual se afirma la responsabilidad del acusado al dar muerte a la víctima, pero agregando o explicando que la intención no era la de causar esa muerte, debe tenerse, en sentir de la Corte y de acuerdo con sus fallos de casación de 6 de julio de 1955 y 26 de octubre de 1956, como declarativa de un homicidio preterintencional, que cae bajo las sanciones del artículo 365 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre diecinueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

Juan Bautista Aguirre Ortiz fue llamado a responder en juicio por el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Buga, para que compareciera ante el Jurado en su condición de autor del delito de homicidio en **Froilán Cuéllar**, cometido en la hacienda de "La Suiza", corregimiento de "Samaria", de la comprensión municipal de Caicedonia. El enjuiciamiento consideró que se trataba de un delito simplemente intencional o de propósito, sin modalidad alguna, puesto que, aunque cometido en el curso de una riña, ésta no tenía el carácter de imprevista para el acusado, comoquiera que él la había provocado.

Consentido el procesamiento y convocado el Jurado, a este cuerpo de Jueces de hecho le fue sometido por el Juez Superior el siguiente cuestionario:

"El acusado **Juan Bautista Aguirre Ortiz**, de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, es responsable, conforme a éste, de haber dado muerte al señor **Froilán Cuéllar**, con el propósito de matar, mediante una herida producida con arma corto punzante, hecho ocurrido a eso de las cinco de la tarde del día sábado 25 de abril de 1953, en la hacienda denominada 'La Suiza', situada en el corregimiento de 'Samaria', municipio de Caicedonia, de este Distrito Judicial?".

El Jurado contestó: "Sí es responsable pero sin propósito de matar".

El Juez Superior absolvió al procesado, estimando que ese veredicto desintegra la figura jurídica del homicidio, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga el 29 de noviembre de 1954. Este fallo de segunda instancia fue recurrido en casación por el señor Fiscal, quien formuló su demanda, apoyándola en el numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, en la causal 3ª de casación.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el traslado pidió se declarara desierto el recurso interpuesto por su colega de

la Fiscalía, por no haber llegado el escrito acusatorio a la Secretaría de la Corte dentro del término de quince días de que trata el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal. En apoyo de este pedimento citó varios fallos de esta Sala, en los cuales se sostiene que se puede aceptar que el escrito dirigido a fundar la demanda de casación pueda presentarse ante una autoridad distinta de la que conoce del asunto, pero debe llegar a ésta antes de expirar el término señalado por la ley, para que pueda tenerla en cuenta en el momento procesal correspondiente.

Planteado así el debate por el señor Procurador Delegado en lo Penal, debe la Corte decidir previamente si es el caso, o no, de declarar desierto el recurso, para lo cual le basta con ratificar su más reciente jurisprudencia, según la cual, cuando el recurrente es el representante del Ministerio Público, y tiene su sede en ciudad distinta de aquella en que funciona la Corte y carece de jurisdicción territorial para actuar en Bogotá, el traslado se surte en la Secretaría del Tribunal comisionado para notificar el auto que ordena ese trámite y hacer la entrega del expediente al Fiscal. En casos tales, el término corre en el lugar donde reside el Fiscal recurrente, y a éste le basta para que su demanda sea aceptada por la Corte, que la presente dentro del término legal en la Secretaría del Tribunal respectivo.

Decidido previamente ese punto, pasa la Sala a considerar el fondo y los fundamentos del recurso.

Los hechos

Juan Bautista Aguirre Ortiz desempeñaba en la hacienda de "La Suiza" las funciones de "alimentador", o sea, que suministraba la alimentación a los demás trabajadores, y cobraba una determinada cantidad fijada de antemano por el Administrador de la hacienda. En la semana anterior al 25 de abril de 1953, **Aguirre Ortiz** les suministró la alimentación a varios trabajadores, figurando entre ellos, Clemente Navarro, Froilán Cuéllar y un muchacho de apellido Giraldo, y con ellos arregló particularmente que el precio sería el de dos pesos diarios, contraviniendo así una orden del Administrador, quien había fijado un precio de un peso con cincuenta centavos al día. El sábado 25 de abril citado, **Aguirre Ortiz** cobró a los mencionados trabajadores el valor de la alimentación, a razón de dos pesos diarios, y ya en las horas de la tarde fue llamado a la oficina del Administrador, quien había recibido de los ya nombrados trabajadores la queja del cobro de la alimentación al precio ya dicho, de dos pesos diarios. **Aguirre Ortiz** le explicó al Administrador Gilberto Hoyos Arango, que a los reclamantes les había suministrado alimentación especial a ese precio, por arreglo directo y también especial con ellos, sin que esa explicación fuera aceptada por el Administrador, quien le ordenó que les devolviera el excedente. **Aguirre Ortiz**, disgustado por el reclamo y por la solución, sacó dos billetes de a diez pesos para que los reclamantes se pagaran del excedente, y, en esa forma airada les arrojó los billetes para que se pagaran; y cuando bajaba la escalera les lanzó un epíteto ultrajante y lesivo del honor materno, explicando que eran así por haberse comido la alimentación que les había suministrado y después iban a hacer reclamo para no pagarle. La frase hiriente y ofensiva fue contestada en la misma forma por **Cuéllar**, replicándole Aguirre con la invitación de que salieran al patio a pelear. El reto fue aceptado por Cuéllar, quien desenvainó su machete en tanto que Aguirre sacó una navaja de bolsillo. Cuéllar le dio un planazo por la espalda, al que contestó Aguirre con una puntada por la parte derecha del tórax, al nivel del sexto espacio intercostal. Cuéllar le descargó en seguida un golpe por el filo, lesionándolo de alguna consideración. La pequeña herida del pecho fue mortal, pues le perforó el pulmón y penetró en la aurícula derecha, ocasionándole la muerte por anemia aguda.

Aguirre Ortiz confesó haber lesionado a Cuéllar con la navaja, pero explicó que su intención no había sido la de darle muerte, sino la de "asustarle y por sostener la caña".

Posición de la defensa

Durante la audiencia, el señor defensor planteó ante los miembros del Jurado la tesis del homicidio preterintencional en una forma clara, sosteniendo enfáticamente que el procesado no había tenido intención de darle la muerte a **Froilán Cuéllar**, y que sólo había tenido la de herir. Terminó su alegación pidiendo a los Jueces de hecho, que contestaran que su defendido sí era responsable del homicidio, pero aclarando que no había tenido el propósito de matar, pues sólo había querido herir.

El siguiente es el texto del acta de la audiencia:

"...El señor defensor del procesado inició su exposición manifestando que el proceso no dejaba duda en cuanto a la autoría, por parte del pro-

cesado Aguirre Ortiz, y también en cuanto a las circunstancias y modalidades del hecho, en el cual aparece como víctima el señor Froilán Cuéllar, pero que lo que no aparece bien claro es precisamente uno de los elementos más importantes que integran el delito de homicidio, cual es el del propósito homicida, ya que el procesado como lo manifestara en esta audiencia al ser interrogado sobre el particular, sólo hizo uso de una pequeña navaja con el único objeto de amedrentar a Cuéllar o de asustarlo, en vista de que era objeto de ataque con una peinilla por parte de éste, sin que se hubiera dado cuenta en qué parte del cuerpo le ocasionó el chuzón; que dadas esas circunstancias, la del arma empleada, inidónea para causar la muerte; la parte donde infirió la herida, en el sexto espacio intercostal, derecho, que sólo por haber tenido el occiso el corazón al lado derecho como se infiere del dictamen médico legal que obra al folio 14 del proceso le ocasionó la muerte, pues de lo contrario sólo le habría ocasionado una pequeña herida que a lo sumo le daría ocho a diez días de incapacidad, y también se infiere que no tuvo la intención de causarle la muerte, no solamente porque el procesado niega tal intención homicida, sino porque la forma como se presentaron los acontecimientos, inopinada y súbitamente, a más de ser el procesado un pobre campesino ignorante de las partes nobles del cuerpo, llevan necesariamente a la conclusión de que en realidad el procesado no tuvo la intención de matar, muerte que se produjo por la fatalidad, pero jamás, como se ha visto, porque esa fuera necesariamente la intención del procesado.

"Si el procesado hubiera tenido tal intención homicida, y sabiendo, como sabe todo el mundo que una de las partes nobles del cuerpo es el corazón y que éste queda al lado izquierdo del pecho, la herida que le ocasionó al occiso Cuéllar hubiera aparecido en el lado izquierdo, y jamás en el derecho como está demostrado que infirió la herida, y sólo por el raro hecho de haber tenido el corazón el señor Cuéllar a ese lado, cosa que por otra parte ignoraba el procesado y posiblemente hasta el mismo Cuéllar, se produjo la muerte de éste. Pero que en caso contrario, sólo le habría producido una herida de incapacidad menor de quince días, y entonces no se le estaría juzgando por homicidio imperfecto (sic), sino por lesiones personales, porque esa fue la intención únicamente (se subraya). Que dadas las anteriores consideraciones, solicita muy encarecidamente de los señores Jueces de conciencia, en bien de los intereses de su patrocinado, a quien defiende de oficio sin más interés que el de que se haga justicia, se conteste el cuestionario sometido a su consideración en los siguientes términos:

"Sí, pero sin el propósito de matar".

La demanda

El Juez de primera instancia —dice el señor Fiscal recurrente—, interpretando erróneamente la decisión del Jurado, absolvió a Aguirre Ortiz de los cargos que se le formularon en el auto de proceder; y en igual error incurrió el Tribunal, interpretando el veredicto en una forma aún más favorable al procesado, que la sostenida por el propio defensor de éste.

Con base en ese planteamiento, acusó la sentencia de segunda instancia, fundado en la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por estar en manifiesto desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"Un veredicto como el dado por los Jueces de conciencia en este negocio —dice el señor Fiscal—, de ningún modo puede interpretarse por los Jueces de derecho, como erróneamente lo hizo el Juzgado de Primera Instancia y el Tribunal Superior, que la intención de los Jueces de conciencia fuera la de absolver al procesado Aguirre Ortiz por la muerte que éste causó a Froilán Cuéllar, por cuanto en forma muy clara expresaron aquéllos que el procesado "Sí es responsable" penalmente de la eliminación de la vida de Cuéllar. La noción que contiene la última parte del veredicto, cuando descargó para el acusado el propósito homicida, no puede interpretarse en el sentido de que el Jurado hubiera querido descartar toda responsabilidad y absolver al acusado Aguirre Ortiz. La interpretación absolutoria dada al veredicto es 'más papista que el papa', ya que ni el mismo defensor del procesado se atrevió a pedir al juri la absolución de su defendido, pues según se ha visto, por lo transcrito anteriormente, lo que el defensor sostuvo en la audiencia pública fue que a su defendido no se le podía hacer responsable de un propósito homicida, sino simplemente de la intención de lesionar a Cuéllar, para amedrentarlo o asustarlo. Se ve, por lo tanto, que el Jurado al dar el veredicto que dio en este caso, aceptando la responsabilidad de Aguirre Ortiz en la muerte de Cuéllar, pero descartando para aquél el propósito homicida, fue el de acoger la tesis del defensor, que planteó claramente para su defendido la situación de lo que se denomina un homicidio preterintencional

o ultraintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 de nuestro estatuto penal sustantivo, que dispone: 'El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasionare la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuida de la tercera parte a la mitad' ".

Decisión de la Corte:

En numerosos fallos ha sostenido esta Sala, que el elemento que diferencia el homicidio intencional y el ultraintencional, es el propósito, que en el primero es el de matar, y en el segundo, el de causar simplemente lesiones personales. En el homicidio preterintencional o ultraintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, es decir, que se ha producido un exceso en el resultado: "existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo, la muerte se produce por exceso de mal".

Igualmente ha dicho la Corte, que nuestro código penal tipifica este delito por el resultado de la acción, que sobrepasa a la intención o fin que el agente se proponía realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de mayor entidad del que efectivamente se exterioriza, o sea, que el resultado de la acción supera el fin o la intención del autor, porque éste tiene sólo como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

La respuesta dada por los Jueces de conciencia en este proceso, en la cual se afirma la responsabilidad del acusado al dar muerte a la víctima, pero agregando o explicando que la intención no era la de causar esa muerte, debe tenerse, en sentir de la Corte y de acuerdo con su más reciente jurisprudencia, como declarativa de un homicidio preterintencional, que cae bajo las sanciones del artículo 365, pues como se dijo en casación de 8 de julio de 1955 (G. J. Tomo LXXX, pág. 781), "el veredicto afirma la responsabilidad; declara que el acusado es autor de la muerte y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el Jurado hubiera negado la responsabilidad en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión "pero sin propósito de matar", no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional".

En el fallo que se está citando —que la Corte ratificó expresamente en la sentencia pronunciada en la causa seguida contra Fabio de Jesús Zuleta Marín y que aún no se ha publicado en la GACETA JUDICIAL—, se dijo que una respuesta como la que se ha transcrito no implica un veredicto contradictorio, porque la frase "Sí es responsable (parte primera), pero sin propósito de matar" (parte segunda), sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición, que es una frase explicativa de la afirmación, no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o de uno culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto así concebido no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie del homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción.

En esa misma sentencia del 8 de julio de 1955, se sentaron las siguientes normas para la adecuada interpretación del veredicto, normas que rectifican la jurisprudencia anterior (la acogida por el Juez y el Tribunal en el caso de Aguirre Ortiz), de que, negada la intención se desintegra la figura del homicidio intencional. Entonces se dijo:

"La jurisprudencia de la Corte, citada tanto por el Juez como por el Tribunal sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta o del contenido del auto de proceder o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la jurisprudencia de la Corte —como en el de estudio— no tiene ninguna operancia; lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad".

En la citada casación de Zuleta Marín, de fecha 26 de octubre último, la Corte dijo lo siguiente:

"En el auto de proceder se formulan al acusado los cargos correspondientes al homicidio, y en el cuestionario se interroga al Jurado sobre la responsabilidad, el propósito y el nexo de causalidad entre la acción humana del agente y el resultado dañoso de la muerte. Afirmados por el Tribunal popular estos tres elementos, los jueces de derecho se encuentran frente a un homicidio de simple intención. Cuando el Jurado afirma la responsabilidad, está indicando que el acusado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa; pero si le agrega que no se tuvo la intención de causar la muerte, apenas se niega el segundo de los elementos tipificadores (la intención), con lo cual el homicidio, por regla general, se convierte de intencional en preterintencional, pues no se ha negado el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Para absolver sería necesario que el Jurado negara la responsabilidad o afirmara alguna de las causales justificativas del hecho. Pero cuando afirma la responsabilidad, reconoce que el agente ejecutó los actos materiales que causaron la muerte, acepta la relación de causalidad entre la actividad del reo y el daño causado y niega apenas el propósito de matar, es lógico que está indicando que debe sufrir la pena correspondiente a esa responsabilidad así deducida, que no es otra que la prevista para el homicidio preterintencional. Absolver habiéndose afirmado la responsabilidad es arbitrario y conduce a la impunidad. Arbitrario, porque el Juez de derecho desconoce que su misión no es otra que la de condenar cuando el Jurado afirma la responsabilidad y la de absolver cuando los jueces de hecho niegan esa responsabilidad. Y que conduce a la impunidad es obvio porque establecido que se cometió un hecho punible por ser ilícito y sabiéndose quién es el autor, no obstante se deja a dicho agente sin sanción legal".

En el caso que ahora estudia la Corte tienen cabal aplicación las jurisprudencias que se acaban de citar, pues además de haberse afirmado la responsabilidad de Aguirre Ortiz en el homicidio de Cuéllar, explicándose que no había tenido la intención de matar, existe la propia afirmación del procesado ante el Tribunal Popular y las peticiones del defensor, muy claras en el sentido de sostener que el acusado no había tenido el propósito de causar la muerte, sino el simple de lesionar, para amedrentar o asustar a su contendor. Esta explicación del defensor tiene un respaldo muy razonable en el expediente, pues la autopsia revela que Cuéllar tenía el corazón bastante al lado derecho y que esa circunstancia desconocida para Aguirre, quien hirió en el lado no necesariamente mortal— pudo influir decisivamente en el resultado dañoso de la muerte. Habiendo sostenido el defensor ante el Jurado que su defendido sólo había tenido el propósito de herir, y que de no haber mediado la desafortunada circunstancia de tener Cuéllar el corazón al lado derecho, Aguirre sólo estuviera respondiendo por su verdadera intención (lesiones personales), es ilógico que la respuesta del Jurado se haya interpretado en un sentido aún más favorable que el propuesto y sostenido por el propio defensor en la audiencia. Esta pidió que se declarara la responsabilidad en el homicidio, pero que se negara la intención de matar, o sea, que planteó la tesis de un homicidio preterintencional.

Claramente se ve que existe un desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado, causal de casación según el numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, caso en el cual opera el mandato del artículo 570 de la misma obra (ordinal a), o sea, que la Corte debe invalidar el fallo acusado y dictar el que deba reemplazarlo.

Convertida la Corte en Tribunal de instancia, debe estudiar los antecedentes del proceso y las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad que caractericen la personalidad de éste, y fijar la pena que le corresponda.

La disposición penal aplicable es la del artículo 365 del Código Penal, que prevé que el acusado incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 36 y 39 de la obra en cita, y comoquiera que el acusado no tiene en su contra circunstancias de mayor peligrosidad de las contempladas en el artículo 37, y en cambio le favorecen su buena conducta anterior y el ímpetu de ira por haberse visto obligado a devolver parte del precio convenido como pago por la alimentación suministrada (numerales 1º y 3º del artículo 38 ibidem), se disminuye la pena en la forma extrema máxima autorizada por el artículo 365, en relación con el 362. O sea, que le corresponde al acusado una pena de cuatro años de presidio.

En cuanto a las accesorias, se dará aplicación a lo que disponen los artículos 58 y 59, teniéndose en cuenta, en cuanto a perjuicios, lo que previene el artículo 92 de la misma obra.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por au-

toridad de la Ley, y en desacuerdo con lo pedido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

Primero.—INVALIDASE la sentencia de veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), y en su lugar condena a Juan Bautista Aguirre Ortiz, de condiciones civiles conocidas y consignadas en el auto de proceder, y como responsable del delito de homicidio en Froilán Cuéllar, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, que cumplirá en el establecimiento que designe el Gobierno, con derecho a que se le compute como parte cumplida de la pena el tiempo que haya durado en detención preventiva.

Segundo.—Igualmente condénase al procesado Aguirre Ortiz, a las siguientes penas accesorias: publicación especial de la sentencia; interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad si la tuviere, y del arma con que cometió el delito, la cual se confisca en favor del Estado.

Tercero.—Condénase en abstracto, al procesado Juan Bautista Aguirre Ortiz, a pagar a los herederos de Froilán Cuéllar, los perjuicios causados con el delito. V.

Cuarto.—Revócase la orden de libertad caucionada de que está gozando el sentenciado, quien deberá ingresar al establecimiento de castigo correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Elbeto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA SURTIR LA DILIGENCIA DE INDAGATORIA EL PROCESADO NO PUEDE SER CAPTURADO SINO CUANDO HA SIDO REQUERIDO POR EL INSTRUCTOR Y SE RESISTE A PRESENTARSE PARA LA PRACTICA DE LA DILIGENCIA.—DELITO DE DETENCION ARBITRARIA

1.—Es sabido que la captura se da en múltiples situaciones, muy diversas entre sí, pero determinadas siempre por la ley, sin que autoridad alguna pueda extender su radio de acción fuera de aquellas demarcaciones legales, una de las cuales es la de practicar la diligencia de indagatoria, en las condiciones que se precisan en seguida.

La declaración indagatoria del procesado no es esencial en el juicio, ya que su finalidad es la de proporcionar la manera de presentar descargos y, en general, de ejercitar el derecho de defensa, con la adarmada explicación que el indagado haga de su conducta (C. de P. P., artículo 351). De ahí que, para efecto de aquella diligencia, no se pueda capturar sino al remiente, vale decir, al que, requerido por autoridad competente, no comparezca, si, de otro lado, no se está en algunos de los demás casos previstos por la Constitución y por la ley, porque de hallarse en presencia de alguno de éstos, la captura para cumplir con otra u otras normas de las que derivaría la facultad legal para privar de la libertad a una persona y no de la necesidad de indagarla. Tal es el caso de quien, teniendo en su contra auto de detención, es capturado, aunque primero se le indague y sólo posteriormente se le notifique aquella providencia: la captura se originó en el auto de detención en forma independiente de la indagatoria, supuesto que el inculpado no fuese remiente.

Cuando se trata de alguien que, requerido, no comparece a rendir indagatoria, se le debe capturar por fuerza de la obediencia debida al funcionario, lo que, en el fondo, equivale a afirmar que la privación de la libertad surgió de la obstrucción a la justicia: se impidió que el funcionario pudiese cumplir su cometido, que no es otro que el de conseguir la verdad, mediante el conocimiento cierto de los hechos que deben suministrar las personas que los conozcan, dejando a salvo los derechos de éstas. Así, pues, la captura no está necesariamente implicada en la necesidad de recibir indagatoria a alguien, de tal suerte que no todo procesado que ha de rendirla tiene que ser capturado para surtir la diligencia, sino sólo el que pretende evadir la orden debidamente impartida. Y éste solo puede darse cuando el Juez o funcionario o el comisionado, en su caso, han sido desobedecidos. Si se trata de persona que está fuera del municipio en que se practican las diligencias, sin que exista contra ella prueba para detenerla, debe librarse exhorto o despacho "a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo". (C. P. P., art. 334).

2.—Los elementos que tipifican el delito de detención arbitraria, según el artículo 295 del C. P. son: que se haya privado de libertad a una persona, que aquella privación de la libertad se haya ordenado por quien está investido de autoridad, y que esa privación de la libertad se haga por fuera de las prescripciones legales.

Este delito se consuma aun cuando la detención fuera relativamente corta, por cuanto lo que se sanciona es la privación de la libertad en sí.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñaloza)

Vistos:

Agotada la tramitación legal, sin que se observe causal de nulidad declarable de oficio, y previo concepto favorable del Ministerio Público,

debe decidirse la consulta de la sentencia dictada, el 30 de mayo de 1955, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por cuyo medio fue condenado el doctor José Antonio Jiménez, en su carácter de Juez Segundo del Circuito Penal de Chiquinquirá, por triple delito de detención arbitraria, a la pena principal de ocho meses de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal y pérdida de pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, pero no a la suspensión de la patria potestad; se ordenó igualmente el pago, en abstracto, de perjuicios y no poner en ejecución la sentencia durante el término de dos años con las condiciones que determina la ley.

Hechos:

El doctor José Antonio Jiménez, como Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, conocía de un negocio por varios delitos, entre cuyos sindicados figuraban Salomón Rodríguez, Cándido Candela y Luis Pineda, vecinos de Pauna, lugar de los hechos que motivaron aquella investigación. El 8 y 9 de agosto de 1948, para indagarlos, ordenó el Juez la captura de los tres individuos antes mencionados, lo que tuvo como consecuencia el que Rodríguez permaneciera en la cárcel durante dos días, y Candela y Pineda cuatro, al cabo de los cuales fueron puestos en libertad, sucesivamente, al surtirse con cada cual la respectiva diligencia instructiva.

Resultando:

1º—Cándido Candela denunció, ante el Tribunal Superior de Tunja, al doctor José Antonio Jiménez, porque éste, en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, libró boleta de captura contra el denunciante, y contra Luis Pineda y Salomón Rodríguez, sin que de tales hechos existiera "constancia alguna en el proceso" (f. 1 del cuad. 1º) y a pesar del carácter de empleados que tenían los capturados.

2º—Abierta la investigación por el Tribunal, se acreditó plenamente la investidura de Juez que tenía el procesado en el momento de tomar las referidas decisiones (f. 5 del cuad. 1º y 19 del 3º).

3º—Al folio 20 del cuaderno 1º aparece copia de dos boletas, una con el número 46, de agosto 6 de 1948, por cuyo medio se ordena mantener detenidos a Luis Pineda y Cándido Candela, y otra sin número, de 9 del mismo mes, en igual sentido y librada contra Salomón Rodríguez. Las boletas de libertad, según las copias, son, en su orden, la número 29, de 10 de agosto del año citado, a favor de Pineda y Candela; y la número 30, del día siguiente, a favor de Salomón Rodríguez. En las últimas boletas consta que a los capturados se les libertó incondicionalmente, se les "concedió excarcelación incondicional".

El 18 de noviembre de 1948, el Juez comisionado practicó una diligencia que debe desecharse y que pretende ser de inspección ocular, en asocio únicamente de su secretario, acorde con auto del 16 del mismo mes en que se omitió el señalamiento de testigos (f. 8 y s. del cuad. en cita).

4º—Tanto de la ratificación de Cándido Candela (f. 7) como de la declaración de Salomón Rodríguez (f. 7 vto.) se viene en conocimiento de que, sin haber sido dictado auto de detención contra ellos ni contra Luis Pineda, fueron privados de su libertad por varios días, para el solo efecto de recibirles indagatoria, aunque eran vecinos de Pauna y no hubo mérito para detenerlos inmediatamente después de tal diligencia.

5º—El procesado aceptó los hechos, con la explicación de que, como contra Candela, Pineda y Rodríguez, "agentes en ese entonces de la policía municipal de Pauna", aparecían "en el informativo cargos concretos que los señalan sin duda como responsables de los delitos antes mencionados, especialmente en los de asonada y daño en bienes ajenos, el Juzgado en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 346 del C. de P. P., en armonía con el 385 de la misma obra, ordenó la captura e incomunicación en las Cárceles de este Circuito, de los expresados agentes de policía, por el improrrogable término de setenta y dos horas, mientras se les recibía declaración indagatoria. Una vez que los sindicados rindieron su declaración de (sic) indagatoria en el Juzgado a mi cargo, se libró boleta de libertad en su favor, no porque los expresados señores no sean responsables de algunos de los delitos a ellos imputados, sino porque los delitos de asonada y daño en bienes ajenos, que son los que aparecen perfectamente demostrados en el informativo, no llevan aparejada pena de presidio o de prisión, sino las penas de confinamiento y arresto respectivamente. El negocio en cuestión no ha sido posible perfeccionarlo dentro del término que señala la ley al efecto, dada la circunstancia de que muchos de los sindicados residentes en el municipio de Pauna no ha sido posible que comparezcan a este despacho a rendir su declaración instructiva" (fs. 13 y 14).

Más adelante agrega: "El individuo que detuvo en forma precautelativa a los citados señores Candela y Pineda, fui yo por las razones ante-

riormente expuestas, y además porque hubo dos días feriados que fueron los días siete de agosto, sábado y el siguiente ocho domingo, en que permanecieron cerrados los Juzgados. Si de hecho se prorrogó por algunas horas más la detención de los expresados señores, esto obedeció a que se trataba de tres individuos a quienes había que recibirles declaración indagatoria, siendo por otra parte demasiado recargado el trabajo en el Juzgado a mi cargo, por cuya razón había que darle preferencia a algunas diligencias importantes relacionadas con excarcelaciones e indagatorias en asuntos de preso" (f. 14).

6º—De los anteriores elementos de prueba se concluye, con evidencia, que el Juez Segundo del Circuito Penal de Chiquinquirá, doctor José Antonio Jiménez, privó a Luis Pineda, Salomón Rodríguez y Cándido Candela de su libertad por varios días, sin que previamente hubiese auto de detención contra ellos, ni menos se hubiese dictado con posterioridad a la diligencia que sirvió de pretexto para el encarcelamiento. Dejando aparte, para su oportunidad, el argumento jurídico expuesto por el procesado, ha de notarse una contradicción en cuanto hace a las explicaciones tendientes a demostrar que, por el recargo de trabajo del Juzgado, no se practicó la diligencia de indagatoria con los individuos mencionados inmediatamente después de capturados, porque debían tener prelación los denominados comúnmente "asuntos de preso"; y surge la contradicción, porque si el Juez reconoce que los procesos de esta índole deben despacharse con suma rapidez, de hecho Candela, Pineda y Rodríguez eran presos cuyo asunto no se despachó con la aludida rapidez; de otro lado, también es endeble la explicación del Juez, en cuanto señala que, por la interposición de días feriados, hubo de prolongarse la detención de aquellas tres personas, porque el Juzgado se cerró en esos días: si había recargo de trabajo y si debía recibirse indagatoria, el procesado ha debido tener en cuenta el que su deber era el de practicar la diligencia, así fueran feriados los días en cuestión y aunque ello implicase el trabajar de noche (Cfr. artículo 139 del C. P. P.) si era tanta la urgencia, como debe inferirse de la manera como se verificaron las capturas. Por lo demás, cabe anotar que el mismo Juez reconoce que no sólo no hubo mérito para detener al denunciante y a sus compañeros, sino que el proceso no pudo perfeccionarse porque había sido imposible hacer comparecer al Juzgado a su cargo a otras personas, con lo que está indicando que sabía de sobra que no podía hacer trasladar de Pauna a Chiquinquirá los restantes inculpados, con la obligada conclusión de que las personas transeúntes en esta última ciudad han debido ser indagadas en forma legal, como se examinará al estudiarse cuándo puede capturarse a alguien para indagarla.

7º—Si pues aparecen probados plenamente los hechos que originaron estas diligencias, no es menos evidente el de que el procesado ha tenido buena conducta anterior. (Cuad. 1º, f. 17 vto. y ss.; 3º, f. 36 vto. y ss.).

8º—El 22 de octubre de 1951 se calificó el mérito de estas diligencias por el Tribunal. La Corte, el 3 de marzo de 1953, confirmó el auto de proceder, "con la única modificación de que el llamamiento a juicio del doctor José Antonio Jiménez Corredor se hace por el triple delito de detención arbitraria cometido en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá en las personas de Luis Pineda, Cándido Candela y Salomón Rodríguez, conforme al Capítulo III, Título I, Libro I, y Capítulo II, Título XI y Libro II del Código Penal". Una vez notificada la confirmación, y vuelto el expediente al Tribunal de origen, el defensor quiso que se declarara una nulidad, porque consideró que la Corte, por haber confirmado el llamamiento a juicio en la forma dicha, sin que la providencia hubiese sido notificada personalmente al procesado, había incidido en la nulidad de que trata el artículo 198, numeral 3º, del C. P. P. La solicitud fue negada por el Tribunal: la providencia de éste se confirmó por la Corte en su oportunidad.

La causa siguió su curso legal, hasta culminar con la sentencia materia del recurso.

Considerando:

1º—Alegándose que las capturas, origen de las presentes diligencias, se debieron exclusivamente a la necesidad de practicar la de indagatoria en el sumario seguido por la asonada y demás delitos a que se ha hecho referencia, se ha de restringir el examen a la relación entre captura e indagatoria sin entrar a enumerar ni a analizar las demás posibilidades que plantean los textos legales. Es sabido que la captura se da en múltiples ocasiones, muy diversas entre sí, pero determinadas siempre por la ley, sin que autoridad alguna pueda extender su radio de acción fuera de aquellas demarcaciones legales, una de las cuales es la de practicar la diligencia de indagatoria, en las condiciones que se precisan en seguida.

La declaración instructiva del procesado no es

esencial en el juicio, ya que su finalidad es la de proporcionar la manera de presentar descargos y, en general, de ejercitar el derecho de defensa, con la adecuada explicación que el indagado haga de su conducta (Cfr. C. P. P., artículo 354). De ahí que, para efecto de aquella diligencia, no se pueda capturar sino al renuente, vale decir, al que, requerido por autoridad competente, no comparezca, si, de otro lado, no se está en alguno de los demás casos previstos por la constitución y por la ley, pórque de hallarse en presencia de alguno de éstos, se capturaría para cumplir con otra u otras normas de las que derivaría la facultad legal para privar de la libertad a una persona y no de la necesidad de indagarla. Tal es el caso de quien, teniendo en su contra auto de detención, es capturado, aunque primero se le indague y sólo posteriormente se le notifique aquella providencia: la captura se originó en el auto de detención en forma independiente de la indagatoria, supuesto que el inculpado no fuese renuente.

Cuando se trata de alguien que, requerido, no comparece a rendir indagatoria, se le debe capturar, por fuerza de la obediencia debida al funcionario, lo que, en el fondo, equivale a afirmar que la privación de la libertad surgió de la obstrucción a la justicia; se impidió que el funcionario pudiese cumplir su cometido, que no es otro que el de conseguir la verdad, mediante el conocimiento exacto de los hechos que deben suministrar las personas que los conozcan, dejando a salvo los derechos de éstas. Así, pues, la captura no está necesariamente implicada en la necesidad de recibir indagatoria a alguien, de tal suerte que no todo procesado que ha de rendirla tiene que ser capturado para surtir la diligencia, sino sólo el que pretende evadir la orden debidamente impartida. Y ésta sólo puede darse cuando el juez o funcionario o el comisionado, en su caso, han sido desobedecidos. Si se trata de persona que esté fuera del municipio en que se practican las diligencias, sin que exista contra ella prueba para detenerla, debe librarse exhorto o despacho "a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo" (C. P. P., artículo 364). Con el texto últimamente citado, de meridiana claridad, se está mostrando cómo no podían verificarse las capturas ordenadas por el Juez 2º del Circuito Penal de Chiquinquirá, ya que éste, sabedor de que Candela, Pineda y Rodríguez eran vecinos de Pauna, ha debido, desde un principio, y no habiendo mérito para detenerlos, librar el despacho correspondiente: tan pronto como vio la necesidad de indagar a aquellas personas, debía haber procedido así, no estando a la espera de que, por alguna circunstancia, fuese a dar a la residencia del mismo juez, para capturarlos sin ser renuentes y sin que se presentara circunstancia en que aquello podía hacerse, ya que no puede predicarse de ninguno de aquellos tres individuos que se hallara dentro de situación contemplada en la constitución o en la ley que exigiera la medida —no se trataba de una preventiva de policía simplemente, ni eran renuentes, ni contra ellos se había dictado auto de detención, ni había sido sorprendido en flagrante delito, ni se había solicitado su aprehensión por autoridad competente distinta del mismo juez que violaba la ley con su acto, ni menos había sido condenado a pena privativa de la libertad, para no hablar de la circunstancia contenida en el artículo 28 de la Constitución Nacional que no tiene enlace con el caso de autos.

De todos es sabido que la libertad es uno de los bienes básicos tutelados por la Constitución y la ley y que los casos en que puede ser suspendido o limitado son excepcionales, y, por lo mismo, no pueden ampliarse por ninguna autoridad, con ningún pretexto. Y si nadie puede extender el radio de acción de cada una de las excepciones, el Juez que ordenó las capturas, materia de investigación y de fallo, fue más allá de sus funciones legales.

Ahora bien. No se trata de un error en la aplicación de la ley. Es verdad que la calidad de falible inherente a la condición humana entra en juego en cuanto se van a tomar decisiones con base en los preceptos legales, pero no es menos verdad ni de menor evidencia el que, conocida la norma de inviolabilidad que favorece plenamente la libertad individual, no puede alegarse por el funcionario ni el desconocimiento de la norma ni de las excepciones que, por lo mismo que son extraordinarias, deben ser tan conocidas como la misma regla. No hay entonces propiamente un texto que se preste a interpretaciones entre sí diversas y aún divergentes en donde quepa la libertad de apreciación: siendo la norma clara, y no admitiendo por ende sino un solo sentido, no puede decirse que hay lugar a interpretarla, sino a aplicarla inmediatamente. En el caso examinado, o se estaba dentro de las circunstancias en que se justificaba la captura, o no; el proceder frente a cada uno de estos extremos no se prestaba a interpretaciones en este u otro senti-

do, delimitado como se hallaba el campo para abstenerse de dictar una orden no autorizada por la ley. "Basta que el funcionario o empleado público prive de su libertad a una persona, fuera de las ocasiones en que la ley manda o permite, para que haya de presumirse que tuvo la intención criminosa de cometerlo", ha dicho la Corte (GACETA JUDICIAL, T. LX, p. 206).

De esta manera se tiene, en primer lugar, que hubo dolo por parte del Juez, y luego, que se configuró uno de los elementos que tipifican el delito de detención arbitraria —la privación de libertad— según el artículo 295 del C. P.

2º—También está plenamente demostrado que el doctor Jiménez Corredor era funcionario público cuando ordenó las capturas de Candela, Pineda y Rodríguez, vale decir, que aquella privación de libertad que infirió daño a éstos se dio precisamente por la calidad de Juez que tenía quien dio la orden, con lo que se tiene el segundo elemento necesario para que exista el delito en cuestión.

3º—Finalmente, el tercer elemento —el de que la privación de libertad se haga por fuera de las prescripciones legales— ha recibido plena demostración en autos, con lo que se configura totalmente cada uno de los delitos por que fue llamado a responder en juicio el procesado.

4º—No habiendo circunstancias de mayor peligrosidad, y sí una de menor peligrosidad la buena conducta anterior—, no se puede imponer la sanción máxima contemplada en el artículo 295 del C. P. Hay que partir del mínimo de seis meses a que alude esta disposición, para aumentarlo de acuerdo con el artículo 33 de la misma obra, en su inciso primero, ya que se trata de múltiples infracciones y no de una sola: a este respecto la Corte estima que el cálculo del Tribunal es exacto, y, por tanto, que la sentencia debe confirmarse en este punto.

Sin embargo, no puede esta Sala compartir los puntos de vista del juzgador de primera instancia en varias apreciaciones, que le sirvieron para fijar el punto de partida de aquella graduación de la pena imponible.

Que el lapso de la detención fue relativamente corto, no puede tomarse en cuenta, por cuanto lo que se sanciona es la privación de libertad en sí; que ella sea de pocos minutos, basta para configurar la infracción. Si se quiso hacer referencia a las modalidades del hecho delictuoso, de que trata el artículo 36 del C. P., ha debido expresarse con más claridad este pensamiento, porque, tal como quedó consignado, queda oscuro en demasía, y admite como recta interpretación el sentido de que la pena imponible depende de la duración del acto arbitrario, lo que no es exacto, y sí peligroso. Lo mismo cabe afirmar sobre la consideración de que la distancia que se hizo recorrer a los sujetos pasivos de los delitos fue "relativamente corta", porque la infracción se consuma sin atender al espacio como no se puede atender al tiempo, según el modo indicado.

De otro lado, "la diversa posición" de aquellos sujetos pasivos tampoco puede influir en la determinación de la pena. No sólo se rompe la igualdad, jurídicamente protegida, sino que se abre ancho campo a la arbitrariedad contra aquellos que más necesitan protección en sus derechos. La libertad vale tanto en personaje encumbrado como en cualquiera otro, así ocupe puesto ínfimo en la jerarquía social. Uno y otro son personas iguales ante la ley, y a uno y otro cabe protegerles sus derechos en la misma medida. De otra suerte considerado el punto, no sólo se quebranta la igualdad referida, sino el principio de que la persona humana, como tal, merece respeto.

5º—Está de acuerdo la Corte en cuanto se condenó en abstracto al pago de perjuicios. Pero no puede prohijar el concepto de que los delitos no produjeron perjuicios en "cuantía considerable o de difícil reparación, ya sean éstos privados o públicos", porque se trata de una fijación posterior, sin que pueda hacerse anticipadamente ningún cálculo, ni siquiera el de que los perjuicios fueron de poca monta, sin precisar porque a los peritos es a quienes corresponde decidir si el daño fue o no grande, según surja de las pruebas, para determinar el monto de tales perjuicios, y el valor que han de asignar. Y sólo posteriormente podrá decirse si el avalúo correspondiente —de valor grande o pequeño— fue correctamente fijado o se erró en la apreciación.

6º—Entre las sanciones accesorias a que ha debido condenarse al procesado está la de suspensión de la patria potestad, si la tuviere, por el término de duración de la pena principal, a tenor del artículo 58 del C. P. En este punto se adicionará la sentencia consultada, además de la confirmación que ha de impartirse por lo que respecta al conjunto de las demás accesorias que trae.

7º—Debe adicionarse la providencia para negar el perdón judicial —punto no mencionado en aquélla—, puesto que no se está en posibilidad legal de otorgarlo. En cambio, ha de confirmarse lo relativo a la condena condicional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada, con las aclaraciones contenidas en la parte motiva, y la ADICIONA en el sentido de negar el perdón judicial al procesado y de condenarle a la suspensión de la patria potestad, si la tuviere, por el término de duración de la pena principal.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Luis Sandoval Valderrea—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peláez—Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Carancho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SE CONFIRMA LA CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO CONTRA UN JUEZ

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. — Bogotá, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Manizales la providencia de fecha 9 de agosto de 1954 por medio de la cual "declara que en las presentes diligencias no aparece configurado hecho delictivo alguno imputable al doctor Oscar Villegas Aristizábal, Juez Primero Superior de este Distrito Judicial, y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra el mismo", providencia cuya confirmación solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Dio origen a la investigación la siguiente nota, sin fecha, dirigida por el doctor Oscar Villegas Aristizábal, Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales, a los señores Fiscales del Tribunal de ese Distrito:

"Por conversación que tuve hoy en mi Despacho con el doctor Bernardo Zuluaga Echeverri, Fiscal del Juzgado Primero Superior, del cual soy titular, tengo conocimiento de que el doctor Octavio Londoño Ruiz manifestó, en el café 'San Marino' de esta ciudad, el sábado retroprócximo y en las horas de la tarde, al citado doctor Zuluaga Echeverri y al señor José Muñoz Arcila, este último empleado de la Fiscalía en mención, que tenía conocimiento de que al suscrito le habían sido entregados, por parte de uno de los presos de la Cárcel Nacional, la suma de doscientos pesos ($ 200.00). No me manifestó el doctor Zuluaga Echeverri por concepto de qué había recibido yo dicha suma de dinero, como tampoco el nombre del detenido que se dice me hizo la entrega en referencia. Como éste es un cargo de suma gravedad, solicito a usted, en nombre de la justicia, que se ordene adelantar las diligencias conducentes al esclarecimiento de lo expuesto...".

La investigación se inició con las declaraciones del doctor Zuluaga Echeverri y del señor Muñoz Arcila quienes repitieron lo que el primero había informado al señor Juez Primero Superior.

Por su parte, el doctor Londoño Ruiz, después de expresar que no recordaba haberle formulado al señor Juez Primero Superior el referido cargo, manifestó:

"...En el café 'San Marino' de la ciudad, me acuerdo estando tomándonos unas cervezas, el señor José Muñoz y yo en presencia del señor Fiscal, comenté con ellos una información que había tenido y proveniente de un sindicado de quien soy su apoderado, que al doctor Oscar Villegas lo habían visto en el momento en que recibía un dinero de otra persona o de un abogado de la ciudad y que ese dinero se refería a que en la cárcel estaba un detenido por cuenta del citado funcionario y que posteriormente a la entrega del dinero el sindicado había sido excarcelado. Consideré en mi calidad de apoderado de quien me hacía tal referencia suficientemente grave el hecho y le pedí me diera los nombres correspondientes sobre el particular. Como dejé dicho referí al señor Fiscal y a don José Muñoz, la referencia que me habían hecho respecto de dicho funcionario. Cuando a mí se me hizo esa referencia se tramitaba en el Juzgado Primero Superior una solicitud de excarcelación de un cliente mío y no recuerdo si fue antes o después de resuelta la excarcelación, cuando se me hizo la referencia del dinero. Creo que la reserva profesional me impide citar nombres propios y que es muy posible que yo hubiera comentado eso con el señor Fiscal y con don José Muñoz... El detenido que hace bastante tiempo me hizo la referencia de que sabía o había oído decir que al Juez Primero Superior le habían dado doscientos pesos, es un sujeto al que yo le llevo un negocio, de quien soy su apoderado y cuyo negocio se encuentra en el Juzgado Primero Superior; en virtud de lo anterior creo que el cujro (sic) profesional me impide delatarlo...". (Fls. 5 v. a 7 v.).

Agregó que no recordaba la fecha de esa referencia y que su informante no le había dado el nombre del sujeto que había entregado el dinero. Citó, en cambio, al sindicado Ulises Duque, cliente suyo, como la persona a quien en cierta ocasión el Juez Villegas Aristizábal le había di-

cho que el deponente "le estaba interpeciendo su absolución".

Todos los detenidos a cargo del Juzgado Primero Superior y cuyo defensor era el doctor Londoño Ruiz, fueron llamados a rendir declaración, sin que ninguno lanzara la más mínima queja en contra del señor Juez, ni el Mario Duque a quien había citado el doctor Londeño Ruiz.

Pero como en nueva declaración rendida el 17 de abril de 1962 el doctor Londoño Ruiz ya manifestó que Ulises Duque fue quien le informó que le habían contado que el Juez Villegas recibía dineros, como también que habían visto cuando un abogado cuyo apellido no recuerda si se lo dio o no, "en cierto día y en un sitio que no me determinó" le había dado $ 200.00, el citado Duque fue examinado nuevamente bajo juramento, y en esta ocasión expresó:

"...En mi primera declaración no quise manifestar nada sobre el hecho por el cual se me interroga porque consideré que mi declaración podía perjudicarme en el negocio que actualmente se ventila en el Juzgado Primero Superior de esta ciudad, pero como han terminado las razones de mi recelo, paso ahora a exponer todo cuanto me consta sobre los hechos por los cuales se me interroga, así: ...En la cárcel de esta ciudad había un preso de apellido Matallana, que actualmente se encuentra en libertad, con quien conversaba en alguna ocasión sobre mi negocio y al preguntarme si yo estaba por cuenta del Juzgado Primero Superior y responderle yo que sí, me manifestó refiriéndose al señor Juez: 'Ese recibe dinero' y al interrogarlo en concreto sobre el particular me dijo él sabía que recibía dinero porque un día en el 'Café Zulia' había visto un abogado de apellido Giraldo, cuyo nombre me citó y no lo recuerdo, le había pasado un dinero al doctor Oscar Villegas. Además, Alfredo Valencia me manifestó hace algunos días que en el Juzgado Primero Superior recibían plata pero no me dijo si esto lo hacía el señor Juez o alguno de sus empleados y yo desconozco los motivos que tenga ese señor para haberme dicho tal cosa...". (Fl. 16).

En verificación de las citas hechas por Duque en esta oportunidad, Alfredo Valencia declaró negando rotundamente lo afirmado por aquél y agregó que Duque trató de inducirlo a que "viniera a declarar sobre el particular, pero yo no puedo decir cosas que no han sucedido". (Fl. 24).

Matallana, en cambio, no fue localizado según las constancias que aparecen en el informativo.

Lo anterior es todo lo que refiere la investigación en la que, como se ve, no se demostró la existencia de ningún cargo que comprometiera la responsabilidad del citado Juez cuyo carácter oficial fue debidamente acreditado en el informativo. Se impondría, por lo tanto, la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en favor del doctor Oscar Villegas Aristizábal, quien con justa razón no fue indagatoriado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve— Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

MIENTRAS LA PROVIDENCIA CONSULTADA NO HAYA SIDO NOTIFICADA A TODOS LOS INTERESADOS, LA CORTE NO ADQUIERE JURISDICCION PARA CONOCER DE ELLA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

El Tribunal Superior de Cartagena consulta el auto de fecha 8 de junio último por el cual "declara que la acción penal no puede proseguirse, por estar prescrita, y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento dentro de este informativo".

La citada providencia sólo le fue notificada al señor Fiscal del Tribunal.

Se considera:

De conformidad con el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, "Los autos o sentencias que no se hayan notificado personalmente pasados dos días de la fecha del pronunciamiento, se notificarán, respectivamente, por estado o por edicto"; y al tenor del artículo 327 del Código Judicial, aquí aplicable según mandato del artículo 7o de la primera de las obras citadas, "Por regla general, ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes".

Como en el caso sub-judice falta la notificación a los demás interesados en los términos del citado artículo 166, síguese que la providencia consultada aún no ha producido efectos y, por lo tanto, la Corte tampoco ha adquirido jurisdicción para conocer de ella.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE de revisar la providencia de que se ha hecho mérito hasta tanto no se corrija, por el Tribunal de origen, la irregularidad anotada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro—Alberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL.—REQUISITOS. — VALORACION DE ELLA

El testimonio es la expresión de los hechos percibidos por los sentidos; es un recuento de las diversas modalidades que rodearon el acto y del modo como han llegado a su conocimiento los hechos que se aseveran. Su credibilidad depende de las condiciones personales y sociales de quien declara: del objeto al cual se refiere el testimonio: de la forma como fue percibido y de la manera como se rinde la declaración, circunstancias éstas que deben constar en la respectiva declaración, para que el funcionario ante quien se exhibe pueda apreciarlo.

Cuando el testimonio no reúne estos requisitos, o cuando el contenido del mismo radica en la afirmación de ser "cierto el contenido de la pregunta", o cuando la respuesta es versión exacta o aproximada del interrogatorio, no existe declaración porque ese testimonio, ante la ley, no tiene validez ninguna (artículo 239 del C. de P. P.). Es claro que en la mayoría de las veces, la omisión de estas formalidades no depende de quien declara sino de quien lo recibe, y entonces, bien por ignorancia o desconocimiento del procedimiento, ora por negligencia del funcionario que lo recibe, la prueba testimonial no tiene eficacia ante la ley ni para demostrar los hechos que se trata de probar, ni para formar criterio de convicción en el funcionario que debe apreciarlos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Se han recibido las diligencias presentadas por el doctor Manuel Mendoza ante el Ministerio de Justicia, para que la Corte en función del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita concepto sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra Euclides Acuña como responsable de un delito de homicidio causado en Víctor Manuel García Herreros.

Petición

En memorial de veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el doctor Manuel Edmundo Mendoza M. expresa:

a) Que en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, curso el proceso adelantado contra Euclides Acuña por un delito "del homicidio" cometido en la persona de Víctor Manuel García Herreros.

b) Al producirse la muerte de Víctor Manuel García Herreros —dice el defensor— "se cumplió un clarísimo proceso de reacción colectiva, cuya ola coactiva llegó hasta los estrados de la justicia en gracia de la formación de un ambiente adverso a mi defendido, a quien se hizo objeto de comentarios y alusiones de todo punto desfavorables; esto dio lugar a que en el proceso se plantearan debates personalísimos entre los Jueces y los Abogados doctores Romberto Vilaró y Antonio Lozano Pimienta. Vilaró y Lozano Pimienta ante el hecho insólito de que se hubiese tornado el debate judicial en debate personal, abandonaron el negocio y éste pasó a otro abogado. Posteriormente el sindicado solicitó mis servicios profesionales".

c) Que el ambiente de animadversión que existe en Barranquilla contra el acusado puede influir en los encargados de juzgarlo, por lo cual es conveniente sustraer el proceso "de la zona invadida por la pasión" para que la justicia no sufra quebrantos en su función intrínseca, ya que, "tanto la prensa hablada como la escrita de Barranquilla viene empeñada en mantener el clima propicio a la torcida valoración de los hechos".

Estos motivos los aduce para solicitar el cambio de radicación.

Pruebas

Los motivos invocados como fundamento de la petición se prueban así:

El numeral a) con el certificado expedido por

el Juez y Secretario del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Los numerales b) y c) mediante prueba testimonial de los señores Miguel García Grant, Adriano Garrido S., Hipólito Hernández, Bernardino Orozco, Angel Ramón Rico y Alejandro Cepeda, y en cuanto al ambiente de animadversión creado por la prensa, acompaña copias de un artículo publicado en uno de los diarios de dicha ciudad.

Declaraciones

El doctor Mendoza M. ante el Juez Noveno Municipal pide que se reciban declaraciones a los testigos antes mencionados, y propone a su consideración estos puntos:

Preguntas:

"3º—Si es o no cierto y si les consta directamente por propias percepciones, que la muerte del señor García Herreros en esta ciudad, amotinó la opinión pública, provocando toda clase de manifestaciones de pesar, en todas las clases sociales, especialmente entre los periodistas e intelectuales, lo cual produjo cierta tirantez en la administración de justicia que se tradujo en el hecho de que los abogados que atendían al doctor Euclides Acuña en la secuela del proceso, que fueron los doctores Antonio Lozano Pimienta y Roberto Vilaró Velilla, tuvieron que separarse del negocio en atención a esas circunstancias, llegando las cosas hasta el punto de que el doctor Acuña tuviera que ir a Cartagena a solicitar mis servicios profesionales".

"4º—Si es o no cierto que el negocio cursando en esta ciudad está expuesto a sufrir la influencia de la prensa hablada y escrita por medio de la coacción social que se ejerce en el sentido de defender los intereses de la parte que representa al difunto señor García Herreros".

Respuestas:

Alejandro Cepeda Navarro responde:

"3º—Si es cierto que la muerte del señor García Herreros tuvo como consecuencia amotinal (sic) la opinión pública y provocando en ese entonces muchas manifestaciones de pesar en todas las clases sociales especialmente en el círculo de periodistas intelectuales, lo cual produjo el hecho de que los abogados que atendían al doctor Euclides Acuña en la secuela del proceso que fueron los doctores Antonio Lozano Pimienta y Romberto Vilaró Velilla, tuvieron que separarse del negocio en atención a esas circunstancias, lo cual se me informa que el doctor Acuña tuviera que ir a Cartagena a solicitar los servicios profesionales del doctor Manuel Edmundo Mendoza M.

"4º—Si puede ser cierto que el negocio cursando en esta ciudad pueda estar expuesto a sufrir la influencia de la prensa hablada y escrita, en atención a los méritos que adornaron al señor Víctor Manuel García Herreros".

Angel Ramón Rico contesta:

"3º—Si es cierto y me consta que la muerte del señor Víctor García Herreros, en esta ciudad, amotinó la opinión pública, provocando toda clase de manifestaciones de pesar en todas las clases sociales, especialmente entre los periodistas e intelectuales, lo cual produjo cierta tirantez en la administración de justicia que se tradujo en el hecho de que los abogados que atendían al doctor Euclides Acuña en el proceso doctores Antonio Lozano Pimienta y Romberto Vilaró Velilla, se separaron del negocio por esas circunstancias, hasta el punto de que el doctor Acuña tuvo que ir a Cartagena a solicitar los servicios del abogado doctor Manuel Edmundo Mendoza.

"4º—Si es cierto que el negocio cursando en esta ciudad está dispuesto a sufrir la influencia de la prensa hablada y escrita, por medio de la coacción social que se ejerce en el sentido de defender los intereses de la parte que representa al difunto señor García Herreros".

Hipólito Hernández afirma:

"3º—Si es cierto y me consta directamente por propias percepciones, que la muerte del señor García Herreros en esta ciudad, amotinó la opinión pública provocando toda clase de manifestaciones de pesar en todas las clases sociales especialmente entre los periodistas e intelectuales, lo cual produjo cierta tirantez en la administración de justicia que se tradujo en el hecho de que los abogados que atendían al doctor Euclides Acuña en la secuela del proceso, que fueron los doctores Antonio Lozano Pimienta y Romberto Vilaró Velilla, tuvieron que separarse del negocio en atención a esas circunstancias, llegando las cosas hasta el punto de que el doctor Acuña tuviera que ir a Cartagena a solicitar los servicios del conocido profesional doctor Manuel Edmundo Mendoza Madrid.

"4º—Si es cierto que el negocio cursando en esta ciudad está expuesto a sufrir la influencia

de la prensa hablada y escrita por medio de la coacción social que se ejerce en el sentido de defender los intereses de la parte que representa al difunto señor García Herreros".

Se considera:

La prueba en derecho procesal se considera como medio o como fin; en el primer caso, hace referencia a los sistemas empleados por las partes para llevar al ánimo del Juez un criterio de convicción sobre la existencia de un hecho determinado; en su acepción segunda, en cuanto demuestra la verdad o la certeza mediante el análisis de ella por quien tiene facultad de juzgar. En orden a esta finalidad, la ley establece normas a las cuales debe ceñirse la prueba testimonial, no sólo en cuanto a su recepción o requisitos de forma, sino, también, en cuanto a la estimación que en cada caso concreto debe hacer el juzgador.

El valor del testimonio no puede ser otro que el resultado de un juicio lógico de la inteligencia humana. El convencimiento no se forma en la simple apreciación o criterio subjetivo del Juez, sino en la calificación de los hechos y pruebas del proceso sometidas a su juicio y deben ser de tal naturaleza que produzcan el mismo resultado de certeza en cualquier otro funcionario que no sea el Juez del conocimiento; sólo en estas condiciones la prueba tiene eficacia para conseguir la finalidad que con ella se persigue.

El testimonio es la expresión de los hechos percibidos por los sentidos: es un recuento de las diversas modalidades que rodearon el acto y del modo como han llegado a su conocimiento los hechos que se aseveran. Su credibilidad depende de las condiciones personales y sociales de quien declara: del objeto al cual se refiere el testimonio: de la forma como fue percibido y de la manera como se rindo la declaración, circunstancias éstas que deben constar en la respectiva declaración, para que el funcionario ante quien se exhibe pueda apreciarlo.

Cuando el testimonio no reúne estos requisitos, o cuando el contenido del mismo radica en la afirmación de ser "cierto el contenido de la pregunta", o cuando la respuesta es versión exacta o aproximada del interrogatorio, no existe declaración porque ese testimonio, ante la ley, no tiene ninguna validez (artículo 239 del C. de P. P.). Es claro que en la mayoría de las veces, la omisión de estas formalidades no depende de quien declara sino de quien lo recibe, y entonces, bien por ignorancia o desconocimiento del procedimiento, ora por negligencia del funcionario que lo recibe, la prueba testimonial no tiene eficacia ante la ley ni para demostrar los hechos que se tratan de probar, ni para formar criterio de convicción en el funcionario que debe apreciarlos.

Las declaraciones allegadas a estas diligencias son transcripción o reproducción de la pregunta formulada a los testigos; en ellas no hay argumento o expresión personal que explique el por qué de los hechos o la razón de esas conclusiones. ¿Dónde están consignados los motivos que producen "tirantez en la administración de justicia"? ¿Por qué motivo los abogados que actuaron en este negocio tuvieron que retirarse? ¿Dónde la influencia de la prensa hablada y escrita sobre posibles influencias dentro del proceso penal? En ninguna parte de su exposición los testigos hacen referencia a estas circunstancias; por consiguiente, el juzgador por imperativo del artículo 239 del C. de P. P. debe rechazarlos como medios de prueba para obtener el cambio de radicación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema - Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso que por un delito de homicidio se adelanta contra el doctor Euclides Acuña.

Cópiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández F. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

Impreso en los
TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA
B O G O T A

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451,
DE 7 DE MARZO DE 1936

Registrado para curso libre de porte en el Servicio Postal.

[illegible] - [illegible] DE 1958 Nos. 2174-2175 [illegible]

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y Dignatarios de la misma.

SALA PLENA

Dr. JESUS MARIA ARIAS, Presidente.
Dr. CAMILO RINCON LARA, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

Dr. ENRIQUE ARAMBULA DURAN, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR, ENRIQUE ARAMBULA DURAN, ABELARDO GOMEZ NARANJO, JUAN MANUEL PACHON PADILLA, CAMILO RINCON LARA, SERGIO ANTONIO RUANO, LUIS SANDOVAL VALCARCEL, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. PABLO EMILIO MANOTAS, Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR, JESUS MARIA ARIAS, GUILLERMO GARAVITO DURAN, PABLO EMILIO MANOTAS, JUAN MANUEL PACHON PADILLA, FRANCISCO DE PAULA VARGAS.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. LUIS SANDOVAL VALCARCEL, Presidente.
Dr. JULIO E. ARGUELLO R., Secretario.
Magistrados: Doctores SANTIAGO CADENA COPETE, JESUS ESTRADA MONSALVE, GUILLERMO HERNANDEZ PEÑALOSA, LUIS SANDOVAL VALCARCEL, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, ELBERTO TELLEZ CAMACHO.

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JUAN BENAVIDES PATRON, Presidente.
Dr. RAFAEL BAQUERO HERRERA, Secretario.
Magistrados: Doctores ENRIQUE ARAMBULA DURAN, JUAN BENAVIDES PATRON, MIGUEL ANTONIO CONSTAIN, SERGIO ANTONIO RUANO.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. MANUEL BUENAHORA, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores MANUEL BUENAHORA, ABELARDO GOMEZ NARANJO, JOSE JARAMILLO GIRALDO, CAMILO RINCON LARA.

Relator: Dr. JULIO J. BENETTI SALGAR

Noviembre y diciembre de 1956.

DETENCION PREVENTIVA.—AUTO DE PROCEDER Y DETENCION; ESTA SE CUMPLE INMEDIATAMENTE AUN CUANDO NO ESTE EJECUTORIADA LA PROVIDENCIA QUE LA ORDENA

La detención, sea que se verifique como consecuencia del artículo 379 o como resultado del artículo 429 —Ley adjetiva— debe sujetarse a las exigencias de los artículos 383 y 431 del Código de Procedimiento Penal. En el primer caso, no es indispensable la plena demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad; esta resolución —propia del sumario— es independiente del auto que lo califica y sus efectos son de aplicación inmediata. En el segundo, la detención se dicta como resultado de la investigación por estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y demostrada la imputabilidad penal como autor o partícipe del hecho. La detención, en ambos casos, es de efecto inmediato; se cumple antes de precluir los términos que comportan dichas providencias, siempre que los delitos por que se proceda —como en este caso— tengan señalada pena de presidio o prisión.

La ley no condiciona la privación de la libertad provisional a los resultados de la apelación ni a la ejecutoria de la providencia que la contiene, sino a la calidad de pena que reprime la infracción —para este caso— presidio o prisión. Cumplido este requisito, deber del funcionario es darle inmediata aplicación aunque dicha orden se contenga en el auto de proceder; éste es el espíritu de la ley; su texto es claro, preciso, terminante, no ofrece dudas en su interpretación, y cuando el sentido de la ley es claro no se desatiende su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.).

Cuando en el auto de proceder se ordena la detención, ésta no es consecuencia del auto de enjuiciamiento, sino de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito, la imputabilidad penal del autor y la circunstancia de que la infracción por que se procede, en este caso, está sancionada con pena de presidio o prisión (art. 379), requisitos que imprimen validez jurídica a la detención y la hacen de obligatorio e inmediato cumplimiento al tenor del artículo 387 del C. de P. P. que obliga al funcionario que profiere auto de detención dar por escrito, dentro de las doce horas siguientes, la orden para que el procesado sea detenido. De manera que: decretada la detención cuando hay mérito para proferirla, ella debe cumplirse y al no hacerlo, seguramente, el funcionario incurriría en responsabilidad, bien por rehusar, ora por omitir, ya por retardar el cumplimiento de un acto al cual está obligado.

La circunstancia de que el auto de proceder sea apelado, y el hecho de que la orden de detención se contenga en él, no es óbice para retardar el cumplimiento de ésta, porque los resultados del auto de proceder se condicionan a la ejecutoria del mismo, mientras que los efectos de la detención, por ser preventiva, no se subordinan a la preclusión de términos sino a la eficacia y cumplimiento inmediato de ella.

Tan evidente es lo anterior, que el Superior al revisar el auto de proceder puede revocarlo y dejar vigente la detención, porque, los requisitos indispensables para dictarlo, en su concepto, no se han cumplido (artículo 429); en cambio sí, los relativos a la detención provisional (artículo 379), o bien puede suceder que al calificar el mérito del sumario el Juez dicte auto de sobreseimiento temporal y ordene la detención; a ello no se opone ningún precepto legal, porque —se repite— los elementos probatorios base de estas providencias y las consecuencias de ellas son distintos en su forma y en su fondo, por esto es por lo que la orden de detención tiene efectos inmediatos bien sea que se dicte independientemente del auto de proceder, o dentro de esa mis-

ma providencia, y esta interpretación de la ley, sin dolo, por parte del funcionario no constituye infracción penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Julio Uribe Vargas denuncia al doctor **Pedro Gómez Arenas** por los delitos de "detención arbitraria, prevaricato y falsedad en documentos públicos".

Antecedentes:

El Juzgado Tercero Superior, en providencia de ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, llamó a responder en juicio a **María Uribe de Vargas, Alberto Arenas Ruiz y Julio Uribe Vargas**, por un delito de estafa cometido en perjuicio del doctor David Habeych, y dentro del auto que califica el mérito del sumario se ordenó la detención preventiva de los sindicados. De esta providencia apelaron tanto el Fiscal del Juzgado como el procesado Julio Uribe Vargas y el recurso fue concedido en el efecto suspensivo. Sin embargo, la detención de éste tuvo cumplimiento inmediato.

El apoderado de Uribe Vargas pidió ante el Juzgado el beneficio de libertad incondicional de su patrocinado porque estando la orden de detención contenida en el auto de enjuiciamiento, para que ella pueda cumplirse, el auto debe estar ejecutoriado. El Juzgado negó la petición y concedió la apelación en el efecto devolutivo en lo que hace referencia a la detención. El Fiscal del Tribunal consideró que la apelación estaba mal concedida porque en su concepto debió ser en el efecto suspersivo, y, que mientras esto no se haga "debe ordenarse inmediatamente la libertad de Julio Uribe Vargas".

El Tribunal no estuvo de acuerdo con su colaborador Fiscal y aceptó la tesis del Juzgado en cuanto concedía contra una misma providencia dos apelaciones: una en el efecto suspensivo respecto del auto de proceder, y otra en el devolutivo, por lo que hace a la orden de detención. Y expresó:

"Como lo ha venido sosteniendo la Corte, lo mismo que el Tribunal, cuando se decreta el auto de detención y el llamamiento a juicio en una misma providencia, aquélla produce sus efectos inmediatamente, porque aun cuando se toma esta medida en el auto de proceder, no es propiamente que sea una consecuencia del enjuiciamiento. Y no es una consecuencia directa, porque la detención puede producirse en cualquier momento en que aparezca la prueba requerida para ello, sin que sea necesario pronunciar auto de proceder. No sucede lo mismo con éste, pues hasta tanto no se declare cerrada la investigación no se produce.

"Por consiguiente, el auto calificatorio en estas condiciones encierra o comporta dos resoluciones con distintos resultados. En el un caso se procede sin ninguna dilación y la apelación debe concederse en el efecto devolutivo, y en el otro, no produce sus efectos hasta tanto no se ejecutorie.

"Y esto es lo lógico, lo jurídico y legal, por cuanto la detención del procesado es una garantía para la justicia y para que éste comparezca en juicio. De lo contrario sus intereses se verían burlados, porque daría lugar para que en estos casos el procesado una vez enterado de tales circunstancias, emprendiera la fuga y eludiera en esta forma las consecuencias penales posteriores. (Fls. 82 v. y 83)".

Por estas razones y por estar cumplidas las exigencias del artículo 379 del C. de P. P., el Tribunal confirmó la detención de Julio Uribe Vargas.

Denuncia

Estos hechos —según el denunciante— configuran los delitos de detención arbitraria, prevaricato y falsedad en documentos públicos; el primero, por no haber resuelto la petición sobre libertad provisional y confirmar la detención sobre un recurso no concedido legalmente, y ser injurídico el procedimiento; el segundo, aunque no hace referencia al hecho, seguramente sea porque al confirmar la orden de detención lo hizo a sabiendas de que violaba la ley por intereses de simpatía o animadversión hacia las partes; y el tercero, porque afirma el Magistrado que el denunciante conoció a los sindicados en los primeros días del año de mil novecientos cuarenta y siete, y porque en la librería "Ultra" y durante las reuniones se harían colectas de dinero, falsedades que, según el denunciante, están plenamente demostradas en el proceso.

Investigación

Está comprobada la calidad que como funcionario público tenía en ese entonces el doctor Pedro Gómez Arenas, como Magistrado del Tribu-

nal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, con el Decreto de nombramiento y la correspondiente Acta de Posesión.

Al sumario se allegaron copias —casi en su totalidad— del expediente seguido contra Julio Uribe Vargas, María Uribe de Vargas y Alberto Arenas Ruiz, por el delito de estafa en bienes de propiedad del doctor David Habeych B.; y dentro de la investigación se recibió declaración indagatoria al doctor Pedro Gómez Arenas.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en estudio jurídico y meditado, después de analizar las tesis de la Corte tanto la que dispone que la detención no puede hacerse efectiva cuando se dicta en el auto de proceder (mayo 18 de 1954) como aquella de que la detención debe cumplirse aun cuando se contemple en el auto de enjuiciamiento (septiembre 25 de 1951), pide a la Sala resuelva el problema dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del C. de P. P., y así expresa:

"Si precisamente en estas consideraciones se fundó el doctor Gómez Arenas para confirmar la detención preventiva de Julio Uribe Vargas, resultan inadmisibles los cargos de detención arbitraria y prevaricato que éste le formula en su denuncia, mayormente cuando se trata de una cuestión que 'no es del terreno inexorable de la norma legal, sino de la interpretación que el funcionario dé a ella' y sobre la cual ni aún la misma Corte ha sostenido una jurisprudencia constante.

"Respecto a la segunda imputación, la conducta del doctor Gómez Arenas es todavía más diáfana.

"Dice el denunciante que en la providencia que confirmó su detención preventiva se hacen afirmaciones inexactas, y que, por consiguiente, el señor Magistrado Gómez Arenas incurrió en el delito de falsedad en documentos públicos.

"Tal afirmación se halla absolutamente reñida con la verdad, puesto que la cuestionada providencia se encuentra rigurosamente sustentada en los elementos del juicio que obran en el proceso.

"Todo parece indicar que el denunciante Uribe Vargas se limitó a leer la primera parte de la exposición del doctor David Habeych, y pasó inadvertidas las ampliaciones que, en copia, corren a folios 12 a 21 del segundo cuaderno, en donde se hallan consignados los hechos que él impugna como falsos.

"Es, pues, incuestionable que el doctor Pedro Gómez Arenas no cometió ninguno de los ilícitos que le imputó el denunciante, y por lo tanto, este Despacho conceptúa que en este caso se debe dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ordenando la cesación de todo procedimiento contra el ex-funcionario citado, por cuanto los hechos materia de la presente investigación en el primer caso no son constitutivos de delito, y en el segundo no tuvieron existencia".

Tesis de la Corte

La Corte (auto de 18 de mayo de 1945) sostuvo la tesis de que cuando la orden de detención se contiene en el auto de proceder, aquélla —la detención— no puede hacerse efectiva mientras no se halle ejecutoriada la providencia que califica el mérito del sumario, máxime cuando esa providencia ha sido apelada, porque entonces "tanto la jurisdicción del Tribunal como el cumplimiento de la resolución principal que es el enjuiciamiento, quedaba interrumpido como también el cumplimiento de la accesoria que es la detención". Y en cuanto al efecto de la apelación, expresó: "que cuando la orden de detención se dicta como consecuencia del auto de proceder, aquélla forma un todo indivisible con éste, para los efectos del recurso que sean procedentes".

Esta tesis contiene un salvamento de voto, en el cual se afirma:

"Si como resultado de la investigación se satisfacen los requisitos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, con la comprobación del cuerpo del delito, y si por otra parte, se establece la imputabilidad del sindicado mediante un testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad, o por medio de graves indicios, la consecuencia lógica de esa providencia debe ser la detención del procesado, aunque se halle gozando del beneficio de libertad provisional, siempre que el delito imputado esté sancionado con penas de presidio y prisión. Si la detención es procedente en los casos contemplados en el artículo 379 de la obra citada, con mayor razón se justifica cuando se demuestran los elementos objetivos y subjetivos del delito.

"Si el fundamento de la detención provisional estriba en la necesidad de defender los intereses generales de la sociedad, garantizando con ella la seguridad de las personas y de las cosas, así como el orden público, estableciendo la comparecencia a juicio o la ejecución del fallo y evitan-

do la fuga u ocultación del procesado, es natural, lógico e imperativo que su cumplimiento debe ser inmediato y efectivo, ya cuando se la profiera o bien cuando se revoca la excarcelación de que se estaba disfrutando. La detención como orden o medida precautelativa debe ejecutarse inmediatamente después de dictada; pues, ninguna importancia tendría su cumplimiento tardío cuando el procesado ha evadido la acción de la justicia.

"Dejar en libertad al procesado y no hacer efectiva la detención, porque ella se ordena en el acto de enjuiciamiento, y éste no se halla ejecutoriado, por estar pendiente un recurso de apelación, es un principio que no se respalda en ningún postulado del Código de Procedimiento Penal".

Posteriormente al resolver un caso similar, en providencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, la Corte rectificó su tesis anterior y sostuvo lo siguiente:

"Aunque la Corte sostuvo por un tiempo que cuando la detención preventiva se dicta dentro del auto de proceder, aquélla no produce sus efectos, hasta tanto no se encuentre en firme este auto, porque esa medida y el procesamiento forman un todo indivisible en relación con los recursos que sean procedentes, esta tesis ya ha sido rectificada, sosteniendo en cambio que en esos casos el auto de proceder comporta dos providencias, el llamamiento a juicio y la detención del procesado, y cada una de estas decisiones produce sus efectos legales independientemente: aquélla, cuando se ejecutorie, y la otra, inmediatamente, es decir, antes que el superior resuelva sobre los recursos que se hayan interpuesto, pues el recurso contra la detención procede en el efecto devolutivo, y sólo por economía procesal no se sacan copias para su diligenciamiento".

Se considera:

Cuando la infracción por que se procede se halla sancionada con penas de presidio, prisión o arresto (Decreto 2184 de 1951), el acusado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente en calidad de autor o partícipe de la infracción. La detención como medida precautelativa que es debe tener efecto inmediato, pues con ella, por una parte, se garantiza la comparecencia del sindicado a estar en juicio, y por otra, se satisfacen plenamente los objetivos de la justicia, en orden a garantizar las finalidades del proceso penal. Por esto es por lo que, la detención preventiva no comporta el carácter de pena sino de medida precautelativa.

La detención, sea que se verifique como consecuencia del artículo 379 o como resultado del artículo 429 —Ley adjetiva—, debe sujetarse a las exigencias de los artículos 383 y 451 del Código de Procedimiento Penal. En el primer caso, no es indispensable la plena demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad; esta resolución —propia del sumario— es independiente del auto que lo califica y sus efectos son de aplicación inmediata. En el segundo, la detención se dicta como resultado de la investigación por estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y demostrada la imputabilidad penal como autor o partícipe del hecho. La detención, en ambos casos, es de efecto inmediato; se cumple antes de precluir los términos que comportan dichas providencias, siempre que los delitos por que se proceda —como en este caso— tengan señalada pena de presidio o prisión.

La ley no condiciona la privación de la libertad provisional o los resultados de la apelación ni a la ejecutoria de la providencia que la contiene, sino a la calidad de pena que reprime la infracción —para este caso— presidio o prisión. Cumplido este requisito, deber del funcionario es darle inmediata aplicación aunque dicha orden se contenga en el auto de proceder; éste es el espíritu de la ley; su texto es claro, preciso, terminante, no ofrece dudas en su interpretación, y cuando el sentido de la ley es claro no se desatiende su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.).

Cuando en el auto de proceder se ordena la detención, ésta no es consecuencia del auto de enjuiciamiento, sino de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito, la imputabilidad penal del autor, y la circunstancia de que la infracción porque se procede, en este caso, está sancionada con pena de presidio o prisión (artículo 379), requisitos que imprimen validez jurídica a la detención y la hacen de obligatorio e inmediato cumplimiento al tenor del artículo 387 del C. de P. P. que obliga al funcionario que profiere auto de detención dar por escrito, dentro de las doce horas siguientes, la orden para que el procesado sea detenido. De manera que: decretada la detención cuando hay mérito para proferirla, ella debe cumplirse y al no hacerlo, seguramente, el funcionario incurriría en responsabilidad, bien

por rehusar, ora por omitir, ya por retardar el cumplimiento de un acto al cual legalmente está obligado.

La circunstancia de que el auto de proceder sea apelado, y el hecho de que la orden de detención se contenga en él, no es óbice para retardar el cumplimiento de ésta, porque los resultados del auto de proceder se condicionan a la ejecutoria del mismo, mientras que los efectos de la detención, por ser preventiva, no se subordinan a la preclusión de términos sino a la eficacia y cumplimiento inmediato de ella.

Tan evidente es lo anterior, que el Superior al revisar el auto de proceder puede revocarlo y dejar vigente la detención, porque, los requisitos indispensables para dictarlo, en su concepto, no se han cumplido (artículo 429); en cambio si los relativos a la detención provisional (artículo 379), o bien puede suceder que al calificar el mérito del sumario el Juez dicte auto de sobreseimiento temporal y ordene la detención, a ello no se opone ningún precepto legal, porque —se repite— los elementos probatorios base de estas providencias y las consecuencias de ellas son distintos en su forma y en su fondo, por esto es por lo que la orden de detención tiene efectos inmediatos bien sea que se dicte independientemente del auto de proceder, o dentro de esa misma providencia, y esta interpretación de la ley, sin dolo, por parte del funcionario no constituye infracción penal.

"Cuando el funcionario aplica su propio criterio en la solución de algún negocio —ha dicho la Corte— y decide, en consecuencia, errando de buena fe, ello no puede acarrearle responsabilidad, porque el Código represivo no ha erigido en delito la disparidad en la apreciación de las disposiciones legales. La responsabilidad para el funcionario surge cuando el tenor literal y el espíritu de la ley no ofrecen dificultad y prácticamente se omite su aplicación, pero no en aquellos casos en que la interpretación de las normas legales da lugar a criterios opuestos, porque entonces la equivocación escapa a las reglamentaciones penales, por ausencia del propósito de la intención, que esencialmente es parte integrante de todo hecho punible".

Así, pues, los delitos de prevaricato y detención arbitraria, provenientes de la interpretación de textos legales no tiene consistencia jurídica por no ser los hechos constitutivos de delito. Y, en cuanto hace a la falsedad en documentos públicos, el Magistrado Gómez Arenas no hizo otra cosa sino reproducir las pruebas y hechos demostrados en el expediente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, declara que los hechos investigados NO SON CONSTITUTIVOS DE DELITO. En consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en contra del doctor Pedro Gómez Arenas, por los hechos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Sandoval Valcárcel - Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD Y DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1.—De lo dispuesto por el artículo 171 del Código Penal se desprende que el abuso de autoridad se halla configurado por los siguientes elementos, los cuales deben concurrir en su totalidad para que el delito se estructure:

a) Que el acto sea cometido por un funcionario o empleado público;

b) Que dicho acto no esté específicamente previsto por la ley como delito, v. gr., el prevaricato;

c) Que se realice o se haga ejecutar por razón de las funciones públicas u oficiales propias del cargo, o excediéndose en el ejercicio de ellas;

d) Que el acto sea arbitrario (dictado sólo por la voluntad o el capricho del funcionario sin sujeción a norma legal alguna) o injusto (contrario a la ley, la razón o la equidad); y

e) Que dicho acto redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad.

El abuso de autoridad es de los delitos llamados OFICIALES o de RESPONSABILIDAD, porque sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos, por razón o con motivo del ejercicio de las atribuciones inherentes a un cargo o empleo público. Es un delito contra la Administración, y constituye un abuso del poder que la ley ha conferido al funcionario. Por eso se ha dicho que es el desviado o incorrecto ejercicio de las atribuciones públicas, en detrimento de las personas o de las cosas.

Con relación a esta calidad del sujeto activo del delito hay una nota que, como lo recuerdan los tratadistas, CALIFICA ESTOS DELITOS, y es el hecho de que todos ellos suponen faltas personales del funcionario o empleado, pero que tienen consecuencias en lo que atañe a la responsabilidad de la Administración, y que violan concretamente una de las garantías y derechos civiles consagrados por el Derecho Público Interno, y que, en lo referente a Colombia, se encuentra en el artículo 30 de la Constitución Nacional, que consagra en su parte final, que los funcionarios públicos son responsables, tanto por infracción de la Constitución y de las leyes, como por extralimitación en sus funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

Lo arbitrario presupone capricho, voluntad despótica del funcionario que ejecuta el acto, prevalido de su misma autoridad, y pasando por encima de la norma o con prescindencia de la misma. Lo injusto, como lo dijo la Corte en providencia del 30 de agosto de 1946, es además, lo que viola la equidad. "Lo injusto es siempre arbitrario, porque la ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la norma que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, mas para el abuso de autoridad las palabras ARBITRARIO o INJUSTO pueden tomarse como equivalentes, ya que el Código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad". (G. J. Tomo LX, pág. 877).

2.—La introducción arbitraria, engañosa o clandestina en habitación ajena, contra la voluntad de su dueño, es lo que configura el delito contra la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad que está amparada por el fuero domiciliario que establece el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Si la introducción engañosa, arbitraria o clandestina se realiza por un particular, las sanciones consecuenciales son las previstas por el artículo 302 del Código Penal, y cuando se trata de actos engañosos o clandestinos, no es necesario para que se configure el delito que haya prohibición del dueño del domicilio. La introducción es arbitraria cuando se pasa por encima de la voluntad del habitante amparado en su fuero.

Este delito se configura para los funcionarios o empleados públicos, cuando se penetra en una habitación o se registra, abusando de las funciones oficiales. Ese exceso de poder es arbitrario. Puede suceder (y eso lo prevé el inciso 2º del artículo 302)

que el abuso no sea arbitrario, sino injusto, por no observarse las formalidades que para el allanamiento y registro señale la ley. Cuando el acto sea arbitrario, obediente a la sola voluntad abusiva del funcionario, el hecho cae bajo las sanciones del primer inciso del artículo 303, como cuando un empleado, valiéndose de la fuerza moral coercitiva que le da su carácter oficial o su función, penetra a un domicilio ajeno contra la voluntad del morador. Y, cuando lo que sucede es que el funcionario no se somete a las formalidades prescritas por los artículos 320 y concordantes del Código de Procedimiento Penal, y penetra a un domicilio para registrarlo, el acto es injusto, y cae bajo las sanciones del inciso 2º del artículo 303.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Efecto Téllez Camacho)

Vistos:

En virtud del grado de consulta, revisa la Corte el auto de 22 de octubre de 1954, por medio del cual el Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente en favor del doctor **César C. Bustos**, quien había sido denunciado por el señor Blasco Caballero Vives, como responsable de los delitos de abuso de autoridad y contra la inviolabilidad del domicilio, cometidos con ocasión del ejercicio de las funciones de Fiscal del Juzgado 2º Superior de Cartagena.

Estimó el Tribunal, que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, pues la actuación oficial del doctor Bustos se ajustó a las normas legales sobre registro y allanamiento de los domicilios de los particulares, según los preceptos del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

El mencionado sobreseimiento se dictó —dice el Tribunal— con fundamento en lo que disponen los artículos 435 y 437 de la misma obra.

El proceso en referencia había venido en anterior ocasión a la Corte, en grado de consulta de una providencia de la misma naturaleza, la cual fue revocada por faltar un elemento indispensable para que el Tribunal y la Corte pudieran conocer en primera y segunda instancias, como era la referente a la calidad de Fiscal del denunciado y sobreseído. Allegada la prueba echada de menos, volvió a proferirse sobreseimiento, que es el que ahora se revisa.

Ya la Procuraduría Delegada en lo Penal ha emitido su concepto, de acuerdo con el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, y esa colaboradora del Ministerio Público ha pedido se confirme la providencia consultada, porque la actuación del denunciado se ajustó en un todo a las normas legales, como legales son las consideraciones del Tribunal que lo amparó con el sobreseimiento que se revisa.

Acreditada la calidad de funcionario público, justiciable en primera instancia por el Tribunal, pasa la Corte a decidir.

Los hechos denunciados

Ante el Tribunal Superior de Cartagena, el doctor Blasco Caballero Vives, en ese entonces Contralor Municipal de esa ciudad, denunció al doctor César C. Bustos, Fiscal del Juzgado 2º Superior de ese Circuito, "por el delito de abuso de autoridad que define y castiga el artículo 171 del Código Penal. El denuncio se presentó el 24 de noviembre de 1951, y se fundamentó en los siguientes hechos:

"En el día de ayer, siendo las 12 meridiano, se presentó el Capitán **Campo E. Cabeza**, de la Policía Nacional, División Bolívar, acompañado por el Secretario de esa institución señor **Jaime Pareja** y por un piquete de Policías armados de fusiles, a mi casa de habitación situada en el Barrio de Manga, de esta ciudad, Cuarta Avenida, en donde habito con mi esposa, mis hijos y mis suegros.

"Con gran aparataje de Policías armados de rifles, fue rodeada mi casa, se bloquearon las esquinas de las calles cercanas. El Capitán Cabeza me manifestó que todos estos actos obedecían al cumplimiento de una orden escrita del señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de este Circuito, señor doctor César C. Bustos, por la cual ordenaba la práctica del allanamiento de mi casa, con el fin de capturar al señor **Juan Zárate D.**, quien según el doctor Bustos, se encontraba allí escondido.

"Con mi asentimiento, el Capitán Cabeza y los policías que lo acompañaban penetraron en mi casa de habitación y practicaron un minucioso registro en todas las habitaciones de mi hogar, sin que allí hubieran encontrado a la persona in-

dicada por el Fiscal Bustos, es decir, el señor Juan Zárate.

"Bajo mi palabra de honor, juro a usted señor Presidente del Tribunal Superior de Bolívar, que tengo la plena certeza de que el Fiscal César Bustos no tenía ningún fundamento cierto para haber ordenado el allanamiento de mi casa, y que sólo dictó esta medida con el fin de perjudicar mi reputación por medio del escandaloso aparataje de la medida dictada contra mi persona.

"El allanamiento de mi casa ordenado por el doctor Bustos, obedece a un perverso propósito de perjudicarme en mi honor y en mi reputación, tratando, sin ningún fundamento cierto y honesto, de vincularme a la investigación que este funcionario adelanta contra el señor Juan Zárate D.

"El H. Tribunal Superior de Bolívar es competente para conocer de este denuncio".

La investigación

Todas las afirmaciones hechas por el indagado doctor Bustos, tuvieron plena confirmación, y de ellas y de las pruebas allegadas durante el sumario, se desprenden los siguientes hechos, que califican la conducta del señor Fiscal sobreseído por el Tribunal Superior de Cartagena.

1º—En el sumario contra Juan Zárate Domínguez, por el delito de falsedad, adelantado por competencia por el señor Fiscal denunciado, se dictó auto de detención con la plenitud de las formalidades legales.

2º—La captura de Zárate Domínguez, prófugo a la sazón, se solicitó a las autoridades de la Policía y a la Seguridad.

3º—El jefe de la Seguridad en Cartagena tuvo información de que el prófugo Zárate se encontraba escondido en la casa del Contralor Municipal doctor Blasco Caballero Vives, y dicha información la transmitió el Jefe de la Seguridad al Comandante de la Policía (División Bolívar).

4º—Por conducto de la Secretaría de la Comandancia, se comunicó al señor Fiscal la información antedicha, y este funcionario, dada la seriedad de la comunicación y la posibilidad o verosimilitud de la misma, dictó un auto ordenando el allanamiento de rigor y comisionó para la práctica de la diligencia a las Fuerzas de Policía, que lo ejecutaron debidamente, asistiendo al acto y para dirigirlo, un Capitán de la Policía y el Secretario de la Comandancia. Del registro apareció que en la casa del doctor Caballero Vives no se encontraba el prófugo reclamado por el señor Fiscal.

Calificación de los hechos

Dos cargos se le formularon al señor Fiscal, doctor Bustos; abuso de autoridad (artículo 171 del C. P.) y delito contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 303 ibidem).

En su orden se examinaron:

1º—Abuso de autoridad.

El artículo 171 preceptúa, que el funcionario o empleado público que, fuera de los casos especiales previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos.

De esta definición se desprende que el abuso de autoridad se halla configurado por los siguientes elementos, los cuales deben concurrir en su totalidad para que el delito se estructure:

a) Que el acto sea cometido por un funcionario o empleado público;

b) Que dicho acto no esté especialmente previsto por la Ley como delito, v. gr., el prevaricato;

c) Que se realice o se haga ejecutar por razón de las funciones públicas u oficiales propias del cargo, o excediéndose en el ejercicio de ellas;

d) Que el acto sea arbitrario (dictado sólo por la voluntad o el capricho del funcionario sin sujeción a norma legal alguna), o injusto (contrario a la Ley, la razón o la equidad); y

e) Que dicho acto redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad.

El abuso de autoridad es de los delitos llamados oficiales o de responsabilidad, porque sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos, por razón o con motivo del ejercicio de las atribuciones inherentes al ejercicio de un cargo o empleo público. Es un delito contra la Administración, y constituye un abuso del poder que la Ley ha conferido al funcionario. Por eso se ha dicho que es el desviado o incorrecto ejercicio de las atribuciones públicas, en detrimento de las personas o de las cosas.

Con relación a esta calidad del sujeto activo del delito hay una nota que, como lo recuerdan los tratadistas, califica a estos delitos, y es el hecho de que todos ellos suponen faltas personales del funcionario o empleado, pero que tienen consecuencias en lo que atañe a la responsabilidad de la Administración, y que violan concretamente

una de las garantías y derechos civiles consagrados por el Derecho Público Interno, y que, en lo referente a Colombia, se encuentra en el artículo **20 de la Constitución Nacional**, que manda en su parte final, que los funcionarios públicos son responsables, tanto por infracción de la Constitución y de las Leyes, como por extralimitación en sus funciones o por omisión en el ejercicio de estas.

Lo arbitrario presupone capricho, voluntad despótica del funcionario que ejecuta el acto, prevalido de su misma autoridad, y pasando por encima de la norma o con prescindencia de la misma. Lo injusto, como lo dijo la Corte en providencia del 30 de agosto de 1946, es además, lo que viola la equidad. "Lo injusto es siempre arbitrario, porque la Ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la reglas que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, más para el abuso de autoridad las palabras **arbitrario** o **injusto** pueden tomarse como equivalentes, ya que el Código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad". (G. J. Tomo LX, pág. 877).

Dicho que este delito se informa o configura por la violación de la norma constitucional del **artículo 20**, que quiere, en armonía con el artículo 23, que nadie pueda ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, **ni su domicilio registrado**, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes, conviene examinar si en el caso que se juzga hubo extralimitación o abuso de las funciones oficiales, si se pretermitieron las formalidades prescritas por la Ley para estos actos si se realizaron sin que existiera para su ejecución un motivo previamente definido en las Leyes.

Manda el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, que el funcionario de instrucción podrá disponer y practicar el allanamiento y registro de un edificio, establecimiento o heredad, cuando siquiera haya un indicio grave de que allí se encuentren el procesado o efectos o instrumentos de la infracción porque se procede o papeles o cualesquiera otros objetos que puedan servir para comprobar el cuerpo del delito o para descubrir a sus autores o partícipes.

Tales allanamientos o pesquisas deben practicarse, por regla general, entre las cinco de la mañana y las siete de la noche, cuando se trate de casas de habitación o lugares de respeto, y en estos casos, el allanamiento y registro debe proceder un interrogatorio al individuo cuya casa deba ser registrada, a fin de que sepa los motivos que existen para verificar tales actos y lograr, de ese modo amistoso y convincente, que entregue voluntariamente la persona qué se busca o los efectos que son objeto de la pesquisa. Si interrogado no accediere voluntariamente a hacer la entrega, o si no desvanece los motivos, que hayan aconsejado la medida, se procederá al registro.

Cuando se trate de aprehender a alguna persona, el funcionario de instrucción podrá comisionar a la Policía para que allane el lugar donde se sospecha que se encuentra la persona pedida por las autoridades. En este caso, las autoridades de Policía deberán cumplir las formalidades previas al allanamiento y registro.

Se sabe que el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior había decretado la detención preventiva de Zárate Domínguez, que había pedido de las autoridades de Policía su concurso para obtener esa captura. A su turno, de las Oficinas de la Seguridad informaron a la comandancia de Policía (comisionada para la captura) que se sospechaba que el prófugo estaba escondido en la casa del Contralor Municipal de Cartagena. Ante esta información bastante atendible, la Comandancia de la Policía solicitó del funcionario instructor permiso o autorización para registrar la casa de Caballero Vives, en busca de la persona cuya detención se había ordenado.

En estas circunstancias, es lógico suponer que el Fiscal diera la orden solicitada. Al darla, ciñéndose a las normas legales (existía el indicio grave previsto por el artículo 320), es obvio que el funcionario no ejecutó acto injusto ni contrario a la Ley, ni a la equidad. Y, procedida la orden de tales informes, reputados veraces y atendibles, es claro que no ejecutó acto arbitrario, caprichoso u obediente a la sola voluntad despótica del funcionario.

O, lo que es lo mismo, no comete delito de abuso de autoridad el funcionario instructor (en este caso el Fiscal) que ordena a la Policía allanar y registrar un domicilio en busca de una persona cuya detención se había ordenado previamente, y acerca de la cual se tenían informes fidedignos provenientes de la Oficina de la Seguridad (Jefatura) de que se escondía en la casa de un particular, la del ahora denunciante.

2º—Inviolabilidad del domicilio.

La introducción arbitraria, engañosa o clandes-

tina en habitación ajena, contra la voluntad de su dueño, es lo que configura el delito contra la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad que está amparada por el fuero domiciliario que garantiza el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Si la introducción engañosa, arbitraria o clandestina se realiza por un particular, las sanciones consecuenciales son las previstas por el artículo 302 del Código Penal, y cuando se trata de actos engañosos o clandestinos, no es necesario para que se consume el delito que haya prohibición del dueño del domicilio. La introducción es arbitraria cuando se pasa por encima de la voluntad del habitante amparado en su fuero.

Este delito se configura para los funcionarios o empleados públicos, cuando se penetra en una habitación o se registra, abusando de las funciones oficiales. Ese exceso de poder es arbitrario. Puede suceder (y eso lo prevée el inciso 2º del artículo 303) que el abuso no sea arbitrario, sino injusto, por no observarse las formalidades que para el allanamiento y registro señale la Ley. Cuando el acto sea arbitrario, obediente a la sola voluntad abusiva del funcionario, el hecho cae bajo las sanciones del primer inciso del artículo 303, como cuando un empleado, valiéndose de la fuerza moral coercitiva que le da su carácter oficial o su función, penetra a un domicilio ajeno contra la voluntad del morador. Y, cuando lo que sucede es que el funcionario no se somete a las formalidades prescritas por los artículos 320 y concordantes del Código de Procedimiento Penal, y penetra a un domicilio para registrarlo, el acto es injusto, y cae bajo las sanciones del inciso 2º del artículo 303.

Ninguno de estos actos cometió, ni hizo cometer el doctor Bustos en su carácter de Fiscal del Juzgado 2º Superior de Cartagena. Ni él penetró abusiva e ilegalmente al domilio del Contralor, ni hizo que otras personas se introdujeran abusiva e ilegalmente a dicho domicilio.

—

Lo anterior quiere decir que los actos denunciados no son constitutivos de delito, y que, por lo mismo, el sobreseimiento proferido por el Tribunal Superior de Cartagena es jurídico.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley y, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA el sobreseimiento pronunciado por el Tribunal Superior de Cartagena, con que se dio fin al proceso seguido contra el doctor César C. Bustos, Fiscal del Juzgado 2º Superior de ese Distrito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Manénegro. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

NO PUEDE HABLARSE DE ENEMISTAD GRAVE ENTRE DOS PERSONAS CUANDO SOLO UNA DE ELLAS LA DECLARA MIENTRAS LA OTRA LA NIEGA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El doctor Primitivo Vergara Crespo, Fiscal del Tribunal Superior de Buga, se manifestó impedido para conocer de este negocio por peculado contra Germán Benavides Zamora, con pretendido fundamento en la siguiente comunicación telegráfica, dirigida al doctor Vergara Crespo por el señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia: "Germán Benavides Zamora quéjase su despacho demora indefinidamente devolución expediente siguiente que en traslado pasóle Tribunal. Sírvase informar qué fecha recibiólo y motivos determinan demora si realmente existe".

No aceptó el Tribunal el impedimento, con base en la doble razón de carecer de apoyo en las disposiciones legales que regulan la materia —pues "aun en el caso de recusación, cuando ésta se declara infundada, no inhibe al impedido para continuar conociendo del negocio"— y de que el motivo enunciado no entraña enemistad grave. Pero, en vez de remitir el expediente a esta Corporación, el Tribunal dispuso devolverlo al señor Fiscal "para que emita su dictamen" y, en caso de mantener dicho funcionario sus puntos de vista, enviarlo al superior para lo de su cargo.

La respectiva decisión —que no ordenó notificarse, ni era notificable— lo fue, no obstante, a las partes; y el señor Fiscal interpuso reposición contra ella, recurso que se denegó para disponer el envío de los autos a la Corte, como se había previsto en la primera providencia "para el caso de que el señor Fiscal insistiera en la legalidad del impedimento".

Se considera:

La causal manifestada se hace consistir en la **grave enemistad** que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga supone haberse suscitado entre él y el señor Benavides Zamora con ocasión de la queja de que dan cuenta los autos. Pero ni las reclamaciones que los sindicados hacen frecuentemente en los juicios, movidos por el natural deseo de que éstos alcancen pronta solución, ni el desagrado que ello produzca en quienes son objeto de aquéllas, conllevan la presunción de que en el ánimo de funcionarios acostumbrados a valorar en la balanza de la justicia pero también en la de la humana comprensión las acciones y reacciones de índole antisocial, hayan logrado alterarse —por ese solo motivo— la conciencia del deber y la serenidad del espíritu que son atributos esenciales del elevado ministerio que aquéllos ejercen.

En el presente caso contrastan la actitud del procesado y la del señor Fiscal, pues mientras éste persiste en separarse del conocimiento, aquél expresa: "No creo que exista o pueda existir el impedimento del señor Fiscal para conocer del juicio, ya que la causal que anota, no puede ser, **pues el hecho de pedir, solicitar respetuosamente, se dé curso al expediente, no implica nunca una recusación**... Si esto que es lo que ha pasado, como lo puede analizar el Honorable Tribunal, es un pecado, he caído en él ingenuamente, de lo cual se me debe absolver en absoluta justicia". Y en el segundo de los memoriales encaminados a explicar el verdadero alcance de su queja, dijo el señor Benavides Zamora: "...**no abrigo ningún sentimiento de animadversión contra el distinguido Fiscal doctor Primitivo Vergara Crespo; antes, por el contrario, ya que no disfruto del beneficio de su amistad, de mi parte sí rindo mi humilde tributo de aprecio a su ilustre personalidad y de confianza en sus dotes de jurista avisado y ecuánime.** En consecuencia, allano de mi parte el motivo de impedimento que ha creído encontrar el distinguido Fiscal, para abstenerse de conceptuar en mi causa. Y aclaro que mi comunicación telegráfica a Bogotá **no tuvo por objeto mortificar o zaherir en ninguna forma al doctor Vergara Crespo, quien me inspira los mayores consideración y respeto,** sino llanamente propiciar la rapidez en la definición de mi causa, por razón de la cual llevo tantos y tan interminables

meses en este cautiverio que estimo inmotivado e injusto". (Subraya la Sala).

No puede hablarse de grave enemistad entre dos personas cuando sólo una de ellas la declara mientras la otra la niega. Precisamente con ocasión de otro impedimento propuesto en circunstancias análogas —también sin razón valedera— por el mismo señor Fiscal, dijo la Sala: "Descontada en el evento presente la reciprocidad, pues el doctor Lozano Quintana niega la enemistad grave mientras el doctor Vergara Crespo la afirma, podría tratarse del caso, muy extraño, de la existencia de un sentimiento unilateral de aversión o de odio, por parte del funcionario que se manifiesta impedido, en relación con las partes o sus apoderados, capaz de determinar en el ánimo de aquél un estado de alma contrario a los intereses sub-lite. Pero el doctor Vergara Crespo no sólo se abstiene de allegar prueba alguna al respecto, sino que omite toda explicación que permita apreciar, al menos moralmente, a falta de demostraciones objetivas, la situación de orden subjetivo en que el impedimento pretende fundarse". (G. J. LXXVIII, 452).

Otro tanto ocurre en el evento que aquí se contempla. La queja que originó la comunicación telegráfica dirigida por el Ministerio de Justicia al doctor Vergara Crespo para que éste informara sobre las demoras en referencia, reales o imaginarias, no obra en el expediente y, por esta razón, la Sala no está en la posibilidad de conocer su contenido exacto y de justipreciar su alcance. Pero las manifestaciones subsiguientes con que el procesado se esforzó en vano para explicar ante el Tribunal su verdadero sentido y por ratificarle al funcionario la plenitud de su confianza, son más que suficientes para descartar la hipótesis de la enemistad recíproca que, con el carácter de grave, exige como causal de recusación el ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que el doctor Primitivo Vergara Crespo, Fiscal del Tribunal Superior de Buga, no está impedido para continuar conociendo de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Lopete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — JURISDICCION Y COMPETENCIA—JUEZ COMPETENTE EN CASO DE FUGA DE PRESOS

COMPETENCIA es la facultad de los jueces de administrar justicia en un determinado negocio, en forma específica, administración de justicia que en forma genérica corresponde a la República como una forma de la soberanía nacional, y que es lo que se conoce con el nombre de JURISDICCION. La competencia se fija, según los casos, por razón de la naturaleza del hecho, o por razón del territorio donde fue cometido; y en algunos casos en razón del fuero de que goza el sindicado. Según la gravedad, la naturaleza del hecho y en ciertos casos la cuantía de los intereses afectados, la ley dice a qué funcionario le corresponde la facultad de decidir en derecho (Capítulo III, Título II, Libro I, del C. de P. P.), y por razón del territorio en donde se hayan verificado los hechos constitutivos de la infracción, la misma ley de procedimiento dice qué funcionarios son competentes para conocer (Cap. III, ibidem).

Cuando se trata de hechos aislados o unitarios en su ejecución, sin conexidad con otros o sin que tengan el carácter de crónicos o continuados, el principio general es, para fijar la competencia territorial, el de que es competente por razón del lugar en donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción. Por este concepto, y atendida la forma como se realiza la fuga de presos y los elementos que integran este ilícito (huir, escaparse un preso que está legalmente detenido), estima la Corte que es competente para conocer del respectivo proceso, el Juez del lugar donde el detenido o condenado obtuvo su liberación, o sea, del lugar donde se sustrajo a la función represiva y de vigilancia ejercitada por las autoridades, bien sea que esa liberación se realice del propio establecimiento carcelario o de algún lugar en camino. Por medio de la detención se priva al acusado del bien jurídico de la libertad, y esa privación se refiere a todo el territorio de la República, y es así, cómo por razones de salud o de otro orden puede disponerse que un preso se mantenga en detención en lugar distinto de aquel en donde se recibió por motivo de la infracción, o sea también, del lugar donde se dictó el auto privativo de la libertad. La evasión se realiza sustrayéndose el preso de la acción restrictiva de su libertad y burlando la vigilancia de las autoridades encargadas de su custodia o conducción, y es natural que esa evasión tiene un momento de culminación, y ese momento señala y fija el lugar de su ejecución. Vale decir, en la fuga de presos es competente para conocer, el Juez del territorio o del lugar donde el preso se escapa o evade de la acción vigilante de las autoridades y restrictiva de su libertad personal. Naturalmente, para que pueda configurarse este delito, es necesario que el evadido o fugado se encuentre legalmente detenido, o sea, que su detención obedezca a un mandato jurisdiccional dictado por funcionario competente y por razón de un hecho que tenga en la ley penal una sanción privativa de la libertad; en otras palabras: que se haya dictado auto de detención por razón de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, y que dicha detención se esté cumpliendo por razón de la boleta librada por dicho funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

Los hechos de que dan cuenta estas diligencias, llegadas a la Corte para decidir una colisión de competencias entre el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas (Caldas) y el Juzgado Penal del Circuito de Cartago (Valle del Cauca), pueden sintetizarse así:

El Alcalde Municipal de Aguadas remitió con los agentes de Policía Luis Alfonso Castaño Va-

Ignacio y Néster Castilla Ramírez, con destino a la penitenciaría de Palmira para que allí cumplieran las condenas impuestas, a los presos Carlos Antonio Quintana y Eudifas Bustamante Ríos. Contrariando las órdenes del caso, los agentes de Policía citados se trasladaron al barrio de tolerancia de la ciudad de Cartago en la noche del 23 de junio de 1953, en compañía del preso Bustamante Ríos, quien aprovechó esa circunstancia irregular para fugarse. Por estos hechos se formó el proceso correspondiente, cuya copia se encuentra al presente al estudio de la Corte.

El problema

El diez (10) de julio del presente año, el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas dijo que el conocimiento del negocio correspondía al Juzgado Penal del Circuito de Cartago (Valle), por cuanto en esa jurisdicción se había verificado la fuga de Bustamante, de la cual eran responsables los agentes encargados de su custodia y conducción.

Recibido el proceso por el Juzgado Penal del Circuito de Cartago, esta oficina propuso colisión de competencias (negativa) al Juzgado Penal de Aguadas, conforme al artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, razonando que el conocimiento de los procesos por fuga de presos, cuando el evadido realiza el hecho en lugar distinto de aquel en el cual se halla legalmente detenido, corresponde al Juez de ubicación del establecimiento donde estuviere detenido el preso que se fuga. Apoyó su resolución en la siguiente jurisprudencia de esta Corte:

"El delito de fuga, según lo expuesto, es la violación de un mandato judicial de detención o condena de un procesado y de las normas del régimen disciplinario de la institución en que se cumple tal mandato; la que puede realizarse no sólo mediante violación en las personas y edificios, sino también mediante fraude, engaño y abuso de confianza dada al evadido, casos todos en los cuales aquél se sustrae o evade del régimen de una cárcel determinada, al que está sometido por orden emanada del Juez de su proceso.

"Si aquel delito, pues, requiere el funcionamiento de una cárcel y el internamiento del procesado en ella, concluye que se comete en el territorio en donde aquélla existe, y que el Juez competente para juzgarlo es el de ese territorio, aunque —como en el caso presente— la fuga se haya ejecutado mediante aprovechamiento indebido de la confianza que el Director, al darle licencia de salir fuera de la cárcel, y el guardián al permitirle retirarse a un lugar que se encontraba ya más allá del límite territorial del Juez de cuenta del cual se hallaba detenido, depositaron en el evadido.

"Se deriva de lo anterior que el delito de fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario, se comete, sea en la realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento de régimen que acompaña al detenido dondequiera se halle, en el territorio en que funciona la cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por lo tanto, el Juez competente para juzgar al evadido es el de ese territorio". (Casación Penal, julio 27 de 1950. Tomo LXVII, pág. 614).

No fueron halladas razonables y dignas de ser acogidas estas razones por el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, oficina que decidió, con fecha primero de septiembre último, declarar que no era competente para conocer del proceso contra Bustamante Ríos y los agentes que lo conducían, pues como le dijo esta misma Corte en auto del quince (15) de marzo del corriente año, no es admisible la excepción que, en relación al delito de fuga hace la Corte en el auto que se acaba de transcribir, a la norma general contenida en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, según la cual, "es competente por razón del lugar donde deba ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometa la infracción".

Explicó la Corte en esta última oportunidad y para rectificar la tesis de 1950 —que aún no tenía el carácter de doctrina—, que "acaso la solución adoptada por la Sala en situación semejante se debió a la conveniencia de que el sindicado de fuga sea juzgado por este ilícito dentro de la misma jurisdicción en que se le adelanta el proceso en cuya virtud fue detenido; pero no tratándose de territorio, ni de las demás hipótesis contempladas en los artículos 56 y 57 de la misma obra, es del todo inaceptable acudir a una supuesta extraterritorialidad de los reglamentos carcelarios para hacer distinciones que el claro literal de la ley no consiente, en materias tan esencialmente vinculadas, como ésta de la competencia, a la validez de los juicios. "Si tal interpretación fuera verdadera —agrega la Corte—, habría que concluir también, arguyendo ab-absurdo, pues "eaden ratio ibi eadem dispositio"— que el robo cometido por el prófugo o la muerte del mismo a manos de su guardián, no serían del conocimiento del Juez del territorio donde la apropiación indebida o el homicidio se causaron, sino del Juez del lugar en que se hallara ubicado

el establecimiento de detención a cuya reglamentación disciplinaria estuvieran sometidos uno y otro".

LA DECISION

Competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en un determinado negocio, en forma específica, administración de justicia que en forma genérica corresponde a la República como una forma de la soberanía nacional, y que es lo que se conoce con el nombre de **Jurisdicción.** La competencia se fija, según los casos, por razón de la naturaleza del hecho, o por razón del territorio donde fue cometido: y en algunos casos en razón del fuero de que goza el sindicado. Según la gravedad, la naturaleza del hecho y en ciertos casos la cuantía de los intereses afectados, la Ley dice a qué funcionario le corresponde la facultad de decidir en derecho (Capítulo II, Título II, Libro I, del C. de P. P.), y por razón del territorio en donde se hayan verificado los hechos constitutivos de la infracción, la misma ley de procedimiento dice qué funcionarios son competentes para conocer. (Cap. III, ibidem).

Cuando se trata de hechos aislados o unitarios en su ejecución, sin conexidad con otros o sin que tengan el carácter de crónicos o continuados, el principio general es, para fijar la competencia territorial, el de que es competente por razón del lugar en donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción. Por este concepto, y atendida la forma como se realiza la fuga de presos y los elementos que integran este ilícito (huir, escaparse un preso que está legalmente detenido), estima la Corte que es competente para conocer del respectivo proceso, el Juez del lugar donde el detenido o condenado obtuvo su liberación, o sea, del lugar donde se sustrajo a la función represiva y de vigilancia ejercitada por las autoridades, bien sea que esa liberación se realice del propio establecimiento carcelario o de algún lugar en camino. Por medio de la detención se priva al acusado del bien jurídico de la libertad, y esa privación se refiere a todo el territorio de la República, y es así, cómo por razones de salud o de otro orden puede disponerse que un preso se mantenga en detención en lugar distinto de aquel en donde se recibió por motivo de la infracción, o sea también, del lugar donde se dictó el auto privativo de la libertad. La evasión se realiza sustrayéndose el preso de la acción restrictiva de su libertad y burlando la vigilancia de las autoridades encargadas de su custodia o conducción, y es natural que esa evasión tiene un momento de culminación, y ese momento señala y fija el lugar de su ejecución. Vale decir, en la fuga de presos es competente para conocer, el Juez del territorio o del lugar donde el preso se escapa o evade de la acción vigilante de las autoridades y restrictiva de su libertad personal. Naturalmente, para que pueda configurarse este delito, es necesario que el evadido o fugado se encuentre legalmente detenido, o sea, que su detención obedezca a un mandato jurisdiccional dictado por funcionario competente y por razón de un hecho que tenga en la ley penal una sanción privativa de la libertad; en otras palabras: que se haya dictado auto de detención por razón de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, y que dicha detención se esté cumpliendo por razón de la boleta librada por dicho funcionario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECIDE que el Juez competente para conocer del presente negocio por fuga del preso **Euclides Bustamante Ríos**, es el Penal del Circuito de Cartago. En consecuencia, remítase lo actuado a dicho funcionario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — PARA DICTAR PROVIDENCIA DE FONDO, PREVIAMENTE, DEBE ACREDITARSE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO

Los documentos o pruebas que demuestran la calidad de empleado público —Rama Jurisdiccional— son indispensables y necesarios en los procesos seguidos por delitos oficiales o de responsabilidad, porque, en estos casos, es la calidad de funcionario —Juez de Circuito o Juez Superior— y la naturaleza de la infracción las que determinan el fuero especial y la competencia de las entidades que deban juzgarlo. Mientras este requisito no se acredite, ni el Tribunal en primera instancia (artículo 4º del C. de P. P.), ni la Corte en segunda (artículo 42 ibídem) tienen jurisdicción y competencia para conocer del presente negocio.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y seis, declaró extinguida la acción penal y ordenó cesar el procedimiento en contra del doctor Manuel Franco Rodríguez, por haber fallecido.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su Vista Fiscal (2 de octubre de 1956), al contestar el traslado pide que se revoque la providencia, a fin de que el Tribunal allegue a las diligencias la prueba que demuestre la calidad de funcionario público —Juez Primero Penal del Circuito de Medellín— que en ese entonces tenía el doctor Franco Rodríguez, y al efecto expresa:

"Se dice en el fallo consultado que durante ese lapso de la demora desempeñó el cargo de Juez en la oficina atrás citada, el doctor Manuel Franco Rodríguez, pero este hecho no se halla íntegramente comprobado, como pasa a demostrarse:

"Al folio 25 vuelto del expediente se encuentra la copia del Acuerdo número 150 de fecha 27 de junio de 1949, por medio del cual se nombra al referido doctor Franco Rodríguez para ejercer en propiedad el cargo de Juez aludido a partir, o mejor dicho, para el período que comenzó el primero de julio inmediatamente posterior.

"Al folio 27 ibídem se encuentra la copia del Acta de posesión del referido doctor y del mismo cargo citado, efectuada el día 30 de julio de 1947 y por razón del nombramiento que para dicho empleo se le defirió por medio de la 'Resolución número 70 de fecha julio 29/47', es decir, de la víspera de dicha posesión.

"Se anota, pues, la falta de la copia del Acuerdo o 'Resolución' del H. Tribunal de Medellín a que se refiere el Acta de posesión acabada de citar y que complementaría la prueba del ejercicio del cargo durante el lapso del 27 de septiembre de 1948 al primero de julio de 1949.

"Asimismo falta el Acta de posesión correspondiente a la designación que se le hizo al doctor Franco Rodríguez por medio del Acuerdo número 150 de 1949, y que complementaría la prueba del ejercicio del cargo hasta la fecha en la cual fue reemplazado.

"Se observa también que se carece del correspondiente certificado sobre el ejercicio del cargo durante el lapso a que se contrae la demora investigada, y el cual debe ser expedido por la autoridad correspondiente.

"La comprobación del carácter oficial del incriminado es indispensable para que el Tribunal en primera instancia pueda pronunciar una declaración judicial sobre los hechos que se le imputan, aunque la acción penal se halle prescrita o no pueda proseguirse por su muerte, como acontece en el presente caso.

"Esta prueba —ha dicho la Procuraduría en similares ocasiones— no sólo mira a la naturaleza misma de la infracción (el llamado delito de responsabilidad u oficial), sino al fuero del empleado o funcionario para los efectos de determinar el Juez que ha de juzgarlo".

Se considera:

Al examinar detenidamente las diligencias del proceso efectivamente se anota que faltan los do-

cumentos a que hace referencia la Procuraduría, requisito de previa demostración para afirmar, por una parte, la competencia del Tribunal en primera instancia, y por otra, la de la Corte en segunda instancia.

Los documentos o pruebas que demuestran la calidad de empleado público —Rama Jurisdiccional— son indispensables y necesarios en los procesos seguidos por delitos oficiales o de responsabilidad, porque, en estos casos, es la calidad de funcionario —Juez de Circuito o Juez Superior— y la naturaleza de la infracción las que determinan el fuero especial y la competencia de las entidades que deben juzgarlo. Mientras este requisito no se acredite, ni el Tribunal en primera instancia (artículo 44 del C. de P. P.), ni la Corte en segunda (artículo 42 ibidem) tienen jurisdicción y competencia para conocer del presente negocio.

"En los delitos de responsabilidad —ha dicho la Corte— que se adelantan contra funcionarios públicos, previamente, debe demostrarse la calidad de éstos, ora, porque esa investidura oficial en relación con el cargo es la que le confiere fuero especial, bien porque los delitos de responsabilidad sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20 de la Constitución Nacional), ya también, porque la competencia de los Tribunales en primera instancia, y la de la Corte en segunda, no pueden determinarse en forma concreta sino mediante la comprobación de la investidura, Decreto de nombramiento y posesión del cargo. Es claro que, a falta de la diligencia de posesión, ésta se presume de derecho por el ejercicio posterior de las funciones (artículos 7º C. J. y 251 C. P. y M. Tomo LXXX, pág. 123)".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, REVOCA la providencia consultada para que se cumpla con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Alberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD.—EXPEDICION DE COPIAS. — SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. — CESACION DEL PROCEDIMIENTO

1.—El deber de autorizar las copias expedidas en las oficinas judiciales le incumbe a los Secretarios en consonancia con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 121 del Código Judicial.

2.—De acuerdo con el artículo 172 del Código Penal incurre en abuso de autoridad el funcionario o empleado público que omita, rehuse, o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado. Entre los presupuestos necesarios para que se configure el delito por omisión se exige que además de la negativa a obrar, ella recaiga sobre un acto a que el funcionario esté obligado; no puede censurarse como falta y menos sancionarse penalmente la negativa, omisión o retardo en ejecutar aquello que al empleado no le corresponde y menos aún si lo considera ilegal o inmoral, porque entonces la omisión no es "arbitraria" ni "injusta"; no va contra la ley ni quebranta la equidad.

3. — Es cierto que según el artículo 437 ibídem, se dictará sobreseimiento definitivo cuando apareciere que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación o cuando éste no sea constitutivo de delito, y cuando esté claramente demostrada la inocencia del sindicado.

Pero no puede olvidarse que la sentencia sui-generis que estatuye el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, también ha de preferirse en los casos en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción, y que sus efectos son idénticos a los del auto de sobreseimiento para dejar establecida la inocencia del inculpado ya que la providencia al declarar que el hecho no se ha cometido, o que éste no constituye delito, mantiene incólume la reputación y buena fama del procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla consulta la sentencia de fecha 8 de marzo de 1955, por la cual, previo concepto del Ministerio Público, ordenó la cesación de todo procedimiento contra el doctor Carlos Ladrón de Guevara acusado de haber incurrido en abuso de autoridad en su condición de Juez 3º Superior de aquella ciudad.

Cumplidos los trámites correspondientes a la segunda instancia y oído el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, la Corte procede a resolver.

La denuncia

El señor Reinaldo Acosta Polo, ex-Secretario del Juzgado 3º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla a cargo del doctor Carlos Ladrón de Guevara, formuló denuncia penal contra éste por hechos que pueden sintetizarse así:

Primero.—Trato indebido e indecoroso con sus subalternos y con el público en general.

El denunciante fundamenta esta acusación afirmando:

"Desde que el doctor Carlos Ladrón de Guevara comenzó a ejercer su cargo noté una seria diferencia entre él y mis anteriores jefes, ya que el doctor Ladrón de Guevara lejos de comportarse con sus empleados en forma culta y caballerosa, optó por comportarse como un patán, hasta el punto de que una ocasión al presentarse a la oficina y notar que los calendarios no estaban al día, en forma energúmena, por decir lo menos, los arrancó de sus sitios y los lanzó violentamente contra el suelo, y diciendo en alta voz que destituiría al portero del Juzgado.

"En otra ocasión amenazó también de hecho y de palabras al mismo portero Cepeda porque éste, cumpliendo con su deber, le limpiaba diariamente el escritorio.

"Una vez por haberme equivocado al hacer un

proyecto de sentencia... me llamó indignado diciéndome que mi error era malicioso a pesar de haberle dado las explicaciones de que mi error había sido involuntario. Ante la insistencia del doctor Ladrón de Guevara de que mi actuación era dolosa, resolví presentar renuncia irrevocable de mi cargo, la cual no me fue aceptada por el mencionado señor quien me pidió en forma encarecida que lo excusara y que continuara yo en el cargo.

"Y el colmo de todos los cargos que hago contra el señor Carlos Ladrón de Guevara sucedió el día 16 de abril de este año (1953), cuando me dedicaba a elaborar el oficio número 186. Mientras esto hacía el doctor Carlos Ladrón de Guevara sin que existiera motivo alguno de disgusto para él me llamó diciéndome lo siguiente: 'Traiga acá eso que es una cuestión maliciosa', refiriéndose a lo que yo estaba transcribiendo. Le llevé a su escritorio el oficio que había elaborado y violentamente se levantó de la silla y me dijo: 'Usted me tiene jodido, me está jodiendo' (todo esto en actitud amenazante). Yo sorprendido ante lo que me sucedía le pregunté que me explicara la causa de su disgusto, lo cual me impresionaba sobremanera porque nada irregular y malicioso estaba haciendo, y repitiéndome las mismas frases vulgares, indignas de su rango, me dijo que lo molestaba el golpe continuo producido por el teclado de la máquina al escribir en ella.

"Ante esa actitud del señor doctor Ladrón de Guevara, resolví decirle que en esa forma no continuaba yo desempeñando las funciones de Secretario de su Juzgado y que resolviera aceptarme la renuncia que inmediatamente le presenté y que aún no sé cuándo fue aceptada, pues me ví obligado, ante las amenazas de él, a retirarme del recinto del Juzgado Tercero Superior, ya que este señor acostumbra portar armas de fuego, con peligro para las personas a las cuales él dedica sus malquerencias".

Segundo. — Demora injustificada para ordenar la expedición de los documentos necesarios al denunciante para reclamar el pago de sus prestaciones sociales.

Tercero.—Negativa para autorizar con su firma la nómina de pago del sueldo devengado por el secretario Acosta Polo durante nueve días de trabajo correspondientes a la segunda quincena del mes de abril de 1953.

La investigación

Sobre la base de los cargos formulados y ratificados bajo juramento por el denunciante, la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla ordenó abrir la investigación que originó el proceso y que en primera instancia culminó con la providencia que es materia de la consulta.

La calidad de funcionario público del doctor Carlos Ladrón de Guevara como Juez 3º Superior de Barranquilla, al tiempo de consumarse los hechos denunciados, se acreditó plenamente con la copia autenticada del acuerdo de nombramiento y diligencia de posesión del cargo.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal en la vista de fondo anota que en el negocio "se siguió conjuntamente bajo el trámite procedimental correspondiente a la vía criminal, tanto la acción penal como la disciplinaria".

Hace luego un ordenado análisis de los elementos de juicio que se allegaron a los autos para demostrar los cargos contra el doctor Ladrón de Guevara, concluyendo que éste no ha incurrido en acto alguno que por su naturaleza le apareje responsabilidad penal, y termina así:

"En el presente caso se ha dado aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, pero la Procuraduría considera más técnico, más acorde con el procedimiento ya que la investigación se declaró cerrada de acuerdo con lo establecido en el artículo 421 ibidem, y más conveniente para los intereses del señor Juez acusado, que se pronuncie a su favor un sobreseimiento definitivo al tenor de lo señalado en el artículo 437 ibidem, numeral 1º, por las razones ya dichas, es decir no haberse realizado el hecho primero imputado al acusado y, en cuanto al segundo, no alcanzar a ser constitutivo de delito.

"En tal virtud, la Procuraduría solicita atentamente de la H. Corte la **revocación** del auto del H. Tribunal Superior de Barranquilla que ha sido materia de la consulta, para que en su lugar profiera **el sobreseimiento definitivo** atrás sugerido, si así lo considerare más conducente.

"En caso de que así no fuere, el auto consultado debe ser **confirmado** en todas sus partes, agregándose en la parte resolutiva el nombre del favorecido, el cargo desempeñado, las infracciones imputadas y las causas o razones de la determinación seguida, es decir, la no existencia de uno

de los hechos y no alcanzar a ser constitutivo de delito el otro".

Se considera:

Es verdad que el secretario Reinaldo Acosta Polo no sólo presentó denuncia por abuso de autoridad sino también queja para que se siguiera el trámite correspondiente a las sanciones disciplinarias que señala el Decreto Legislativo número 3665 de 1950, pero es también cierto que no habiendo presentado el querellante las pruebas que exige el citado Decreto, hizo bien el Tribunal en dar solamente curso a la denuncia penal.

Primer cargo

Trato indebido e indecoroso con sus subalternos y con el público en general.

El señor Reinaldo Acosta Polo con el propósito de demostrar la veracidad del cargo, citó concretamente a los señores César A. Rea, Marco A. Soto, Julián Caraballo, Gonzalo Vásquez y Jesús María Movilla, afirmando que el doctor Carlos Ladrón de Guevara les había ofrecido la secretaría del Juzgado 3º Superior y que la habían rechazado por tener conocimiento de que trataba "en forma indebida a sus subalternos, como que es costumbre inveterada en él". Los testimonios fueron recibidos en el curso de la sumaria, dando resultados contrarios a los esperados por el denunciante.

En efecto:

César A. Rea afirmó:

"No acepté la proposición porque yo estaba amañado con el doctor Martínez Martínez, con quien me entendía muy bien y por aprecio personal hacia él. Por esta circunstancia no acepté".

Gonzalo Vásquez Echeverría dice que el Juez 3º Superior "pensó que yo podría servir ese cargo y así me lo manifestó, posibilidad que declinó por el doble motivo de mi insuficiencia en materias procedimentales penales, y porque mientras cuente con la confianza del titular del Juzgado donde trabajo me siento inhibido para cambiar la posición por pesos más".

Jesús María Movilla declaró:

"Sí es cierto que se me ofreció la secretaría del Juzgado 3º Superior y me la ofreció el Juez doctor Carlos Ladrón de Guevara. No la acepté porque en ese Juzgado trabajaba una sobrina mía, y al entrar yo, por el grado de parentesco, hubiera tenido que salir ella".

Marco A. Soto afirmó:

"A mí se me ofreció la Secretaría del Juzgado 3º Superior en una forma indirecta, es decir, no fue expresamente por el Juez sino varios amigos que me manifestaron que si aceptaba la citada Secretaría, y yo les dije que no porque me encontraba desempeñando la Secretaría de la Fiscalía, y su Jefe me demostraba demasiada confianza y además, no tenía ninguna queja de él, y por ese motivo decliné ese ofrecimiento".

Julián Caraballo en nada se refiere a la conducta del funcionario acusado relativa al trato que daba a sus subalternos y al público en general.

En tal forma, el cargo que se viene estudiando no tuvo demostración por ningún medio de prueba; al contrario, dentro del expediente existen plurales e inobjetables elementos de juicio que concurren a acreditar la seriedad, rectitud y honestidad con que el doctor Carlos Ladrón de Guevara ejercía la judicatura, entre ellos la certificación jurada del doctor Arturo Molina B., Juez 2º Penal Municipal de Barranquilla, la declaración del doctor Julio Salgado Vásquez, abogado en ejercicio, y las de Olga Manotas Martínez, Nelly Castro Movilla y Jorge E. Cepeda, quienes trabajaron en el Juzgado a cargo del doctor Carlos Ladrón de Guevara.

Así, pues, no fueron demostrados los hechos, pero además, los indicados en el cargo no constituyen infracción penal.

Segundo cargo

Demora injustificada para ordenar la expedición de los documentos necesarios al denunciante para reclamar el pago de sus prestaciones sociales.

La propia manifestación hecha por Acosta Polo en el escrito que se lee al folio 1º del cuaderno principal lleva a la inequívoca conclusión de que el doctor Carlos Ladrón de Guevara no incurrió en las demoras de que se le acusa, pues desde el 27 de abril de 1953, fecha en que, dice, presentó la solicitud, al 4 de mayo en que se expidieron los documentos, sólo transcurrieron siete días incluyendo en ellos los inhábiles, lapso mínimo que no alcanza a constituir demora injustificada, si se tiene en cuenta, como lo anota el Procurador, las funciones impostergables del Juzgado Superior a cargo del doctor Carlos Ladrón de Guevara.

De otro lado, el deber de autorizar las copias expedidas en las oficinas judiciales le incumbe a los Secretarios en consonancia con lo dispuesto

en el numeral 2º del artículo 121 del Código Judicial.

No está probado el cargo.

Tercer cargo

Negativa para autorizar con su firma la nómina de pago del sueldo devengado por el secretario Acosta Polo durante nueve días de trabajo correspondientes a la segunda quincena del mes de abril de 1953.

De acuerdo con el artículo 172 del Código Penal incurre en abuso de autoridad el funcionario o empleado público que omita, rehuse, o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado. Entre los presupuestos necesarios para que se configure el delito por omisión se exige que además de la negativa a obrar, ella recaiga sobre un acto a que el funcionario esté obligado: no puede censurarse como falta y menos sancionarse penalmente la negativa, omisión o retardo en ejecutar aquello que al empleado no le corresponde y menos aún si lo considera ilegal o inmoral, porque entonces la omisión no es "arbitraria" ni "injusta": no va contra la ley ni quebranta la equidad.

En el presente caso aparece comprobado en el expediente por la propia confesión de Acosta Polo que éste se retiró del cargo desde el 16 de abril de 1953, resultando, por tanto, sin derecho a reclamar sueldo en nueve días de la segunda quincena de dicho mes a que correspondía la nómina que el Juez rehusó autorizar.

Se rechaza el cargo.

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia, los dos primeros hechos que dieron lugar a la denuncia no tuvieron legal demostración en las diligencias informativas, esto es, para los efectos del proceso, no tuvieron existencia: y el tercero, no alcanza a constituir delito, siendo, por tanto, el caso de declarar que el doctor Carlos Ladrón de Guevara en su calidad de Juez 3º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla no incurrió en acto alguno constitutivo del delito de abuso de autoridad que define y sanciona el Código Penal en el Libro II, Título III, Capítulo VI.

La Sala se aparta del concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal relativo a que se revoque la sentencia consultada para permitir que el Tribunal de instancia profiera sobreseimiento definitivo en favor del doctor Carlos Ladrón de Guevara al tenor del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que de acuerdo con el artículo 428 del C. de P. P. armónico con el 435 ibidem, una vez cerrada la investigación y contestado el traslado al Ministerio Público, cuando sea el caso, corresponde al Juez calificar el mérito del sumario, lo que ha de hacerse mediante el auto de proceder o del de sobreseimiento. También es cierto que según el artículo 437 ibidem, se dictará sobreseimiento definitivo cuando apareciere que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación o cuando éste no sea constitutivo de delito, y cuando esté claramente demostrada la inocencia del sindicado.

De acuerdo con tales mandatos legales, en el presente caso en que aparece que los hechos motivo de la acusación consistentes en demorar la expedición de las copias y el certificado solicitados por el denunciante, no tuvieron existencia, y que los referentes al trato indebido a los subalternos y al público y la negativa para firmar la nómina del sueldo del secretario no alcanzan a constituir delito, quedando así demostrada la inocencia del sindicado, lo pertinente era haber dictado el auto de sobreseimiento definitivo. Pero no puede olvidarse que la sentencia sui generis que estatuye el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, también ha de proferirse en los casos en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción, y que sus efectos son idénticos a los del auto de sobreseimiento para dejar establecida la inocencia del inculpado ya que la providencia al declarar que el hecho no se ha cometido, o que éste no constituye delito, mantiene incólume la reputación y buena fama del procesado.

Refiriéndose a la sentencia que se pronuncia de acuerdo con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal ha dicho la Corte:

"El proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del C. de P. P., no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso, con igual eficacia

que el sobreseimiento definitivo (artículos 153, 438 y 28 del C. de P. P.). (GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, página 146).

En tales circunstancias y con mayor razón en el presente caso en que no se recibió indagatoria al sindicado, dictada como se halla la sentencia aludida, resulta superfluo y antitécnico revocarla con quebrantamiento de la economía procesal, para el solo fin de dictar auto de sobreseimiento.

En consecuencia, la Sala impartirá confirmación a la providencia consultada con la adición pertinente ya que el tribunal la profirió sin sujetarse a los términos del artículo 153 del Estatuto Procesal Penal que exige dos resoluciones: una declarativa como premisa y otra ordenativa como conclusión, disponiendo el cese del procedimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia materia de la consulta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, ADICIONANDOLA en el sentido de declarar que la acción no puede proseguirse por cuanto los hechos que dieron lugar a la denuncio no existieron unos y otros no alcanzan a constituir delito; por tanto, ORDENA la cesación de todo procedimiento en este negocio contra el doctor Carlos Ladrón de Guevara acusado por abuso de autoridad en su calidad de Juez 3º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty M. — Eliberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION. — LA DEMANDA DE CASACION NO PUEDE SER CORREGIDA NI ACLARADA—FINALIDADES DE LA AUDIENCIA CELEBRADA EN LA CORTE

Las características del recurso de casación no admiten que la demanda pueda ser modificada o corregida. En él no se enfrenta la situación jurídica del acusado a las conclusiones aducidas en el fallo, sino que se abre un juicio contra la sentencia tendiente a definir si ésta se ajusta a los preceptos de ley. De ahí que la demanda de casación deba ceñirse estrictamente a los requisitos que impone el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio criminal en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, sin que sea admisible aclararla o reformarla como si se tratara de una tercera instancia. Ninguna disposición legal lo autoriza.

En tales circunstancias, ni lo dicho en la audiencia, ni la síntesis escrita presentada en ella, son lo que ha de servir a la Corte como demanda de casación para avocar su estudio. La indagación de si se cumplen los requisitos del artículo 531 del Código Judicial habrá de referirse al escrito presentado dentro del perentorio término que indica el inciso 2º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

El objeto y fin de la audiencia no es el de reemplazar o el de enmendar la demanda, sino aquel que le compete de acuerdo con el artículo 566 ibidem.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia del 20 de marzo de 1956, condenó a **Luis Eduardo Ceballos Jiménez** a la pena principal de ocho años de presidio y las accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual, pérdida de la patria potestad, pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, pago de las costas procesales y publicación especial de la sentencia, como responsable del delito de peculado cometido en su calidad de Habilitado-Profesor de la Escuela Complementaria Agrícola de Umbita.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el procesado.

Cumplidas las ritualidades propias del recurso y oído el concepto del colaborador Fiscal, la Corte procede a decidir.

El delito y el proceso

Los actos y las providencias judiciales que se relacionan con los temas que plantea el recurrente, son en resumen los siguientes:

Luis Eduardo Ceballos Jiménez fue designado por el Ministerio de Educación Nacional el dos de mayo de 1953 para desempeñar el cargo de Profesor-Habilitado de la Escuela Complementaria Agrícola de Umbita y entró en desempeño de sus funciones el 16 de mayo del mismo año.

Con destino a los distintos gastos de la Escuela, el Ministerio de Educación le situó, en varias partidas, la suma total de $ 35.793.03, que por razón de un reintegro quedó reducida a $29.415.03. Durante el lapso comprendido entre el 16 de mayo y el 9 de diciembre de 1953, en que ejerció el cargo, Ceballos se negó a rendir las cuentas correspondientes a su manejo.

En tales condiciones, se ausentó para Bogotá en diciembre de 1953 sin que dejara en la oficina libros, facturas, comprobantes de ningún género relacionados con la habilitación.

El 15 de enero de 1954 un Inspector del Ministerio de Educación Nacional que se presentó a practicar visita en la Escuela, tomando como base los elementos comprados por el Habilitado, dedujo un alcance en contra de éste por la suma de $ 4.100.00 "con peligro —dijo el funcionario— de que esta cantidad sea mucho mayor, cuando en la investigación que siga la Contraloría General de la República, quede demostrado que todas las

compras no estuvieron bien hechas por parte del Habilitado".

Al conocer este resultado, el Director del Departamento de Educación Campesina del Ministerio de Educación presentó denuncia criminal contra Ceballos Jiménez.

Informada de estos hechos la Contraloría General de la República envió un Visitador quien ante la carencia de facturas y comprobantes, practicó la visita tomando como base la relación de ingresos de acuerdo con las situaciones de fondos hechas por la Tesorería General de la República, que ascendió a $ 35.793.00 de los cuales dedujo $ 6.377.97 por concepto de un reintegro contabilizado en la Contraloría y elevó alcance por $ 29.415.03.

Además de obrar en el expediente las copias del decreto de nombramiento y diligencia de posesión, el procesado confesó en la indagatoria su carácter oficial de Habilitado de la Escuela, reconoció no haber rendido cuentas a pesar de saber que le incumbía tal obligación y no obstante haberlo requerido la Contraloría al efecto; confesó igualmente que hechos los gastos, había quedado un dinero sobrante de unos $ 2.000.00, respecto de los cuales dijo: "no sé dónde estén debido a que pudieron ser gastados sin comprobantes" y prometió restituirlos "tan pronto como las condiciones me lo permitan". Aceptó también haber comprado por $ 520.00 un radio con fondos de la Escuela y con destino a ésta, que dijo tener en su casa de habitación. Ofreció que entregaría los comprobantes de la cuenta cuando estuviere en libertad.

Adelantada la causa, el Juez 3º Superior de Tunja dedujo del monto del alcance elevado por el Visitador de la Contraloría, el valor de los elementos que aparecieron comprados por Ceballos y el de gastos de profesorado y de alimentación del personal de la Escuela, ya que, según informe del Director, habían sido oportunamente pagados por el Habilitado. Encontró plenamente establecido el peculado por $ 7.339.43 y dictó sentencia condenatoria.

Como en la secuela de la segunda instancia Ceballos presentara los comprobantes de la cuenta que forman el cuaderno 3º, el Tribunal Superior de Tunja dispuso remitirlos con el expediente a la Contraloría de la República para que tal entidad practicara un examen detenido y total de la cuenta, examen que se hizo por el empleado comisionado al efecto por el Contralor General, con intervención de Ceballos, y en el cual se dedujo un alcance definitivo por la suma de $ 6.760.01 en contra de éste, quien manifestó no poderlo reintegrar por carecer absolutamente de dinero.

Con estas bases el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, confirmando la del inferior, profirió la sentencia objeto del recurso de casación.

La demanda

En el escrito presentado como demanda de casación, el recurrente omitió enunciar las causales que creyera pertinentes para la acusación a la sentencia, como también prescindió de dar la fundamentación y demostrarla, y de indicar los textos legales que estimara infringidos. En forma imprecisa estructura la impugnación de todo el fallo y la involucra con críticas a las actuaciones de los funcionarios que intervinieron en el proceso, de suerte que la forma misma en que está concebido el escrito impide que la Corte siga el método acostumbrado de exponer separadamente las causales invocadas y su sustentación para examinarlas y contestarlas ordenadamente.

En efecto, el mencionado escrito se inicia así:

"Respetuosamente me dirijo a esa alta Corporación Judicial, para formular algunas observaciones relacionadas con los hechos investigados, con la providencia materia del recurso y para elevar la petición legal correspondiente (subraya la Sala).

En seguida hace una extensa relación de los hechos, transcribe repetidamente la mayor parte de las piezas del proceso y entra en el capítulo que el autor titula "Observaciones" en el cual, en forma de típico alegato de instancia, presenta once, que se sintetizan así:

1ª—La denuncia fue un acto apresurado e ilegal por cuanto, omitiendo el procedimiento administrativo, no se adelantó previamente el correspondiente juicio de cuentas que hubiera dado al responsable oportunidad de formular sus descargos;

2ª — Las visitas de los funcionarios tanto del Ministerio como de la Contraloría, se practicaron sin que el visitado estuviera presente y sin la vista de libros y comprobantes de la cuenta, de suerte que los Visitadores no pudieron examinarlos;

3ª—En el inventario de los elementos y enseres adquiridos por Ceballos para la Escuela, ni se alistaron todos los objetos comprados, ni se registraron con sus verdaderos precios;

4ª—Anota que Ceballos manifestó en la inda-

gatoria estar dispuesto a restituir el saldo deudo en su contra tan pronto como las condiciones se lo permitieran, lo mismo que el radio que mantenía en su casa, y pregunta si el Habilitado no tenía fianza que garantizara su manejo. Se refiere luego al auto de detención preventiva, respecto del cual dice:

"Sin que se piense que quiero criticar este auto interlocutorio, observo que apenas tuvo como asidero legal el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal y la presunción de que el señor Ceballos había podido incurrir en el delito de peculado";

5ª—Alude al concepto del Fiscal del Juzgado 3º Superior de Tunja en que se acepta estar demostrados el hecho delictuoso y la responsabilidad del acusado y afirma:

"Yo sostengo que hasta cuando se produjo este concepto Fiscal, al sindicado Luis Eduardo Ceballos Jiménez no se le había comprobado el delito de peculado";

6ª—Critica la actuación de los funcionarios instructores y calificadores del ilícito que, dice, impidieron a Ceballos la rendición de las cuentas y se basaron en una "cuantía en abstracto, unas veces superior y otras veces inferior, hasta poderla determinar con base en las confesiones del sindicado y en diligencias que iban ordenando sucesivamente a medida que el procesado no podía defenderse";

7ª—Transcribe el texto del artículo 150 del Código Penal y afirma que "este no es el caso de autos, porque está comprobado que Ceballos Jiménez dio a los dineros recibidos por él la aplicación oficial a que estaban destinados. Podría tener aplicación si, en lo referente al radio que utilizó en su servicio". Cita en seguida el texto del artículo 151 y afirma que no aparece "probado en la causa que Luis Eduardo Ceballos Jiménez hubiera hecho uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar o administrar" y pregunta "a la conciencia de los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte si el sentenciado Luis Eduardo Ceballos Jiménez se apropió o sustrajo algo de la Habilitación que estaba a su cuidado";

8ª—Pide que se aplique una sentencia del Consejo de Estado que se citó en la vista fiscal del Juzgado 3º Superior de Tunja conforme a la cual:

"Cuando aparece demostrado que un empleado de manejo con dineros oficiales puestos a su cuidado ha adquirido elementos para el Estado pero no ha llenado a cabalidad las disposiciones fiscales reglamentarias para su adquisición, no puede deducírsele por tales adquisiciones alcance alguno, puesto que los bienes adquiridos para el Estado han ingresado a su patrimonio y que al suceder esto último y no tenérsele en cuenta al empleado glosado la adquisición, se estará ante un claro enriquecimiento sin justa causa y en detrimento del patrimonio tanto moral como material del empleado";

9ª—Anota que tuvo razón el defensor de oficio al pedir en la audiencia pública ante el Juzgado 3º Superior que se profiriera **"una sentencia absolutoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal"**.

Tangencialmente advierte que en el juicio no se celebró la audiencia en la fecha señalada, dando así origen a la nulidad que estatuye el ordinal 7º del artículo 198 ibidem.

10ª—Considera que la sentencia del Tribunal se apoya solamente en "la hipótesis no probada de que el sentenciado pudo haberse apropiado indebidamente los fondos del Estado, sin haberse podido, de igual manera, precisar la auténtica inversión dada a la suma de dinero recibido del Tesoro Nacional. Para mejor decir: no fue posible probar o establecer el dolo", y

11ª—Manifiesta el recurrente que se solidariza con el salvamento de voto del Magistrado del Tribunal de Tunja doctor Víctor Arenas Sandoval motivado por no habérsele admitido la tesis de imponer al procesado el mínimo de la pena por no aparecer circunstancias de mayor peligrosidad, y dice:

"Porque considero que éste (el salvamento) es otro de los motivos del presente recurso de casación".

Termina el capítulo con esta declaración:

"No deseo insistir sobre la tesis general que he defendido en este recurso, relacionada con la ausencia del dolo, porque estimo que la cuantía del alcance aún no se ha establecido con exactitud. La fianza que el sentenciado Ceballos Jiménez prestó ante la Caja Nacional de Previsión Social, podría cubrir parte muy importante de dicho alcance... con lo cual se rebajará considerablemente el monto total de la cuantía del ilícito por el cual se le ha juzgado... Llamo la atención del Honorable Magistrado Ponente y demás Miembros de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre todos y cada uno de los argumentos que he expuesto en esta demanda de casación, para que se reconsidere la sentencia casada en el sentido de **aplicar en favor del sentenciado la circunstancia de menor peligrosidad**

y acomodar a un criterio jurídico, exacto y humano la pena que merezca mi defendido". (Subraya la Sala).

Pasa luego a formular las "Peticiones" en los siguientes términos:

"En honor de la verdad y la justicia que asisten a mi poderdante, de las consideraciones que con todo respeto me he permitido hacer en esta demanda, de una auténtica aplicación de las normas legales, respetuosamente solicito de sus Señorías lo siguiente:

"a) Que se determine la cuantía exacta del alcance teniendo en cuenta lo que he insinuado en la observación once de este escrito.

"b) Que se declare la nulidad invocada en la observación novena, determinada claramente en el ordinal 7º del artículo 198 del C. de P. P.

"c) Que se reforme la sentencia materia de esta casación en el sentido de aplicar al sentenciado señor don Luis Eduardo Ceballos Jiménez el mínimo de la pena establecida en los artículos 36, 38 y 39 del Código Penal, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 152, 153 y 60 del Código Penal.

"d) Se ruega a los Honorables Magistrados que al admitir las peticiones anteriores se dignen ordenar el goce de su libertad para el señor don Luis Eduardo Ceballos Jiménez, por la modalidad de tener cumplida el mínimo de la pena".

Se ha detenido la Sala a relacionar los puntos principales de la demanda para mostrar así cómo ella ha sido formulada con olvido total de los elementales principios que gobiernan la técnica del recurso.

Por eso, en su concepto, el Procurador 2º Delegado en lo Penal se expresa así:

"Cabe ante todo advertir que no se hace referencia general a las causales de casación que se hubieren invocado, ni a los cargos que en su orden aparecieren formulados para sustentarlas, por cuanto de la lectura y examen atento del escrito presentado como demanda de casación, no se obtienen tales datos imprescindibles dentro de la técnica del recurso.

"En el Capítulo titulado sentencia de segunda instancia, en el escrito que sirve de demanda de casación, se consignan apreciaciones generales sobre el fallo objeto del recurso, sin llegar a señalar concretamente ninguna causal de casación, ni a formular los motivos que sitúen exactamente la controversia dentro de alguna de aquéllas.

"No se adivina del contexto del escrito, que se refiera explícitamente a los hechos o pruebas de la sentencia, para impugnarlos con razones o argumentos íntimamente vinculados a ellos; pues las posteriores consideraciones sobre algunos de los mismos o sobre algunas pruebas, quedan apenas en el terreno de los enunciados, sin respaldo probatorio y sin el orden requerido para poder entrar a examinarlos, conforme a los requisitos mínimos indispensables en su impugnación.

"Al final de la observación novena y casi en forma incidental, el señor apoderado alude a una causal de nulidad sin invocar la pertinente en casación, sino simplemente como una de las que afectan un proceso y a la manera como se alegan en instancias con las siguientes frases: "Por esto en este recurso de casación pediré la nulidad invocada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del C. de P. P.". Por esta categórica enunciación, parecería que oportunamente invocara la causal cuarta de casación a que se refiere el artículo 567 del C. de P. P. Pero es lo cierto que apenas en las peticiones finales vuelve a pedir la nulidad, sin invocar la susodicha causal y sobre todo sin demostrarla por medio de cargos que claramente demuestren que el proceso quedó viciado de nulidad".

La Procuraduría termina solicitando que se declare desierto el recurso de casación.

En la audiencia pública ante la Corte, repitió el recurrente las observaciones de carácter general que había expresado en el escrito de demanda, los reparos a las actuaciones anteriores y aprovechando la intervención oral presentó una síntesis escrita en que invoca las causales 4ª y 2ª de casación.

La Corte considera:

Procede ante todo advertir que las características del recurso de casación no admiten que la demanda pueda ser modificada o corregida. En él no se enfrenta la situación jurídica del acusado a las conclusiones deducidas en el fallo, sino que se abre un juicio contra la sentencia tendiente a definir si ésta se ajusta a los preceptos de ley. De ahí que la demanda de casación deba ceñirse estrictamente a los requisitos que impone el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio criminal en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, sin que sea admisible aclararla o reformarla como si se tratara de una tercera instancia. Ninguna disposición legal lo autoriza.

En tales circunstancias, ni lo dicho en la audiencia, ni la síntesis escrita presentada en ella, son lo que ha de servir a la Corte como demanda

de casación para avocar su estudio. La indagación de si se cumplen los requisitos del artículo 531 del Código Judicial habrá de referirse al escrito presentado dentro del perentorio término que indica el inciso 2º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

El objeto y fin de la audiencia no es el de reemplazar o el de enmendar la demanda, sino aquel que le compete de acuerdo con el artículo 566 ibidem.

En cuanto al escrito de demanda, se observa:

Basta su sola lectura para comprobar que hasta la forma material como fue elaborada, dividiéndolo en "**Observaciones**" y "**Peticiones**" lo apartan sustancialmente de lo que ha de entenderse por una demanda de casación.

Según el artículo 531 del Código Judicial la demanda debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; invocar expresamente la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos. Si son varias la causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

"En la demanda de casación —ha dicho la Corte— se deben expresar en capítulos separados cada una de las causales de casación que se aduzcan en el recurso, y separadamente con claridad y precisión, de modo completo, cada uno de los motivos, enumerándolos, en que se apoyan las causales; y se resumirán brevemente, con la debida separación, los conceptos del Tribunal que motiven el cargo respectivo; se separarán los motivos de hecho de los de derecho; se expresará la ley violada, el concepto en que lo haya sido, se dirá cuál es la ley aplicable al caso del pleito y se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas, y la ley violada por mala interpretación de las mismas. (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXV, página 472).

En el presente caso en que se preterniten todos los requisitos de tan exigente recurso como es el de casación, en que ni aún se cita el artículo 567 del Código de Procedimiento, ni se enuncian las causales que se creen pertinentes, se calla la cita de los preceptos cuya violación pudiera determinar la ilegalidad del fallo y menos se intenta siquiera satisfacer la obligación que pesa sobre el recurrente de expresar los motivos de la impugnación y demostrarlos, no se llenan las condiciones mínimas para que la Corte acometa un estudio de fondo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación de lo Criminal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA desierto el recurso.

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

Luis Sandoval Valcárcel · **Santiago Cadena Copete** — **Jesús Estrada Monsalve** — **Guillermo Hernández F.** — **Domingo Sarasty M.** — **Elberto Téllez Camacho** — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL NO PUEDE DECRETARSE POR CAUSA DE LA MALA CONDUCTA OBSERVADA POR EL SINDICADO EN EL ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DONDE SE HALLA DETENIDO PREVENTIVAMENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal —Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Fundado en el hecho de haber sido trasladado de la Cárcel del Distrito Judicial de Quibdó a la de Medellín, el procesado Juan B. Perea C. ha solicitado al Ministerio de Justicia el cambio de radicación del negocio que contra él se adelanta en el Distrito Judicial de Quibdó por el delito de peculado.

Para que emita el concepto ordenado por la ley han llegado a la Corte —remitidas por el Ministerio de Justicia— las diligencias respectivas.

A folio 9 de las diligencias aparece un informe de la Dirección General de Prisiones, del cual se viene en conocimiento que ese despacho ordenó el traslado del procesado Perea C. de la Cárcel del Distrito Judicial de Quibdó a la de Medellín en razón a la mala conducta observada por el preso según lo certifica el señor Juez Superior de Quibdó y con base en la Resolución número 2 originaria del Consejo de Disciplina de la Cárcel de esa ciudad en la cual se solicita por la causa anotada el traslado del citado detenido. Copia del certificado y de la resolución obran también en el informativo.

La Corte considera:

La medida de variar la radicación de un proceso es de carácter excepcional. Por lo tanto, sólo puede tomarse por el Gobierno cuando esté justificada por muy graves causas. En el caso en estudio, el traslado del procesado de la Cárcel de Quibdó a la de Medellín no obedeció al hecho de que éste padeciera de enfermedad grave que exigiera cambio de clima o de residencia, situación en la cual se justificaría el cambio de radicación al tenor del inciso 2º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, sino que fue consecuencia de su falta de disciplina, vale decir, se impuso tal medida como sanción a la mala conducta observada por el preso en la cárcel (artículo 9º del Decreto 1405 de 1954 y literal c) del artículo 1º de la Resolución 162 de 1937 del Ministerio de Gobierno). En tales circunstancias, y no habiéndose alegado ni existiendo base en el informativo para deducir que los funcionarios que han de intervenir en el juzgamiento del peticionario no han de administrar justicia rectamente —razón ésta también primordial para obtener el cambio de radicación— no es el caso de sustraer el negocio a la autoridad que le está legalmente atribuído.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso adelantado contra Juan B. Perea C. por el delito de peculado.

Cópiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández F. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre el impedimento manifestado por el doctor Arturo Valencia Arboleda, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro de las copias del sumario adelantado contra los señores Alfonso de la Pava y Ramón Elías Botero, por el delito de peculado, llegadas a dicho Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de de la Pava contra el auto por medio del cual se decretó la detención preventiva de este procesado.

El Magistrado Valencia Arboleda, en providencia de doce de septiembre último, hizo la siguiente manifestación:

"El suscrito Magistrado tuvo conocimiento del caso que contempla este expediente por haberle sido planteado como cuestión jurídica y abstracta por el sindicado Alfonso de la Pava, a quien dio su opinión y consejo, sin tener conocimiento de que se trataba de negocio ocurrido y ménos en este Distrito.

"Por lo expuesto el Magistrado que suscribe se declara impedido para conocer de este proceso por mandato del artículo 73, ordinal 4º del C. de P. Penal, y dispone que pase al señor Magistrado que le sigue en turno, en orden alfabético, doctor Julio Eastman Díaz, para los fines de la Ley".

Por haber estimado los restantes Magistrados de la Sala infundado dicho impedimento, han llegado los autos a la Corte para lo de su cargo.

Se considera:

Haber dado el Juez o Magistrado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso constituye causal de impedimento, al tenor de los artículos 72 y 73, ordinal 4º, del Código de Procedimiento Penal.

En el caso en estudio el Magistrado Valencia Arboleda expresa que no tenía "conocimiento —al dar su opinión y consejo— de que se trataba de negocio ocurrido y menos en este Distrito" y que la cuestión le fue planteada en forma "jurídica y abstracta".

Se observa de los términos empleados por el doctor Valencia Arboleda, que su opinión y consejo no se refirieron clara y concretamente al asunto materia del proceso sino, como muy bien lo dicen los restantes miembros de la Sala, "versaron sobre hechos generales que el H. Magistrado no tenía conocimiento fueran materia de debate jurídico", situación ésta que no da base a la declaratoria de impedimento.

En auto de 29 de noviembre de 1946 dijo esta Corporación:

"La Corte considera que el concepto sobre un tema jurídico que se sugiere y debate, sin referencia a un determinado proceso, en forma abstracta y académica no es —jurídicamente— el concepto que funda el impedimento o la recusación.

"Los requisitos para que un consejo u opinión los funden son —según la doctrina— los siguientes: primero, que se hayan emitido en virtud de actividad profesional (abogado asesor o consultor) fuera del ejercicio de la función jurisdiccional o como ejercicio de ésta en la instancia anterior mediante una decisión (auto de proceder), que, en su contenido, se funde en un juicio, y segundo, que en uno y otro caso el consejo u opinión se hayan emitido "sobre asunto materia del proceso", esto es, sobre alguno de los objetos fundamentales o accesorios o fines generales o específicos del proceso en que actúa o va a actuar el funcionario preventivamente impedido o recusado".

No reuniendo, pues, el acto del Magistrado doctor Valencia Arboleda ninguno de los requisitos en que la opinión o consejo constituyen causal de recusación, forzoso es concluir que el impedimento por él manifestado no tiene fundamento legal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que el Magistrado doctor Arturo Valencia Arboleda, no está impedido para seguir conociendo de estas diligencias.

Cúpiese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

EL AMBIENTE PUBLICO O SOCIAL COMO CAUSAL DE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

El ambiente público o social que en algún modo comprometa o amenace comprometer la recta administración de justicia suele ser factor determinante del traslado de los procesos de un Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, por razones que asumen gravedad mayor en tratándose de las causas que se tramitan con la intervención de los Jueces de Conciencia, más expuestos que los de derecho al influjo de presiones colectivas por su habitual inexperiencia en la tarea de juzgar a sus semejantes y por las circunstancias en que actúan, bajo la acción inmediata y a veces tumultuosa de sectores sociales interesados en desviar de sus verdaderos cauces la poderosa misión que la sociedad les confía.

Pero en estos casos, como lo ha dicho la Corte (XLIV, 557) no se requiere que los comprobantes tengan el carácter de plena prueba, sino que basta con que de ellos se cayte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda acensajar el cambio de radicación del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Para los efectos a que se refiere el artículo 58 del Estatuto Procesal, el Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud formulada por el doctor Jorge Saúl Meneses, a nombre de Vidal Ferreira, tendiente a obtener el cambio de radicación de las causas acumuladas que contra éste se adelantan en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de San Gil por los delitos de homicidio en Blas Antonio Quintero, Efraín Barrera y Juan de Jesús Gamboa.

'Hago esta solicitud —dice el peticionario— en vista de que la actividad política desplegada por el procesado Ferreira en los últimos años hace temer con fundamento que ella influya en el fallo que habrá de pronunciar el tribunal popular, en tierras tan apasionadas como las nuestras en todo lo atañedero a las cosas de la política".

Al efecto, se han acompañado las siguientes pruebas:

A) Certificado del Secretario del Juzgado Primero Superior de San Gil, donde consta que allí se adelantan las causas en mención y que el doctor Jorge Saúl Meneses actúa en ellas como defensor del procesado; y

B) Declaraciones de los señores Gil Antonio Becerra, Roberto Ordóñez V., Eduardo Cardozo Santos, Roberto Cardozo, Bernardo Ruiz, José María Ruiz y Samuel Martínez, recibidas en el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Gil.

Se considera:

Los cuatro últimos declarantes ninguna validez ofrecen, pues afirman no haber conocido a Ferreira o no recordar tal conocimiento o haber tenido apenas noticia de su nombre. Sólo dos de ellos manifiestan haber oído decir "que ese muchacho Vidal Ferreira es conservador, guapo, y que ha sido perseguido por el liberalismo, debido a la actividad por él desarrollada en las campañas políticas en favor del partido conservador" (Roberto Cardozo Santos) y que "era un agitador político" (Bernardo Ruiz M.).

Los tres testigos restantes —ellos sí conocedores de la personalidad del procesado— han sido, en cambio, explícitos al deponer sobre los motivos del traslado en forma que permite apreciar su credibilidad. En lo pertinente, dicen:

Gil Antonio Becerra C.

"...Sí me consta que Vidal Ferreira es un individuo de bastante actividad política, y me consta eso, porque lo conocí en la vereda de 'La Llanada' del Municipio de Cabrera, en donde vivía con otras personas más amigas mías que él, y ellas me contaron de las actividades de Ferreira en favor del partido conservador, por lo cual, él estaba allí como huyéndole a los liberales porque éstos lo aborrecían... A mi modo de ver, sí considero peligroso para Vidal Ferreira, que sea juz-

gado aquí, porque las personas con quienes él ha tenido contiendas tienen amistades en esta ciudad y eso le puede crear un mal ambiente... Como ya lo dije, por la actividad política de Vidal Ferreira, la opinión contraria a sus ideas, no cabe duda que influiría en el veredicto de un jurado y podría cometerse una injusticia..." (fl. 7).

Roberto Ordóñez V.

"...No me consta directamente que Vidal Ferreira haya intervenido en política, pero sí he oído decir que por razón de sus actividades en política, tiene muchos enemigos en San Gil, Barichara, Cabrera y toda esa región... Por lo mismo dicho en el punto anterior, sé que tiene muy mal ambiente, pues si he oído las polémicas en torno a su personalidad, que desde luego son parciales, según el partido político que lo ataque o lo defienda... Si considero peligroso el ambiente para juzgar con serenidad a Vidal Ferreira en este Distrito, por la amistad y enemistad de que ya he hablado, debido a sus actividades políticas... Mi opinión a este respecto es de que un Tribunal Popular constituído en San Gil, para juzgar a Vidal Ferreira, no tendría entera libertad para dictar un veredicto imparcial, por el mismo apasionamiento con que se le juzga en esta región, por parte de uno y otro partido político..." (f. 9 v.).

Eduardo Cardozo Santos

"...Desde hace mucho tiempo he oído decir que Vidal Ferreira es un individuo de mucha actividad política, que desarrolla en toda esta región en forma decidida y que por esta razón se ha granjeado la antipatía del partido adverso a sus ideas políticas... Si he oído en las tertulias de los cafés de la ciudad de San Gil, así como en Barichara y Cabrera, que cuando se trata de hablar de Vidal Ferreira, el ambiente se torna apasionado y parcializado notoriamente, según sean quienes lo defienden o lo atacan... Si podría ser peligroso por la pasión que se le tiene, el hecho de juzgar a Vidal Ferreira en este Distrito Judicial, por el influjo que sus actividades han despertado... La opinión general en San Gil y en las regiones circunvecinas, está dividida y se opina acerca de su persona, según sea la filiación política de quienes la dan. Creo sinceramente, que no es conveniente para la recta administración de justicia, que Vidal Ferreira sea juzgado en este Distrito, porque indudablemente sí hay prevención que podría torcer el criterio del Jurado de conciencia..." (f. 10).

Los anteriores testimonios —analizados como lo prescribe el artículo 224 del Estatuto Procesal — no sólo son en sí mismos suficientes para demostrar la conveniencia del cambio de radicación pedido, sino que encuentran autorizado respaldo en los conceptos rendidos, a solicitud del defensor de Ferreira, por los Fiscales del Juzgado Primero Superior y del Tribunal Superior de San Gil.

Dice el primero:

"...A Vidal Ferreira se le sindica de graves hechos de sangre en los que acaso no es difícil adivinar como motivo determinante el absurdo y obscuro deseo de retaliación política. Si no, por lo menos se aprecia aprovechamiento de las circunstancias de dolorosa perturbación política en busca de pantalla para realizar inconfesables venganzas de carácter personal.

"Por otra parte, una larga historia delictual que reposa en el Juzgado del conocimiento le da razón de ser. Ferreira goza en las regiones de Barichara y Cabrera, escenario de sus depredaciones y también en esta ciudad, merecida fama de personalidad encuadrada por pronunciadas inclinaciones antisociales que hacen de él un sujeto bien temible.

"Además, constancias de autos relievan que Ferreira no obraba solo sino en asocio de gentes de su misma índole. Y esa sensación existe en el ambiente social aunada a la creencia de que sus conmilitones, desde fuera, pueden actuar en su servicio..." (fls. 12 a 13).

El segundo manifiesta:

"...Mi concepto es francamente favorable al cambio de radicación, no precisamente porque la notoriedad política del sindicado pueda incidir en el ánimo de los jueces populares, sino porque el Ministerio Público tiene cierto leve conocimiento de que desde fuera se han ejercido o se quieren ejercer influencias perjudiciales para la buena marcha de la administración de justicia.

"No puede ocultarse que el sindicado Ferreira goza fama de perdonavidas en comarcas cercanas al Municipio de San Gil y que de tal circunstancia han derivado odios o temores que pueden abrirse camino dentro del jurado, hasta lograr decisiones que de cualquier sentido que lo sean, podrían no interpretar a conciencia la verdad procesal por no corresponder a la serenidad espiritual con que el fallo popular deba ser pronunciado en todo caso.

"Ningún temor existe en cuanto concierne al ponderado criterio de los jueces de derecho, cuya capacidad moral e intelectual, igual que su valor civil para tomar decisiones que la justicia demanda, son cuestiones de antaño conocidas y reco-

nocidas en este medio social; pero en tratándose del jurado, es necesario aceptar que en bien contadas ocasiones se ha incurrido en errores, quizá no por ignorancia, sino por sentimientos ajenos e inconciliables con la majestad de aquella institución popular.

"Las leves sospechas ya expuestas en torno al negocio de Vidal Ferreira, aunque no se acomodan mucho a la verdad, dan de todas maneras, una razón valedera para el cambio de radicación que se busca..." (fs. 14 a 15).

El ambiente público o social que en algún modo comprometa o amenace comprometer la recta administración de justicia suele ser factor determinante del traslado de los procesos a un Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, por razones que asumen gravedad mayor en tratándose de las causas que se tramitan con la intervención de los Jueces de Conciencia, más expuestos que los de derecho al influjo de presiones colectivas por su habitual inexperiencia en la tarea de juzgar a sus semejantes y por las circunstancias en que actúan, bajo la acción inmediata y a veces tumultuosa de sectores sociales interesados en desviar de sus verdaderos cauces la honorosa misión que la sociedad les confía.

En el caso de autos surge de los testimonios aducidos que el señor Vidal Ferreira, como militante en una de las colectividades en que tradicionalmente se ha dividido la opinión política colombiana, es beligerante en exceso; y que tanto en San Gil como en las regiones de Barichara y Cabrera la desconfianza y recelo de sus contrarios, de un lado, y la simpatía de sus correligionarios, de otro, han logrado crear alrededor de su persona una atmósfera de rudo sectarismo, dentro de la cual se le exalta o se le impugna según el partido a que pertenezcan quienes lo atacan o defienden. De ello dan cuenta, por percepción directa en las tertulias de café de la ciudad de San Gil y en las polémicas callejeras, los testigos Roberto Ordóñez y Eduardo Cardozo especialmente.

Si a esto se agrega —como lo expresa el señor Fiscal del Tribunal de San Gil— que de aquel estado de cosas se han derivado odios o temores que pueden abrirse camino dentro del tribunal popular que ha de decidir sobre la responsabilidad de Ferreira, y si —como lo declara el señor Fiscal del Juzgado donde se prosigue la causa— "flota en la conciencia ciudadana la posible presión que quizá se ha ejercido sobre uno de los jurados sorteados ya por razón de que tiene su centro de trabajo precisamente en zonas rurales comprendidas dentro del área en que el sindicado desarrollaba sus operaciones contrarias a los ordenamientos de la ley y de la moral", no podrían desestimarse los fundamentos con que se solicita el traslado del proceso a Distrito Judicial distinto, a fin de que la imparcialidad y firmeza de los juzgadores de hecho se garanticen plenamente.

Las circunstancias alegadas por el doctor Jorge Saúl Meneses no se hallan establecidas como lo exigiría una crítica rigurosa, y aun podría hablarse más bien de una presunción de factores adversos al debido juzgamiento del procesado Ferreira; pero en casos como éste —se ha dicho por la Sala— "no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de plena prueba y perfecta para demostrar hechos que, además, por la naturaleza de las cosas, resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar" y "hasta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados". (XLIV, 557).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación solicitado.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Sandoval Valrárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

EL AUTO EN EL CUAL SE CALIFICA UN IMPEDIMENTO O RECUSACION ES INTERLOCUTORIO Y CUANDO SE REFIERE A UN MAGISTRADO DEBE PROFERIRSE EN SALA DUAL.

De acuerdo con el artículo 158 del C. de P. P. el acto jurisdiccional con que se califica un impedimento o una recusación, tiene el carácter de interlocutorio, desde luego que viene a resolver un incidente propuesto dentro del proceso, tan especial y trascendente como es el de separar a un Juez o Magistrado del conocimiento de un asunto que le corresponde por razón de su cargo.

El artículo 261 del citado Código ordena que los autos de esa naturaleza —interlocutorios— deben proferirse por los tres Magistrados del Tribunal que forman la Sala de Decisión.

Es verdad que el artículo 75 del mismo Estatuto enseña quién debe seguir conociendo del negocio, cuando uno de los Magistrados resulte impedido, pero no determina cómo se tramita el incidente y si éste se decide con intervención de los Magistrados restantes de la Sala. Precisamente por no indicarlo el precepto, hay que acudir al artículo 442 del Código Judicial, aplicable en virtud del artículo 7º del C. de P. P.

Según tal ordenamiento cuando la Sala de Decisión se desintegra por causa de un impedimento o recusación propuestos, se convierte automáticamente en Dual compuesta por los dos Magistrados restantes, que así constituída debe resolver el incidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el impedimento manifestado por el doctor Leonel Gómez Ospina, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para conocer del proceso adelantado contra Danilo de La Pava y otros por el delito de estafa.

Antecedentes

Repartido el asunto al doctor Leonel Gómez Ospina, con fecha 10 de mayo de 1955, hizo esta manifestación:

"El suscrito Magistrado se declara impedido para conocer de este negocio en virtud de amistad íntima con el sindicado doctor Danilo de La Pava, existiendo por lo mismo la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

"Pase este negocio al señor Magistrado que le corresponde en turno doctor Arturo Valencia Arboleda, para que resuelva si acepta o no el impedimento por mí manifestado".

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión en providencia del diez del mes y año citados, no aceptaron tal impedimento, fundándose en que la sola afirmación del doctor Gómez Ospina no era suficiente para tomar "la seria determinación de eximirlo de un conocimiento jurisdiccional que le corresponde por virtud de su rango"; pero se abstuvieron de remitir el expediente a la Corte para que decidiera del incidente así suscitado, en función de lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Fue así como el Magistrado Gómez Ospina resolvió conocer en calidad de Ponente del proceso, sin réplica alguna de su parte.

Remitido por segunda vez el expediente al Tribunal de Pereira para que se surtiera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en primera instancia, se le adjudicó al mismo doctor Leonel Gómez Ospina, quien reiteró su impedimento, solicitando de sus colegas "benevolencia y comprensión" para que le fuese admitido.

El Magistrado doctor Arturo Valencia Arboleda en "Sala Unitaria", calificó el impedimento rechazándolo y al efecto, resolvió:

"Por las razones expuestas, el Tribunal Superior en Sala Unitaria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es legal el impedimento que

Gaceta—

alega el señor Magistrado doctor Leonel Gómez Ospina dentro del proceso por estafa contra el doctor Danilo de La Pava y otros, y ordena remitir los autos a la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a fin de que decida la cuestión en forma definitiva".

La Corte considera:

Sea lo primero anotar que el Tribunal al calificar inicialmente el impedimento manifestado por el doctor Leonel Gómez Ospina, se abstuvo —parece que deliberadamente— de remitir el negocio para que esta Corporación decidiera del incidente, desoyéndose así el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal que dispone expresamente que al declararse infundado un impedimento, el funcionario o funcionarios que lo califican deberán enviar el asunto al inmediato superior jerárquico para que de "plano" dirima la "cuestión en fallo motivado".

Ahora bien: de acuerdo con el artículo 156 ibidem el acto jurisdiccional con que se califica un impedimento o una recusación, tiene el carácter de interlocutorio, desde luego que viene a resolver un incidente propuesto dentro del proceso, tan especial y trascendente como es el de separar a un Juez o Magistrado del conocimiento de un asunto que le corresponde por razón de su cargo.

El artículo 161 del citado Código ordena que los autos de esa naturaleza —interlocutorios— deben proferirse por los tres Magistrados del Tribunal que forman la Sala de Decisión.

Es verdad que el artículo 75 del mismo Estatuto enseña quién debe seguir conociendo del negocio, cuando uno de los Magistrados resulte impedido, pero no determina cómo se tramita el incidente y si éste se decide con intervención de los Magistrados restantes de la Sala. Precisamente por no indicarlo el precepto, hay que acudir al artículo 442 del Código Judicial, aplicable en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Según tal ordenamiento cuando la Sala de Decisión se desintegra por causa de un impedimento o recusación propuestos, se convierte automáticamente en dual compuesta por los dos Magistrados restantes, que así constituída debe resolver el incidente.

"La Corte ha resuelto que el incidente deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la Sala y que si son dos los impedidos debe sortearse conjuez; pero eso se ha decidido en tratándose de Salas Penales del Tribunal que no constan sino de tres Magistrados, pues lo obvio es que cuando dicha Sala consta de mayor número, debe acudirse, para formar la Sala Dual que ha de resolver el conflicto, al siguiente en orden alfabético de apellidos según los artículos 70 y 71 del Código Judicial". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXI, pág. 824).

El acto jurisdiccional se ha definido como la "manifestación de voluntad en el ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto hacer constar una situación jurídica (general o individual) o hechos".

La legalidad del poder que se ejercita emana de las normas que establecen la organización judicial y radican en cada una de sus jerarquías el límite de jurisdicción para determinados actos, que es la competencia. Las resoluciones que se dicten en contravención de esas reglas no son un acto jurisdiccional.

—

No habiéndose calificado legalmente el impedimento manifestado por el Magistrado Leonel Gómez Ospina para conocer del proceso, la Corte debe abstenerse de resolver el incidente hasta tanto no se produzca la actuación en el grado inferior por la entidad a quien corresponda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de decidir sobre el incidente de impedimento de que se trata y ORDENA que el asunto se devuelva a la oficina de origen para que se proceda de conformidad con lo puntualizado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Sandoval Valcárcel — **Santiago Cadena Copete** — **Jesús Estrada Monsalve** — **Guillermo Hernández E.** — **Domingo Sarasty M.** — **Ricardo Téllez Camacho** — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

CONSULTA. — LA CONSULTA NO ES UN DERECHO NI UNA ACCION DE LIBRE ARBITRIO O DISPOSICION DE LAS PARTES; ES UN IMPERATIVO DE LA LEY CON CARACTER OBLIGATORIO PARA EL JUEZ

La consulta no es propiamente un recurso, porque este es un derecho concedido por la ley a las partes; aquélla es un grado de jurisdicción especial de oficioso y obligatorio cumplimiento. El recurso, reposición, apelación o casación, depende de las partes que intervienen en el proceso penal; es el ejercicio de una acción en cumplimiento de un derecho emanado de la ley; la consulta no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes; es un imperativo de la ley con carácter obligatorio que ordena al Juez —sin petición alguna— que la sentencia debe consultarse cuando ello no ha sido apelado.

Es natural que la finalidad de los recursos —derechos de las partes— como la consulta —acto jurisdiccional— tienen un mismo resultado: revisión de la providencia por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada. Pero esto no quiere decir que toda sentencia sea consultable; este grado de jurisdicción sólo es aplicable para las infracciones que tienen una pena privativa de la libertad que "exceda de un año" y que el fallo —condenatorio o absolutorio— con el cual finalizan la causa, no haya sido apelado. La ausencia de uno de estos requisitos hace improcedente la "CONSULTA".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, consulta la sentencia de veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, que en su parte resolutiva dice:

"ABSUELVESE al doctor Alberto Gómez Rodríguez, ex-Juez Penal del Circuito de El Cocuy del cargo que se le formuló en la demanda enjuiciatoria de fecha veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y uno, consistente en haber prolongado indebidamente la detención de los ciudadanos Marco Antonio Velasco y Juan Anselmo Hernández, como funcionario instructor del sumario contra éstos adelantado por varios delitos, por los meses de junio y julio de mil novecientos cuarenta y ocho".

Antecedentes.

El doctor Alberto Gómez Rodríguez, en ese entonces, Juez Penal del Circuito de El Cocuy, fue denunciado por Leoncio Alfonso Medina, por un delito de detención arbitraria, consistente en haber prolongado indebidamente la detención de Marco Antonio Velasco y Juan Anselmo Hernández, sindicados por la comisión de varios delitos.

En providencia de veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y uno, la Corte, llamó a responder en juicio a Gómez Rodríguez "por el delito de que trata el Capítulo II, del Título XI, Libro II del Código Penal, consistente en el cargo de haber prolongado indebidamente la detención de los ciudadanos Marco Antonio Velasco y Juan Anselmo Hernández, por un lapso comprendido entre el diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el veintidós de julio del mismo año".

Sentencia

Sobre los cargos imputados en el auto de proceder —el Tribunal— en primera instancia, debía de resolver de conformidad con ellos; es decir, si la sentencia en vez de absolver al acusado hubiera sido condenatoria, la pena se determinaría en relación con los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio, o sea, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 296 del Código Penal, que sanciona al funcionario o empleado público que prolonga indebidamente la detención de una persona con arresto de un mes a un año.

"La disposición del estatuto penal citada —dice

la Procuraduría— establece una sanción de arresto de un mes a un año. El artículo 189 del Código de Procedimiento Penal establece el grado jurisdiccional de consulta 'siempre que la infracción porque se proceda tuviese señalada una sanción privativa de la libertad que exceda de un año' (el subrayado es de este Despacho). Por lo tanto es claro en forma absoluta que en el presente proceso no es procedente o pertinente la consulta que fue ordenada por el H. Tribunal en su sentencia definitiva. Y en virtud de ello la Procuraduría solicita atentamente a la H. Corte se abstenga de conocer de ella".

Se considera:

La consulta no es propiamente un recurso, porque éste es un derecho concedido por la ley a las partes: aquélla es un grado de jurisdicción especial de oficioso y obligatorio cumplimiento. El recurso, reposición, apelación o casación, depende de las partes que intervienen en el proceso penal; es el ejercicio de una acción en cumplimiento de un derecho emanado de la ley; la consulta no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes; es un imperativo de la ley con carácter obligatorio que ordena al Juez —sin petición alguna— que la sentencia debe consultarse cuando ella no ha sido apelada.

Es natural que la finalidad de los recursos —derechos de las partes— como la consulta —acto jurisdiccional— tienen un mismo resultado: revisión de la providencia por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada. Pero esto no quiere decir que toda sentencia sea consultable: este grado de jurisdicción sólo es aplicable para las infracciones que tienen una pena privativa de la libertad que "exceda de un año" y que el fallo —condenatorio o absolutorio— con el cual finaliza la causa, no haya sido apelado. La ausencia de uno de estos requisitos hace improcedente la "consulta".

Como la infracción por la cual se llama a responder en juicio al acusado fue, por una parte, la genérica de "detención arbitraria" y por otra, la modalidad específica de la infracción fue la contemplada en el artículo 296 del C. P. que señala una pena privativa de la libertad de un mes o un año, es obvio que, el grado de jurisdicción de consulta de que trata el artículo 189 del C. de P. P. no es aplicable en el presente caso por ausencia de uno de los requisitos esenciales a los cuales subordina la ley ese grado de jurisdicción, o sea, ser la pena menor de un año y no exceder de él.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, SE ABSTIENE DE CONOCER del presente negocio, por no tener jurisdicción ni competencia para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

FALSEDAD. — EL SIMPLE DESCUIDO O EL ERROR INVOLUNTARIO COMETIDO EN TRANSCRIPCIONES, NO CONSTITUYE DELITO. DENEGACION DE JUSTICIA

1.—La falsedad —por regla general— es la mutación de la verdad, lo que equivale decir que, comete falsedad quien afirma hechos maliciosamente contrarios a ella. La alteración dolosa y consciente de la verdad, referente a escritos, para que constituya delito, debe recaer en aquellos documentos que se otorgan para crear, establecer o modificar derechos o relaciones jurídicas entre las partes o entre éstas y las entidades públicas. La tutela del Estado en esta clase de ilícitos es la fe pública que tanto la sociedad como los hombres depositan en los documentos oficiales, que asegura la recíproca confianza colectiva en las actividades de la comunidad.

El funcionario o empleado que abusando de sus funciones públicas y en relación con el ejercicio de su cargo falte maliciosamente a la verdad en la narración de los hechos o altere las fechas verdaderas en documentos sobre los cuales testifica o debe resolver, comete delito de falsedad. Pero la existencia del delito —en este evento— se condiciona al dolo, intención o propósito de faltar a la verdad, pues el simple descuido o el error involuntario cometido en transcripciones, no constituye infracción de la ley penal.

2.—No hay denegación de justicia ni el Código Penal considera como delito el hecho de que el Juez no hubiera abierto a prueba el incidente de nulidad. La ley (artículo 455 del C. J.) ordena que los incidentes de nulidad se tramiten como una articulación (artículo 395). Corrido el traslado de la solicitud "si el punto es de derecho o con la contestación asume este carácter, el Juez falla dentro de los tres días siguientes". Seguramente el funcionario interpretó la ley en el sentido de que el punto por resolver era el de derecho; por este motivo consideró inútil abrir el incidente a prueba y declaró —como lo afirma el denunciante— que los títulos (escrituras) eran eficaces ante la ley para resolver los derechos de las partes litigantes. Tan evidente es lo anterior, tan justos y fundados en derecho debieron ser los razonamientos del Juez, que el Tribunal al revisar la providencia del inferior, la confirmó; y esta interpretación de la ley y la aplicación de unas disposiciones en vez de otras, no constituye delito cuando ella —la interpretación— no es producto de un acto intencional malicioso de violar la norma, por abuso de funciones, o por animadversión hacia unos interesados o por simpatía hacia otros a sabiendas de que con ello comete un acto arbitrario e injusto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

La Corte procede a revisar la providencia de tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín puso fin a las diligencias adelantadas en contra del doctor **Pedro Estrada Ramos**, en ese entonces Juez Tercero Civil del Circuito, a quien se acusa por los delitos de falsedad en documentos públicos, denegación de justicia y abuso de autoridad.

Antecedentes

El doctor Miguel Vélez Henao como representante de Justiciano Sánchez, Carolina Betancourt de Vieco, Mercedes Betancourt de Ortiz, Aura y Lucía Matilde Betancourt, promovió juicio divisorio contra las menores Elvia y Leticia Betancourt representadas por su padre Bernardo Betancourt Matiz. En el curso del juicio, el Juzgado en providencia de nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, declaró subrogado al señor Sigifredo Vargas en los derechos que pudieran corresponderle a Carolina, Matilde, Lucía y Aura Betancourt, al tenor de las escrituras

números 2111 y 2131 de 1952, otorgadas en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín.

Posteriormente el apoderado de Sigifredo Vargas solicitó el desglose de la escritura número 2111 de 7 de julio de 1952; decretada la petición, al dejarse copia del documento el empleado incurrió en la equivocación de empezar la copia con el contenido de la escritura número 2131 cuyo desglose no se había pedido, equivocación que dio lugar a que en el juicio figuraran dos escrituras bajo un mismo número, con fecha 7 de julio de 1952, otorgadas en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín; en cambio no quedó copia de la escritura número 2111 de 4 de julio del mismo año.

En esta equivocación —el denunciante— estructura el delito de falsedad, toda vez que el Juzgado en providencia de septiembre 9 de 1952 "subroga a Sigifredo Vargas Franco en los términos de la escritura 2111 de 4 de julio de 1952, título que no obra en autos y cuya existencia ésta aseverada en el Juzgado con extraña temeridad".

En el mencionado juicio y aprovechando la equivocación ocurrida en la copia de la escritura, dice el denunciante:

"Como el señor Sigifredo Vargas Franco se hace subrogar en los derechos de un juicio que es contra terceras personas a quienes no se refieren los títulos tantas veces citados en su cláusula quinta, carece de personería para actuar, vicio que conduce a la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de nueve de septiembre de 1952, de acuerdo con la doctrina muy clara del artículo 448 del Código Judicial en su ordinal 2º".

Esta petición se tramitó como una articulación, pero el Juzgado por creer en su concepto que se trataba de un asunto de puro derecho no la abrió a prueba y pretermitiendo esta formalidad "declaró la eficacia de los títulos, dispuso seguir el juicio, habiendo consumado así la más monstruosa denegación de justicia de que tenga noticia el Poder Judicial de Antioquia". Es de advertir que esta providencia al ser apelada fue confirmada por el Tribunal.

"Consecuencia de todo —dice el denunciante— ha sido el que este (sic) y un juicio de quiebra establecido por mí contra Camila González marchen en ritmos distintos. Mientras el divisorio va marchando con una rapidez supersónica la quiebra duerme el sueño de los muertos en un cajón del armario en la Secretaría Judicial, mientras la quebrada dispone de los bienes".

Es decir, le imputa al funcionario un delito de abuso de autoridad, por demora.

Investigación

Cumplidas las formalidades más esenciales, demostrado el carácter de funcionario público, recibido el concepto de su colaborador Fiscal, el Tribunal en la providencia que se revisa, después de un atento análisis de los hechos imputados, finaliza las presentes diligencias con la providencia de tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en cuya parte resolutiva dice:

"Resuelve.—1º Los hechos que el señor Bernardo Betancourt Muñiz imputó al doctor Pedro Estrada Ramos, Juez Tercero Civil de ese Circuito, no han existido y, si algunos han tenido existencia, la ley no los considera como infracción penal".

"2º—En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento contra el citado funcionario.

"3º—Sáquense copias para investigar la posible responsabilidad penal en que haya incurrido el denunciante".

Se considera:

La falsedad —por regla general— es la mutación de la verdad, lo que equivale decir que, comete falsedad quien afirma hechos maliciosamente contrarios a ella. La alteración dolosa y consciente de la verdad, referente a escritos, para que constituya delito, debe recaer en aquellos documentos que se otorgan para crear, establecer o modificar derechos o relaciones jurídicas entre las partes o entre éstas y las entidades públicas. La tutela del Estado en esta clase de ilícitos es la fe pública que tanto la sociedad como los hombres depositan en los documentos oficiales, que asegura la recíproca confianza colectiva en las actividades de la comunidad.

El funcionario o empleado que abusando de sus funciones públicas y en relación con el ejercicio de su cargo falte maliciosamente a la verdad en la narración de los hechos o altere las fechas verdaderas en documentos sobre los cuales testifica o debe resolver, comete delito de falsedad. Pero la existencia del delito —en este evento— se condiciona al dolo, intención o propósito de faltar a la verdad, pues el simple descuido o el error involuntario cometido en transcripciones, no constituye infracción de la ley penal.

El hecho de que un empleado de Juzgado o un particular autorizado por el Superior al desglosar un documento, sin malicia, incurra en un error involuntario, no es constitutivo de delito; máxime si advertido de la equivocación informa al Su-

perior para que se corrija la irregularidad y ésta se subsane. En esta hipótesis falta el elemento intencional, y en ausencia de este factor el delito no existe por falta de uno de los elementos esenciales para estructurarlo.

Esto, precisamente, fue lo que ocurrió en el presente caso. Al desglosar la escritura número 2111 de 1 de julio de 1952, la copia se encabezó con el contenido de la escritura número 2131 de 7 de julio del mismo año; por eso es por lo que, en el expediente aparecen dos escrituras con un mismo número (2131 de 7 de julio de 1952) que contiene cláusulas diferentes y obligaciones diversas. Pero el error —se repite— fue subsanado, por lo cual el hecho no es violatorio de la ley penal.

"De tal suerte —dice la Procuraduría— que en ninguna mutación de la verdad incurrió el acusado al referirse en su auto de 9 de septiembre de 1952 a la escritura 2131 cuya copia auténtica había sido allegada al expediente y hacia parte de él cuando se dictó dicho proveído.

"El desglose de la escritura, según lo afirma el señor Mesa Ramírez en su declaración, se decretó el 7 de abril de 1953, esto es, siete meses después de haberse proferido el auto a que Betancourt Matiz alude en su denuncia, sólo que éste, como lo dice el Tribunal, aprovechó la equivocación en que incurrió el copista 'para hacer la imputación falsa de que el Juzgado había subrogado a Vargas, en los términos de la escritura inexistente'".

No hay denegación de justicia ni el C. P. considera como delito el hecho de que el Juez no hubiera abierto a prueba el incidente de nulidad. La ley (artículo 456 del C. J.) ordena que los incidentes de nulidad se tramiten como una articulación (artículo 396). Corrido el traslado de la solicitud "si el punto es de derecho o con la contestación asume este carácter, el Juez falla dentro de los tres días siguientes". Seguramente el funcionario interpretó la ley en el sentido de que el punto por resolver era de derecho: por este motivo consideró inútil abrir el incidente a prueba y declaró —como lo afirma el denunciante— que los títulos (escrituras) eran eficaces ante la ley para resolver los derechos de las partes litigantes. Tan evidente es lo anterior, tan justos y fundados en derecho debieron ser los razonamientos del Juez, que el Tribunal al revisar la providencia del inferior, la confirmó; y esta interpretación de la ley y la aplicación de unas disposiciones en vez de otras, no constituye delito cuando ella —la interpretación— no es producto de un acto intencional y malicioso de violar la norma, por abuso de funciones, o por animadversión hacia unos interesados o por simpatía hacia otros a sabiendas de que con ello comete un acto arbitrario e injusto.

En cuanto a la última imputación "abuso de autoridad" por demoras ocurridas en el juicio de quiebra adelantado por el denunciante contra Camila González, el cargo carece de consistencia legal. Porque al practicarse la diligencia de inspección ocular las personas que en ella intervinieron expresan que "no se observan irregularidades o demoras imputables al Juzgado".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Eliberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

PRESCRIPCION. — LA MUERTE DEL PROCESADO EXTINGUE LA ACCION Y LAS CONSECUENCIAS PENALES

La muerte del procesado extingue la acción y todas las consecuencias penales provenientes de la sentencia. Este principio derivado de causas existentes que hace inaplicable la ley, extingue la acción del Estado para ejecutar la sentencia. La muerte del acusado deja insubsistente la acción proveniente del derecho punitivo del Estado, porque si la justicia penal obra sobre el delincuente, es natural que faltando el sujeto sobre el cual debe recaer la pena, desaparece la acción para hacerla efectiva.

Los conceptos de imputabilidad y responsabilidad cuando se trata de un hecho que dentro del ámbito de la ley constituyen delito, tienen que referirse a una persona determinada, porque esos conceptos se vinculan directamente al agente activo del mismo. En otros términos, la imputabilidad, la responsabilidad y la condena penal se predican de la persona que en un momento dado ha infringido la ley penal; por esto es por lo que, la muerte del acusado todo lo deshace "mors omnia solvit". Es claro que a estos conceptos no se vinculan las acciones civiles provenientes del delito; la muerte del reo no extingue esas obligaciones, sino únicamente, la acción y las consecuencias penales de la sentencia (artículo 100 del C. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, consulta la providencia de veintiuno de junio de mil novecientos cincuenta y cinco que en su parte resolutiva "declara que la muerte del doctor Gil Antonio Caicedo ha extinguido los efectos de la sentencia correspondiente, y en consecuencia ordena cesar todo procedimiento".

Antecedentes

En providencia de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, el Tribunal llamó a responder en juicio al doctor Gil Antonio Caicedo por un delito de "abuso de autoridad" por haber abandonado el cargo de Juez 1º Penal del Circuito de Ibagué, en los días comprendidos del cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete al primero de julio del citado año.

Posteriormente, el Tribunal en providencia de quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó al doctor Caicedo a pagar al Tesoro Nacional la suma de sesenta pesos ($ 80) moneda legal, y en la parte resolutiva de ella se concedió el término de treinta días a partir de la ejecutoria de la sentencia para que se hiciera el pago, mas en ella se dijo que si no lo hiciere "se le convertiría en arresto a razón de un día por cada dos pesos o fracción".

Con base en lo dispuesto en esta sentencia, el tres de junio de mil novecientos cincuenta y dos, el Tribunal convirtió la multa en treinta días de arresto. Cuando esto ocurrió se produjo la muerte del doctor Gil Antonio Caicedo, por lo cual, el Tribunal dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del C. de P. P. declaró extinguida la acción penal, providencia que hoy revisa la Corte.

Se considera:

La muerte del procesado extingue la acción y todas las consecuencias penales provenientes de la sentencia. Este principio derivado de causas existentes que hace inaplicable la ley, extingue la acción del Estado para ejecutar la sentencia. La muerte del acusado deja insubsistente la acción proveniente del derecho punitivo del Estado, porque si la justicia penal obra sobre el delincuente, es natural que faltando el sujeto sobre el cual debe recaer la pena, desaparece la acción para hacerla efectiva.

Los conceptos de imputabilidad y responsabilidad cuando se trata de un hecho que dentro del ámbito de la ley constituyen delito, tienen que referirse a una persona determinada, porque esos conceptos se vinculan directamente al agente ac-

tivo del mismo. En otros términos, la imputabilidad, la responsabilidad y la condena penal se predican de la persona que en un momento dado ha infringido la ley penal; por esto es por lo que, la muerte del acusado todo lo deshace "mors omnia solvit". Es claro que a estos conceptos no se vinculan las acciones civiles provenientes del delito; la muerte del reo no extingue esas obligaciones, sino únicamente, la acción y las consecuencias penales de la sentencia (artículo 100 del C. P.).

En autos hay constancia de que "en Orocué a veintisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, se dio sepultura eclesiástica al cadáver del señor Gil Antonio Caicedo, de treinta y seis años de edad, hijo de Gil Antonio Caicedo y Rosa Perea, casado con Isabel Bermúdez. Era natural de Zarzal (Valle). Murió trágicamente a manos de los bandoleros del Llano. Doy fe (fdo.), Esteban López de la V. de Irbelano". Esta partida de origen eclesiástico prueba de manera eficiente la muerte del acusado, por consiguiente, tanto la acción penal como los resultados de la sentencia, en este evento, han perdido su razón de ser por haberse extinguido, y la providencia consultada debe confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Vulcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Dominga Sazasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio N. Argüello, Secretario.

DE LA ASOCIACION PARA DELINQUIR.—ELEMENTOS QUE INTEGRAN ESTE DELITO. — CONOCIMIENTO DE ESTE DELITO Y DE LOS CONEXOS COMETIDOS CON EL, POR LA JUSTICIA PENAL MILITAR

1.—De los principios sentados por el artículo 208 del Código Penal y de lo que dicen la jurisprudencia y los tratadistas, se desprende que este delito que empezó a considerarse como infracción "a se" por el Código Penal Napoleónico de 1810, tiene las siguientes características que lo enmarcan y diferencian con precisión:

a) Participación en una asociación o banda;

b) Número no menor de tres personas en la asociación;

c) Propósito permanente de organización en la banda, con el fin de cometer delitos; y

d) Acuerdo común y recíproca ayuda entre los asociados, los cuales reconocen la organización y la jerarquía o línea de mando.

Esta figura de lo ilícito penal constituye delito propio e independiente, sin consideración a los delitos que acuerdan cometer los asociados ni a los que por ellos se cometan, y se consuma "con el cumplimiento de un acto de participación en la asociación o banda". De esto se deduce que la asociación para delinquir es una entidad delictiva autónoma, independiente de los demás actos delictuosos que puedan cometer los miembros de la banda, y que puede ser sancionada aún antes de que se empiecen a ejecutar los delitos para los cuales se asociaron o que pensaron cometer.

La SOCIEDAD DE DELINCUENTES ocurre cuando se ha hecho del delito una profesión, organizándose los presuntos delincuentes, contribuyendo los asociados a la realización de los distintos actos en forma coordinada y en concierto, todo para el provecho o beneficio mutuo. De acuerdo con el pensamiento de Crivellari y según el texto de la legislación colombiana, la asociación o sociedad de delincuentes constituye por sí solo un delito, con independencia de los hechos ilícitos en que hayan acordado dividir su actividad ilegal, y se consuma con el cumplimiento de un acto de participación.

Dentro de nuestra ley escrita, la punibilidad se refiere al grado o jerarquía que en la dirección y consumación de la sociedad se tenga: jefes, directores y simple tropa o soldados.

En su orden se analizan estos elementos configurativos:

a) LA PARTICIPACION.—En varias partes de su texto, el artículo 208 del Código Penal habla de la participación en una asociación o banda, o sea, cuando varias personas se unen con carácter permanente para cometer delitos, animadas de un mismo propósito delictivo y con acuerdo de voluntades para la acción. A diferencia del concurso recíproco ocasional y no pactado, en este delito la participación es producto de la voluntad antelada y acorde. La asociación indica que hay mancomunidad y permanencia en la agrupación o banda, o sea, como dijo la Corte en auto de 10 de diciembre de 1952, que da la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común; además, debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

b) PLURALIDAD Y NUMERO DE LOS AGENTES ACTIVOS.—El artículo 265 del Código Napoleónico penaba esta figura sin consideración al número de asociados, al decir que "toda asociación de malhechores contra las personas a la propiedad es un crimen contra la paz pública". Los tratadistas y los jueces, con el fin de precisar los contornos de este delito y distinguirlo de otros, fueron fijando límites en el número mínimo de los "malhechores" asociados para atentar contra la propiedad o contra las personas, y hubo como un consenso en que la banda, para que se tuviera como asociación de malhechores, estuviera integrada por cinco agentes por lo menos. Nuestro Có-

digo Penal de 1890 erigió en delito PER SE la cuadrilla de malhechores, cuyo número se fijó por la jurisprudencia en un mínimo de cuatro. El artículo 208 del Código actual fija este número mínimo plural de agentes de la banda en tres, y este presupuesto es indispensable para la tipificación del delito pues los asociados deben conocer que existe ese mínimo.

c) ORGANIZACION PERMANENTE CON EL PROPOSITO DE COMETER DELITOS. La organización debe ser estable y permanente, no simplemente ocasional o transitoria, y enderezarse a cometer delitos, varios delitos distintos, o uno solo pero repetido o crónico, como el sequeo continuo y organizado en las bodegas de los ferrocarriles o puertos. Los asociados deben tener conocimiento de ese concepto preciso de la permanencia, con un mínimo de cohesión u organización entre los miembros de la banda. No es menester que todos se conozcan entre sí, pero sí es indispensable que tengan conciencia del carácter de permanente en el grupo asociado para cometer delitos. Esto hace parte del cuerpo del delito a título de dolo específico. Basta, dice Soler, que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas.

d) ACUERDO COMUN Y RECIPROCA AYUDA.—La organización tiene un carácter distintivo penal en el hecho de existir un acuerdo común y conocido entre sus miembros para cometer delitos, ayudándose mutuamente en la ejecución de los planes criminosos, y reconociendo una dirección o jerarquía, o lo que es lo mismo, una línea de mando, con jefes que en diferentes grados ordenan, y soldados o asociados que obedecen y ejecutan. En este precide un concepto de solidaridad, mando y obediencia.

2.—Según las normas generales del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) de los procesos por el delito de asociación para delinquir conocían los Jueces Penales de Circuito, conocimiento que fue atribuido a la Justicia Penal Militar por razón del artículo 4º del Decreto 1631 de 1950, disposición que expresamente fue ratificada por el numeral c) del artículo 153 del Decreto 2009 de 1953. En virtud de estas dos últimas disposiciones, la Justicia Penal Militar conoce de los procesos que se adelantan por el delito de asociación para delinquir y los conexos con éste. Por consiguiente, para que un proceso de esta naturaleza se sustraiga de la competencia de la Justicia Ordinaria, es indispensable que se halle estructurado el ilícito de asociación para delinquir, único que autoriza el conocimiento de los delitos conexos por parte de la Justicia Penal Militar. Desaparecido de un proceso por varios delitos comunes conexos entre sí, el de asociación para delinquir, falta el presupuesto necesario para fijar la competencia en la Justicia Castrense, pues de la conexidad con la asociación para delinquir depende el conocimiento de esa Justicia especializada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

Por auto de cuatro de mayo del presente año, el señor Coronel Comandante de la Brigada de Institutos Militares dispuso que las presentes diligencias sumarias contra Juan de Jesús Serna, Carlos Vanegas y otros, pasaran al Juzgado Penal del Circuito del Líbano, por haber desaparecido los motivos por los cuales venía conociendo la Justicia Penal Militar, o sea, por haberse declarado jurisdiccionalmente que no se había cometido el delito de asociación para delinquir, único que daba competencia a esa Justicia Especializada para conocer del proceso, en el cual se investigaban, además, delitos contra la vida y la integridad personal y contra la inviolabilidad del domicilio. Para el caso de que el Juzgado del Líbano se abstuviera de conocer, en el mismo auto propuso colisión de competencias, para que se dirimiera por la Corte Suprema de Justicia. Estimaba el Comando de la Brigada (Juez de Primera Instancia en la Justicia Castrense) que, habiéndose revocado el auto de detención por el delito de "asociación para delinquir" por no haberse configurado tal ilícito, desaparecía la competencia de la Justicia Penal Militar.

En providencia del catorce (14) del mismo mes de mayo, el Juzgado Penal del Circuito del Líbano dispuso remitir el proceso a su colega del

Circuito Penal del Fresno, por haberse realizado los hechos que se juzgan en jurisdicción de ese Circuito.

En auto del diez y siete (17) de octubre último, el Juzgado Penal del Circuito del Fresno no aceptó la colisión de competencias propuesta, considerando que si se había realizado el ya nombrado delito de asociación para delinquir, caso en el cual debía conocer de éste y de los conexos con él, la Justicia Penal Militar. En consecuencia, dispuso remitir el proceso a esta Corporación para que se decidiera el incidente, a lo cual se procede según los mandatos del art. 1º del Decreto 3900 de 1953.

Para decidir, la Sala considera:

I.—Según las normas generales del Código de Procedimiento Penal (ley 94 de 1938), de los procesos por el delito de asociación para delinquir conocían los Jueces Penales de Circuito, conocimiento que fue atribuído a la Justicia Penal Militar por razón del artículo 4º del Decreto 1591 de 1950, disposición que expresamente fue ratificada por el numeral c) del artículo 153 del Decreto 3900 de 1953. En virtud de estas dos últimas disposiciones, la Justicia Penal Militar conoce de los procesos que se adelantan por el delito de asociación para delinquir y los conexos con éste. Por consiguiente, para que un proceso de esta naturaleza se sustraiga de la competencia de la Justicia Ordinaria, es indispensable que se halle estructurado el ilícito de asociación para delinquir, único que autoriza el conocimiento de los delitos conexos por parte de la Justicia Penal Militar. Desaparecido de un proceso por varios delitos comunes conexos entre sí, el de asociación para delinquir, falta el presupuesto necesario para fijar la competencia en la Justicia Castrense, pues de la conexidad con la asociación para delinquir depende el conocimiento de esa Justicia especializada.

II.—"El que haga parte de una organización o banda de tres o más personas —dice el artículo 208 del Código Penal—, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el 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".

De estos principios y de lo que dicen la jurisprudencia y los tratadistas, se desprende que este delito que empezó a considerarse como infracción "a se" por el Código Penal Napoleónico de 1810, tiene las siguientes características que lo enmarcan y diferencian con precisión:

a) Participación en una asociación o banda;

b) Número no menor de tres personas en la asociación;

c) Propósito permanente de organización en la banda, con el fin de cometer delitos; y

d) Acuerdo común y recíproca ayuda entre los asociados, los cuales reconocen la organización y la jerarquía o línea de mando.

Esta figura de lo ilícito penal constituye delito propio e independiente, sin consideración a los delitos que acuerden cometer los asociados ni a los que por ellos se cometan, y se consuma "con el cumplimiento de un acto de participación en la asociación o banda". De este se deduce que la asociación para delinquir es una entidad delictiva autónoma, independiente de los demás actos delictuosos que puedan cometer los miembros de la banda, y que puede ser sancionada aún antes de que se empiecen a ejecutar los delitos para los cuales se asociaron o que pensaron cometer.

La sociedad de delincuentes ocurre cuando se ha hecho del delito una profesión, organizándose los presuntos delincuentes, contribuyendo los asociados a la realización de los distintos actos en forma coordinada y en concierto, todo para el provecho o beneficio mutuos. De acuerdo con el pensamiento de Grivellari y según el texto de la legislación colombiana, la asociación o sociedad de delincuentes constituye por sí sola un delito, con independencia de los hechos ilícitos en que hayan acordado dividir su actividad ilegal, y se consuma con el cumplimiento de un acto de participación.

Dentro de nuestra ley escrita, la punibilidad se refiere al grado o jerarquía que en la dirección y consumación de la sociedad se tenga: jefes, directores y simple tropa o soldados.

En su orden se analizan estos elementos configurativos:

a) **La participación.** En varias partes de su texto el artículo 208 del Código Penal habla de la participación en una asociación o banda, o sea, cuando varias personas se unen con carácter permanente para cometer delitos, animadas de un mismo propósito delictivo y con acuerdo de voluntades para la acción. A diferencia del concurso recíproco ocasional y no pactado, en este delito la participación es producto de la voluntad anteladu y acorde. La asociación indica que hay mancomunidad y permanencia en la agrupación o ban-

da, o sea, como dijo la Corte en auto de 10 de diciembre de 1952, que da la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común; además, debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

b) **Pluralidad y número de los agentes activos.** El artículo 286 del Código Napoleónico penaba esta figura sin consideración al número de asociados, al decir que "toda asociación de malhechores contra las personas o la propiedad es un crimen contra la paz pública". Los tratadistas y los jueces, con el fin de precisar los contornos de este delito y distinguirlo de otros, fueron fijando límites en el número mínimo de los "malhechores" asociados para atentar contra la propiedad o contra las personas, y hubo como un consenso en que la banda, para que se tuviera como asociación de malhechores, estuviera integrada por cinco agentes por lo menos. Nuestro Código Penal de 1890 erigió en delito per se la cuadrilla de malhechores, cuyo número se fijó por la jurisprudencia en un mínimo de cuatro. El artículo 203 del Código actual fija este número mínimo plural de agentes de la banda en tres, y este presupuesto es indispensable para la tipificación del delito, pues los asociados deben conocer que existe ese mínimo.

c) **Organización permanente con el propósito de cometer delitos.**—La organización debe ser estable y permanente, no simplemente ocasional o transitoria, y enderezarse a cometer delitos, varios delitos distintos, o uno solo pero repetido o crónico, como el saqueo continuo y organizado en las bodegas de los ferrocarriles o puertos. Los asociados deben tener conocimiento de ese concepto preciso de la permanencia, con un mínimo de cohesión u organización entre los miembros de la banda. No es menester que todos se conozcan entre sí, pero sí es indispensable que tengan conciencia del carácter de permanente en el grupo asociado para cometer delitos. Esto hace parte del cuerpo del delito a título de dolo específico. Basta, dice Soler, que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas.

d) **Acuerdo común y recíproca ayuda.**—La organización tiene un carácter distintivo penal en el hecho de existir un acuerdo común y conocido entre sus miembros para cometer delitos, ayudándose mutuamente en la ejecución de los planes criminosos, y reconociendo una dirección o jerarquía, o lo que es lo mismo, una línea de mando, con jefes que en diferentes grados ordenan, y soldados o asociados que obedecen y ejecutan. En esto preside un concepto de solidaridad, mando y obediencia.

III.—De las pruebas del proceso aparece que en la noche del 30 de marzo de 1952, un grupo de individuos comandados por Juan de la Cruz Serna —quien mantenía divergencias y enemistad personal con Vicenta Garzón de Ospina—, después de haber ingerido licores embriagantes, se presentaron a la citada casa profiriendo insultos y amenazas. Luego de los gritos y ofensas, quisieron derribar las puertas a machete, y al iniciar alguna defensa los que estaban dentro de la casa, resultaron heridos Pablo Isaza y uno de los atacantes.

Se dijo en los denuncios, y algunos de los testigos lo sugirieron, que la intención de los nocturnos asaltantes era la de violar las hijas de Vicenta, y tomando pie de esas sugestiones o sugerencias, el Alcalde del Fresno dictó auto de detención contra Juan de la Cruz Serna, Carlos y Jorge Vanegas, Luis Fandiño y Polo Hernández o Vanegas, por los delitos de asociación para delinquir, "violación de domicilio" (sic) y lesiones personales. Como en algunas de las declaraciones se hicieran referencias a gritos de sabor político, pronunciados la noche de los sucesos que se juzgan, los detenidos solicitaron del Tribunal Superior Militar les concediera la gracia de la amnistía reconocida por Decreto 1823 de 1954 para los delitos políticos, por los cuales deben entenderse, según las propias voces del Decreto citado, los que hayan obedecido a móviles de ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión al mismo, o por aversión o sectarismo políticos.

El Tribunal Superior Militar negó la gracia impetrada, diciendo que "las pruebas traídas hasta ahora al proceso no permiten sostener que hubieran sido políticos los móviles determinantes de esos ilícitos, ya que por parte alguna se encuentra demostrado que ellos fueron cometidos por atacar al Gobierno, por defenderlo o por simple sectarismo político. Todo lo contrario: la mayoría de los declarantes afirman desconocer los móviles del ataque de que fue víctima en su casa de habitación la señora Vicenta Garzón de Ospina. Y si se da crédito a las afirmaciones que ésta hace, fue la venganza lo que determinó al sindicado Juan Serna para obrar como lo hizo, por cuanto la citada señora se había visto en la necesidad de poner en conocimiento de las autoridades las amenazas y los ultrajes de que era víctima por parte de tal sindicado".

El mismo Tribunal Superior Militar, al analizar la prueba que aparece en el expediente para descartar por completo los móviles políticos, y con ellos la organización de carácter permanente para atentar contra el orden público o contra los particulares, dice:

"Pero hay más. Es el propio Juan Serna quien afirma haciéndole cargos al sindicado Carlos Virgilio Vanegas que el propósito de éste al asaltar la casa de la señora Vicenta Garzón no era otro que el de usar carnalmente de las hijas de la citada señora".

Consecuente con ese pensamiento que descarta por completo la organización de una cuadrilla o banda para cometer determinados delitos, con propósitos permanentes, y en un todo de conformidad con el resultado probatorio de la investigación, está el pensamiento de la Auditoría Sexta Auxiliar de Guerra del Comando de la Brigada de Institutos Militares, expuesto en auto de 26 de agosto de 1955 para revocar la detención por el delito de asociación para dellinquir, en el cual se sostiene que falta el elemento principal constitutivo de este delito, pues no aparece comprobado "el carácter permanente de la asociación delictuosa", desde luego que "todas las pruebas recogidas indican que los asaltantes de la casa de Vicenta Garzón de Ospina no tenían una organización o banda dedicada constantemente a la comisión de diversos ilícitos, pues es un hecho evidente que el asalto en cuestión fue una cuestión ocasional, dedicada al calor de unos trages, por unos individuos que apenas se conocían".

En realidad, el proceso sólo acredita que entre Juan de la Cruz Serna y la señora Garzón de Ospina había enemistad y resentimientos personales, los que movieron a Serna a causar daños a su enemiga, para lo cual se valió de la oportunidad de un encuentro ocasional con varios ebrios que, parece, decidieron valerse de la excitación alcohólica y de la ayuda colectiva para satisfacer deseos sexuales con las hijas de Vicenta. No había organización permanente, ni propósitos decididos y acordados entre todos para la realización de varios delitos, ni reconocimiento de jerarquías ni líneas de mando. Es decir, no puede equipararse un fugaz y transitorio acuerdo de voluntades para llevar a cabo una venganza personal y de paso satisfacer apetitos carnales, con una asociación para delinquir, que requiere permanencia en la organización, acuerdo de voluntades, fines delictuales preestablecidos, unidad de propósitos, ayuda recíproca y reconocimiento de jefes que mandan y de tropa que obedece.

En estas condiciones, no habiéndose estructurado el delito de asociación para delinquir, el conocimiento del proceso por las lesiones personales y el delito contra la inviolabilidad del domicilio corresponde a la Justicia ordinaria, y concretamente al Juzgado Penal del Circuito del Fresno.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que el conocimiento del presente negocio contra Juan de la Cruz Serna, Carlos y Jorge Vanegas, Luis Fandiño, Polo Hernández o Vanegas y otros, por lesiones personales y delitos contra la inviolabilidad del domicilio, corresponde, o a la Justicia Penal Militar, sino al Juzgado Penal del Circuito del Fresno, al cual se ordena remitir lo actuado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — **Jesús Estrada Monsalve** — Guillermo **Hernández Peñalosa** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Alberto Téllez Camacho** — Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EL FUNCIONARIO INSTRUCTOR PUEDE ABSTENERSE DE INVESTIGAR LOS HECHOS DENUNCIADOS.—USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS, USURPACION DE JURISDICCION E INCOMPETENCIA DE LA MISMA

El deber de investigar los delitos ha de cumplirse sobre la base del CONOCIMIENTO que los instructores tengan de que la ley penal ha sido realmente infringida. Así se infiere de disposiciones del Estatuto Procesal tan perentorias como estas: el artículo 8º, según el cual no es un hecho cualquiera sino "toda infracción penal" la que origina la respectiva acción; los artículos 10, 11 y 12, que subordinan a ese conocimiento (del hecho como "infracción penal" o "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio") la obligación que las autoridades tienen de iniciar las investigaciones o de pasar éstas al Juez competente, según el caso, y la que incumbe a todos los habitantes del territorio colombiano mayores de veintiún años de denunciar los delitos; y el artículo 284, que obliga al funcionario de instrucción cuando ha recibido una denuncia o personalmente ha conocido la perpetración de un ilícito, a expedir "un auto cabeza de proceso en que, FUNDANDOSE EN EL CONOCIMIENTO QUE HA TENIDO DE LA INFRACCION PENAL, resolverá abrir la investigación correspondiente...".

Como lo expresó la Sala en auto de abril 21 de 1955, para que una investigación pueda iniciarse es preciso que en la mente del Juez Instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse, sin que el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito que investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se amparan por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad, no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra de los hombres de bien.

2.—Cuando el que dicta una providencia lo hace con la investidura de funcionario público y con la autorización legal derivada del respectivo nombramiento y posesión del cargo, no puede hablarse de la usurpación de funciones públicas (LII, 674).

3.—La USURPACION DE JURISDICCION no es figura delictuosa y la incompetencia de jurisdicción no es sino una de las causas de nulidad en los procesos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.— Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El 22 de septiembre de 1955, dentro del juicio ejecutivo que en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín adelanta Rebeca Serna contra Gorgonio Restrepo, el doctor Víctor Cardona Pinilla —gestor de la actora— remató para ésta y por cuenta de su crédito, la casa de habitación número 51-56 de la carrera 45 (Chile) de la misma ciudad.

Aprobado el remate, decretada la cancelación del embargo de la propiedad rematada y cuando se llevaba a cabo su entrega, el doctor Gerardo Serna Casas —apoderado de la señora Elena Cadavid de Restrepo— se opuso a ella alegando pertenecer a la sociedad conyugal formada por su representada y el demandado Gorgonio Restrepo

Resolvió entonces el señor Inspector 4º Municipal de Medellín, subcomisionado por el respectivo Alcalde Mayor para efectuar la diligencia, que la oposición fuera resuelta por el comitente quien —en auto de 27 de abril de 1956— dijo:

"El dominio del inmueble que se pretende entregar materialmente, fue transferido a la ejecutante Serna Gómez mediante remate que fue aprobado y registrado, sin que sea ésta la oportunidad de decidir si el inmueble en referencia pertenece o no a la sociedad conyugal Restrepo-Cadavid, pues es asunto ajeno a este negocio. Por último, el auto que ordenó la entrega material del inmueble rematado, está ejecutoriado... Sin necesidad de otras consideraciones, el Juzgado deniega la oposición presentada por el apoderado de la tercerista doña Elena Cadavid de Restrepo, y dispone devolver el juicio al señor Inspector 4º Municipal de Medellín, para que se sirva verificar la entrega material ordenada por autos de 23 de febrero y 7 de abril del año en curso... (fl. 18).

Interpuesta apelación contra este auto, el Juzgado la concedió en el efecto suspensivo; y el Tribunal, mediante providencia de dos de junio siguiente, que suscribió el Magistrado doctor Vieira Jaramillo, se expresó en estos términos:

"SE REVOCA el auto de fecha y procedencia ya indicados, materia de esta apelación. SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE PETICION antes de TIEMPO, con el carácter de temporal. Comuníquese a los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, de Medellín y Bolívar la aclaración de que el desembargo aquí decretado sobre las propiedades rematadas en este juicio, no implica el desembargo de los bienes sujetos a traba en el juicio de separación de bienes de Elena Cadavid de R. contra Gorgonio Restrepo y ordenado por el señor Juez Tercero Civil de este Circuito. Comuníquese esta providencia al señor Juez Tercero del Circuito de Medellín con el fin de que se atenga al contenido o sentido de las providencias aquí decretadas, es decir, hasta donde llega su alcance y cuál su limitación..." (fs. 21 a 24).

Contra el anterior proveído se interpuso recurso de reposición, que fue negado por auto de 15 de junio último.

Tales son los antecedentes del memorial dirigido con fecha 6 de julio del año en curso, por el doctor Víctor Cardona Pinilla, al señor Procurador General de la Nación, y que este funcionario ha remitido a la Corte, acompañado de la documentación respectiva. Allí se dice, en lo conducente:

"1º—El 22 de septiembre postrero, rematé para mi representada señorita Serna G. un bien raíz ubicado en esta ciudad, y ante el aludido Juez del conocimiento. El precitado remate estuvo ceñido a todas y cada una de las exigencias legales respectivas, y fue objeto de aprobación el 23 de febrero siguiente, habiéndose dispuesto, por el Juez conociente, entre otras cosas, esto: 'ENTREGUESE A LA REMATANTE EL INMUEBLE REMATADO'. Debo advertir que absolutamente ningún recurso fue interpuesto contra esta providencia, y por lo tanto, se halla en firme o ejecutoriada (fls. 14 v., numeral 3º y fls. 18, documentación adjunta).

"2º—Por cuanto solicitara se diese cumplimiento a lo anterior, el Juzgado accede a ello y comisiona al Alcalde de esta localidad, quien subcomisiona al Inspector 4º Municipal, funcionario el cual señala fecha para llevar a cumplido término la ejecución de la antedicha orden judicial. Al verificarse esto, la señora Elena Cadavid de Restrepo, conocida como tercerista en el juicio ejecutivo a que me vengo refiriendo, se OPONE a la entrega, y por conducto de su abogado solicita sea abierta una articulación. Regresado el expediente al Juez del conocimiento, éste deniega esa solicitud, y en cambio concede el recurso de apelación interpuesto como subsidiario (fls. 16 a 18 v. ídem).

"3º—Llegado el expediente al H. T. S. le toca en repartimiento al H. M. doctor Bernardo Vieira Jaramillo, quien al resolver tal recurso, dicta una insólita cuanto aberrante providencia en nuestro derecho colombiano, puesto que en vez de CONFIRMAR o de REVOCAR escuetamente el auto recurrido, se pronuncia en términos tales que hacen creer la existencia de una sentencia, y no de otra clase de auto, como era su deber y obligación legal (fls. 18 v. a 33 ibídem).

"4º—Con semejante actuación o decisión extra e ilegal proferida por el H. M. Vieira Jaramillo, ha incurrido éste en un extraño caso de incompetencia de jurisdicción, lo cual viene a lesionar enormemente los intereses de mi acudida, fuera de conllevar esto un profundo desconocimiento de nuestras instituciones procesales civiles de nuestra legislación positiva (fls. 51 y 53).....".

Concluye el denunciante que el Magistrado doctor Vieira Jaramillo "se ha extralimitado en sus funciones, ha usurpado jurisdicción, ha cometido abuso de autoridad e incurrido en otras 'faltas, omisiones e irregularidades', al desconoc-

cer en un mero auto el valor de sentencias y de otras providencias debidamente notificadas y ejecutoriadas, y que por lo mismo, constituyen la categoría de cosa juzgada, dentro del juicio ejecutivo de la señorita Rebeca Serna G. contra el señor Gorgonio Restrepo G.".

Se considera:

Como lo observa el funcionario incriminado en la providencia que dio origen a la denuncia, la revocatoria del auto de 27 de abril de 1956 —por el cual el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín denegó la oposición de Elena Cadavid de Restrepo a la entrega material de un inmueble rematado por Rebeca Serna Gómez en el ejecutivo de ésta contra Gorgonio Restrepo—, para declarar, en su lugar, probada "la excepción de petición antes de tiempo con el carácter de temporal" y ordenar las comunicaciones allí indicadas, tuvo sus antecedentes en las pruebas y actos judiciales que en seguida se relacionan, todos ellos visibles en el expediente de que le correspondió conocer al doctor Vieira Jaramillo.

a) Certificado sobre la existencia de un juicio de separación de bienes de los cónyuges Gorgonio Restrepo y Elena Cadavid, seguido por ésta contra su esposo en el Juzgado Tercero Civil del mismo Circuito y en el cual la separación se había ya decretado, con inclusión en el inventario de la casa número 61-56 de la carrera 45;

b) Copia de un auto proferido por el Magistrado doctor Vargas en el aludido juicio de separación de bienes, donde había afirmado el Tribunal que "la cónyuge demandante no puede ser perjudicada con las diligencias ejecutivas de que se ha dado cuenta que culminaron con el memorado remate (el obtenido por Rebeca Serna en el ejecutivo contra Gorgonio Restrepo)"; que si la rematante ha adquirido los derechos del cónyuge en esos bienes rematados, ese acto jurídico "le es inoponible a la cónyuge en cuanto menoscabe sus derechos", y que "Por lo tanto, sin levantar el embargo, practicada la división de los bienes sociales, la señorita Rebeca Serna vendrá a adquirir efectivamente lo que de ellos corresponda al cónyuge";

c) Constancia de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín y de Bolívar (Antioquia), el primero de los cuáles se abstuvo de registrar el embargo de bienes en el juicio de separación; y el segundo, de registrar el ordenado en el ejecutivo sobre la casa número 61-56 de la carrera 45 de Medellín por estar ya embargada en el juicio de separación de bienes mencionado, si bien accedió ulteriormente a registrarlo "pero sin constancia de cancelación del anterior", ante la reiteración de la orden de embargo por el Juzgado del conocimiento; y

d) Auto del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, que había confirmado el Tribunal, en que se negó el desembargo decretado por el Juzgado Tercero en el juicio de separación de bienes, "con lo cual queda ratificada la similar negación decretada por el doctor Vargas M."

Entendió el doctor Vieira Jaramillo que la situación creada por la coexistencia de dos juicios que comprometían tanto los intereses de una misma sociedad conyugal, como los de la cónyuge demandante en el juicio de separación de bienes ya decretada, constituía "la pauta a seguir" (sic) en el posterior desarrollo de las diferentes acciones en turso; y que no es tan audaz o arbitraria la decisión del Magistrado, lo pregonan los autorizados comentarios que en ella se transcriben sobre interpretación de lo dispuesto en el artículo 1054 del Código Judicial. "En este caso —conceptúa el doctor Gonzalo Jiménez, en su Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo— el rematante debe acudir con la copia de la diligencia de remate y su aprobación, al Juzgado donde se sigue el juicio para pedir que se le declare legalmente subrogado en los derechos litigiosos que remató, lo que está obligado a admitir el Juez de esta causa previo juramento legal del rematante, que debe prestar de acuerdo con el artículo 18 de la ley 21 de 1931. En virtud de esta subrogación, el rematante pasa a ser parte legítima en el juicio en donde se discute el derecho litigioso rematado lo que es muy importante porque puede, con toda autoridad, tomar la defensa o fundamentar la acción, en la forma que mejor juzgare conveniente". El doctor Luis Felipe Latorre opina, a su turno: "El artículo 1054 contempla la eventualidad de que la cosa embargada esté en litigio entre el ejecutado y un tercero. En tal caso, si hay postor en la subasta debe entenderse que la postura se refiere al derecho litigioso y esto lo adquiere el rematante, quien ocupará el lugar del ejecutado en el respectivo litigio".

En la providencia se recuerdan luego las opiniones encontradas sobre si el juez ante quien se hizo el remate debe practicar la entrega del bien rematado o el rematante debe seguir —como lo sustenta el doctor Hernando Morales en su Derecho Procesal Civil— el procedimiento del artículo 687 del C. J. o el indicado en el 1115 ibidem en los casos de secuestro; y se agrega: "Pero

el Tribunal no entra a decidir por ahora, sobre este tópico por encontrar demostrada la excepción de petición antes de tiempo. Efectivamente, de lo que se deja transcrito se desprende que el rematante en este juicio señorita Rebeca, debe esperar a que en el juicio de separación de bienes se adjudiquen o no al señor Gorgonio Restrepo los bienes rematados. Si se le adjudican puede obtener la entrega de ellos y el desembargo en el juicio de separación. Si no se le adjudican, ningún derecho adquirió sobre ellos y se estima que nunca le han tenido ni él ni su causante Restrepo. Además, es necesario que se la subrogue en dicho juicio de separación de bienes, pues pueden existir circunstancias que lo impidan y que decide el juez que está conociendo de este juicio. En todo caso, lo declarado en este juicio ejecutivo es inoponible a la señora Elena Cadavid de R. en relevancia a sus derechos en la sociedad conyugal que formó con su esposo Gorgonio Restrepo y hoy disuelta e ilíquida, pues esos derechos que nacen de una sociedad existen desde el momento en que ella se constituya aunque no se manifieste sino al disolverse y es, en el caso de este juicio, un concepto jurídico y verdaderamente falso sostener que la sociedad conyugal Restrepo-Cadavid debe responder por el crédito de la ejecutante Rebeca Serna G., como otra cosa dispuso el Magistrado doctor Vargas en el auto ya transcrito de 2 de junio de 1956, en el juicio de separación, quien no admitió éste y otros créditos en el pasivo de los inventarios de los bienes de dicha sociedad conyugal. Es, pues, necesario atenerse en su integridad a lo dispuesto en este auto, y por tanto, los bienes que se adjudiquen a la cónyuge Elena Cadavid en dicha separación de bienes no quedan afectos al pago a entrega provenientes de este juicio, y el suscrito dijo en el auto que confirmó el no desembargo de dichos bienes, que las cuestiones se dedicirían en ese juicio de separación y de lo que allí se decidiera dependía del (sic, léase 'el') éxito o fracaso de la presente acción ejecutiva". (Subraya la Sala).

Al sustentar la reposición interpuesta contra tal proveído, el apoderado de la ejecutante Rebeca Serna Gómez, doctor Víctor Cardona Pinilla, expuso, a su vez, las razones de su inconformidad con lo resuelto por el Tribunal. Dijo que tanto la sentencia de pregón y remate como el fallo referente a las excepciones propuestas por Elena Cadavid contra el instrumento base de recaudo ejecutivo, que el inferior había declarado no probadas (inexistencia de la obligación, dolo de la misma, incapacidad pecuniaria de la actora para haberle entregado al ejecutado Gorgonio Restrepo la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos etc.) tenían la categoría de cosa juzgada, que lo avaluado y rematado fue la totalidad de un inmueble y no derechos litigiosos; que en los juicios de separación de bienes, como en los divisorios, sucesorales y otros, no hay propiamente litigio; que la efectividad de créditos de terceros no está subordinada al resultado final de los litigios conyugales; que en el juicio de separación de bienes entre Gorgonio Restrepo y su esposa Elena Cadavid, adelantado ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, se excluyó de los respectivos inventarios, a petición de los apoderados de las partes, la casa número 61-56 de la carrera 45 de la misma ciudad, rematada en el ejecutivo seguido ante el Juzgado Sexto Civil del mismo Circuito por Rebeca Serna Gómez contra Gorgonio Restrepo; que la excepción de petición antes de tiempo carece de fundamento si se tiene presente la sentencia del a quo (sic); que las excepciones sólo deben estudiarse en el fallo que decide sobre lo principal del pleito; que al apelar del auto por el cual se negó la oposición de Elena Cadavid de Restrepo a la entrega material del inmueble a la ejecutante Serna Gómez, lo que pidió el apoderado de ésta, doctor Serna Casas, fue que se sustanciara la articulación dentro de la cual la opositora pudiera demostrar su derecho a retener la cosa; y que a esto debió haberse contraído el Tribunal para no resolver ultra-petita incurriendo en usurpación de funciones, "al tenor del ordinal 3º, artículo 146 C. Judicial, el cual supone que la jurisdicción se pierde en uno o más asuntos, por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión".

Para negarse a reponer el auto de 2 de junio de 1956, censurado en los anteriores términos por el señor apoderado de Rebeca Serna Gómez, dijo el doctor Vieira Jaramillo, después de recordar cómo ya el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, en providencia confirmada por el Tribunal, se había abstenido de desembargar los bienes trabados en el juicio de separación propuesto en el Juzgado Tercero Civil del mismo Circuito por Elena Cadavid contra su esposo Gorgonio Restrepo:

"...¿Qué suponía esto? Que este juicio (el ejecutivo de Rebeca Serna Gómez contra Gorgonio Restrepo) quedaba supeditado a lo que se resolviera en esa separación de bienes: así lo explicó este Tribunal al confirmar el auto cuando dijo: '¿Tendrá fuerza legal este juicio ejecutivo promovido con esta letra registrada posteriormente

al juicio de separación para lograr un desembargo de bienes decretado en éste? Este Tribunal es de opinión que no tiene fuerza por cuanto es una deuda surgida posteriormente a la separación pedida'. Más adelante dijo: 'Lo más propio es que el juicio de separación de bienes siga su curso y se paguen las deudas de la sociedad conyugal a prorrata de los respectivos créditos y con los bienes que hay embargados y secuestrados'. Efectivamente, la parte ejecutante Rebeca Serna había incluído su crédito en el pasivo de los inventarios de bienes de la sociedad conyugal, pero fue excluido por el señor Juez Tercero que conoce de este juicio de separación, como consta en este expediente. Por eso fue que la ejecutante se vino con este juicio y entonces, podrá decirse que por este solo hecho queda destruída la providencia del señor Juez Tercero que excluyó esta letra como deuda de la sociedad conyugal Restrepo-Cadavid. De ninguna manera. Ha querido pues este Tribunal que las providencias judiciales se cumplan, lo cual ciertamente no se ha hecho por lo que acaba de decirse y además por lo siguiente: Al rematar la ejecutante, en este juicio, los bienes embargados en el juicio de separación ha obtenido el desembargo de esos bienes en dicho juicio, lo cual había sido prohibido expresamente en este juicio, hasta tanto el señor Juez Tercero diera dicha orden de desembargo y esto ha podido hacerse precisamente por la confusión que traído (sic) este juicio ejecutivo en el orden y el método en la prelación de los derechos, pues se ha creído por Jueces y Registradores que ya con este remate no hay más que hacer sino entregarle a la rematante los bienes, no obstante que por existir un juicio de separación pendiente, estos bienes tienen el carácter de litigiosos, según disposición legal que ya se citó en la anterior providencia y más si se tiene en cuenta que la deuda de este juicio no fue admitida como deuda de la sociedad conyugal en el juicio de separación.

"Lo dicho conduce a concluir que el presente juicio no podía recaer sino sobre los bienes que después de hecha la partición correspondían al cónyuge Gorgonio Restrepo, pues contra él sí era claro el cobro de esta deuda y de otras. Por esto no hay cosa juzgada en este juicio con relación al de separación de bienes, pues está supeditado a lo que en él se decida y este despacho no podía decretar la nulidad de este juicio porque, repito, el remate sí es válido contra los bienes que corresponden a Gorgonio Restrepo en dicha separación y por tanto sí opera la excepción de petición antes de tiempo porque aún no se sabe si los bienes rematados se adjudicaron a Gorgonio Restrepo. ... ...

Tribunal en este juicio ejecutivo. Podían excluirse bienes, en el juicio de separación, con base en este juicio ejecutivo, o en los remates en él efectuados? No. Y si tal cosa se ha hecho se está violando lo dispuesto por este Tribunal quien es el supremo director de estos juicios y debe velar por el cumplimiento de sus órdenes, pues el mismo Magistrado doctor Vargas lo indicó claramente en su citado auto que se copió al principio de la providencia de este Tribunal, cuya reposición se estudia, cuando dijo: 'Procediendo de distinta manera y aceptando inconsiderada e indiscriminadamente el pasivo que a bien tuviera denunciar el cónyuge administrador demandado en acción de separación de bienes, el juicio en multitud de casos, sería prácticamente ilusorio y el papel del juzgador se reduciría a mirar impotente cómo el articulado de la institución que regla esta acción fue dictado para ser infringido en mofa de los intereses del cónyuge que no administra, que por lo general es la mujer centro del hogar'.... En esta forma las sensaciones de ilegalidad y extralimitación de funciones es necesario aplicarles al reponente (sic) quien trata de que a las órdenes del Tribunal se les dé un sentido distinto al que claramente tienen y que se dejan transcritas. La cosa juzgada no se aplica a los derechos litigiosos y tan litigioso es este juicio en relación al de separación de bienes que el H. Magistrado doctor Vargas dispuso que los remates no podrían operar sino en relación a los bienes que correspondieran en la partición al cónyuge Gorgonio Restrepo. En esto no puede haber ni dudas ni discusiones, pues es la orden del superior, y está debidamente notificada y ejecutoriada.

Si los señores Jueces, por error u olvido, han pasado por alto lo que aquí se dispuso todavía es tiempo de que se rectifiquen esos errores y de ahí que el Tribunal haya ordenado que se cumpla lo que dispuso al respecto al no desembargo en el juicio de separación de bienes, comunicando a los señores Registradores de Medellín y Bolívar lo que esta superioridad dispuso pues las providencias son para que se cumplan. Encontrar y declarar una excepción de petición antes de tiempo en este juicio no es más que aplicar lo que se resolviera en el de separación y por eso es que se trata de contener a la parte ejecutante en las justas e infranqueables limitaciones de su derecho. Labor verdaderamente ardua la del fallador que debe guiar el carro de la justicia, con mano segura, por los caminos del derecho. Este Tribunal ha estudiado uno por uno, los argumentos del reponente y no encuentra que ellos puedan destruir la base jurídica y perfectamente legal en que se apoya la providencia de 2 de los corrientes y en este juicio se han dado razones que de por sí aclaran todo el problema pues ante todo se trata de hacer primar el interés de la justicia. Bien sabía la parte ejecutante en este juicio que remataba derechos litigiosos, es decir, sujetos a la limitación que había ordenado el doctor Vargas en el auto dictado en el juicio de separación de bienes, pues conoció dicho auto y fue parte en dicho juicio. Por eso a ello debe atenerse. Se repite que en este juicio la sentencia de excepciones no afectó sino al ejecutado Gorgonio Restrepo pero no a la cónyuge Elena Cadavid, porque así lo había ordenado el doctor Vargas y así lo dispuso este despacho al no ordenar el desembargo de bienes, con base en los remates de este juicio...". (Fls. 30 v. a 32 v.).

No entra la Sala, ni podría ser esa su función en casos como éste, a dirimir la controversia surgida entre el Magistrado doctor Vieira Jaramillo y el abogado doctor Víctor Cardona Pinilla a propósito de la oposición de Elena Cadavid a la entrega del inmueble rematado por Rebeca Serna Gómez en el ejecutivo de ésta contra Gorgonio Restrepo; pero, sin suponiendo que la tesis del primero es equivocada y acertada la del segundo (cada una de ellas aparece sustentada con razones respetables), no sería ello suficiente para concluir —no mediando por otra parte, circunstancia alguna que revele lo contrario en la actuación del Magistrado— que los hechos denunciados sean investigables penalmente. Los errores en la interpretación de los textos legales "no son punibles en sí mismos", ha dicho la Corte.

El deber de investigar los delitos ha de cumplirse sobre la base del conocimiento que los instructores tengan de que la ley penal ha sido realmente infringida. Así se infiere de disposiciones del Estatuto Procesal tan perentorias como éstas: el artículo 9º, según el cual no es un hecho cualquiera sino "toda infracción penal" la que origina la respectiva acción; los artículos 10, 11 y 12, que subordinan a ese conocimiento (del hecho como "infracción penal" o "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio") la obligación que las autoridades tienen de iniciar las investigaciones o de pasar éstas al Juez competente, según el caso; y la que incumbe a todos los habitantes del territorio colombiano mayores de veintiún años de denunciar los delitos; y el artículo 284, que obliga al funcionario de instrucción cuando ha recibido una denuncia o personalmente ha conocido la perpetración de un ilícito, a

expedir "un auto cabeza de proceso en que, **fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal**, resolverá abrir la investigación correspondiente...".

Como lo expresó la Sala en auto de 21 de abril de 1955, para que una investigación pueda iniciarse es preciso que en la mente del Juez Instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse, sin que el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito qué investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se amparan por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad, no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra de los hombres de bien.

De conformidad con el criterio que acaba de exponerse, la denuncia carece de toda validez en orden a la investigación de los cargos en ella contenidos, los cuales —y esto es lo que en primer lugar debe observarse— se reducen a uno solo: el **abuso de autoridad**. En efecto, la **extralimitación de funciones o exceso en el ejercicio de éstas** no es sino uno de los elementos del ilícito sancionado en el artículo 171 del Estatuto Punitivo, y la llamada por el denunciante **usurpación de jurisdicción** no es figura delictuosa. La incompetencia de jurisdicción (si es a esta modalidad jurídico-procesal a la que ha querido referirse el doctor Cardona Pinilla), no es sino una de las causas de nulidad en los procesos.

Con todo, la Sala quiere suponer que lo que se quiso denunciar es el delito denominado "De la usurpación de funciones públicas"; y entonces tampoco la infracción existe, porque cuando el doctor Vieira Jaramillo dictó la providencia censurada ejercía las de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, con la autorización legal derivada del respectivo nombramiento emanado de la Corte y de su posesión del cargo. Sobre esta forma de delincuencia contra la administración pública dijo esta Corporación lo que a continuación se transcribe: "El artículo 182 del nuevo C. P. no comprende en ningún caso, la extralimitación de funciones públicas o exceso en el ejercicio de ellas. Solamente se refiere este precepto a la suposición de títulos o facultades públicas; a quien simula ser empleado público sin título alguno; a quien se finge con aptitud, poder o derecho para el desempeño de dichas funciones, faltándole en absoluto toda investidura oficial; a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo. El significado y el alcance propios del artículo citado son ostensibles a la luz de su contexto y de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 95 de 1936" (LII, 674).

No cabe, finalmente, aceptar la realización, siquiera hipotética, del abuso de autoridad denunciado, porque la comisión de "acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad" —como elemento integrante esencial de este delito por el concepto aquí pertinente—, no puede predicarse de la decisión que tiende —sin negar los derechos del actor—, a definir o postergar la entrega material de bienes rematados en un juicio ejecutivo por las razones que se adujeron en la motivación de la providencia que dio lugar a la denuncia y dentro de las circunstancias allí mismo anotadas.

Lo que ocurre es, en efecto, que ante las autoridades judiciales de Medellín cursan dos juicios —el de separación de bienes instaurado por Elena Cadavid de Restrepo contra Gorgonio Restrepo en el Juzgado Tercero Civil del Circuito y el ejecutivo que en el Juzgado Sexto ibidem promovió contra aquél Rebeca Serna Gómez, en el cual figura como tercerista la primera de las nombradas por haberse acumulado al juicio mencionado últimamente el de la misma naturaleza seguido en el Juzgado 2º Municipal de la misma ciudad por la señora Cadavid de Restrepo contra su esposo; que en uno y otro se había colocado fuera del comercio la casa que alcanzó a rematarse por la ejecutante Serna Gómez; que al hacérsele a ésta la entrega del bien rematado se opuso a la práctica de la diligencia el apoderado de la tercerista señora de Restrepo "alegando que dicho inmueble pertenece a la sociedad conyugal formada por ella y el ejecutado, señor don Gorgonio Restrepo González"; que el Juzgado Sexto Civil del Circuito denegó dicha oposición considerando que "el dominio del inmueble que se pretende entregar materialmente, fue transferido a la ejecutante Serna Gómez mediante remate

que fue aprobado y registrado, sin que sea esta la oportunidad de decidir si el inmueble en referencia pertenece o no a la sociedad conyugal Restrepo-Cadavid, pues es asunto ajeno a este negocio"; y que, al conocer en apelación de tal providencia, el Tribunal, por boca del doctor Vieira Jaramillo, la revocó para declarar probada la "excepción de petición antes de tiempo, con el carácter de temporal" por estimar —de acuerdo con lo que ya había resuelto la misma Corporación, con ponencia del Magistrado doctor Santiago Vargas, en el juicio de separación de bienes— "que este juicio ejecutivo está supeditado completamente a lo que resulte del juicio de separación de bienes Restrepo-Cadavid y lo que se ha rematado aquí son únicamente derechos litigiosos, lo cual está sujeto a que se adjudiquen al cónyuge Gregorio Restrepo los bienes rematados por la ejecutante, y que prevé el artículo 1054 del C. J., cuando dice: 'Si al tiempo de verificarse el remate la cosa rematada tiene el carácter de litigiosa, el rematante se tiene como cesionario del derecho litigioso'". (Subraya la Sala).

El doctor Cardona Pinilla opina que el Magistrado Vieira Jaramillo, al revocar la aludida providencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito, lo único que podía hacer era abrir la articulación dentro de la cual Elena Cadavid de Restrepo probara su derecho a oponerse a la entrega del inmueble a la ejecutante Rebeca Serna Gómez —como lo había solicitado el propio apoderado de aquélla cuando apeló del auto dictado por el inferior— y que, al proceder como se ha visto, resolvió ultra-petita, desconociendo el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, que amparaba tanto la sentencia de pregón y remate como la desfavorable a las excepciones propuestas contra el título que sirvió de recaudo ejecutivo.

Se habría incurrido entonces en incompetencia de jurisdicción, y en estas diligencias obra copia auténticaa, en papel común, del memorial dirigido por el doctor Cardona Pinilla al señor Presidente del Tribunal Superior de Antioquia proponiendo el respectivo incidente de nulidad contra la providencia que originó la denuncia. Pero ya se ha dicho que la incompetencia de jurisdicción no configura infración penal; y para que la actuación del doctor Vieira Jaramillo pudiera considerarse como constitutiva de abuso de autoridad, en orden a investigarse penalmente, habría que calificar de arbitraria o injusta una decisión que, aunque quiera suponerse equivocada, se inspiró manifiestamente en la interpretación de textos legales de no fácil aplicación al caso sub-lite y en razones de equidad muy atendibles dentro de la realidad procesal que el Magistrado tuvo al estudio.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de investigar los hechos denunciados.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Eiberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — ABANDONO DEL CARGO.—OMISION EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES OFICIALES. — TRASLADO DE UN JUZGADO A LUGAR DISTINTO DEL SEÑALADO POR LA LEY COMO CABECERA. — MOROSIDAD DEL JUEZ. — CUANDO HAY DELITO Y CUANDO FALTA

1.—ABANDONO DEL CARGO—Para que se configure este delito es necesario que el funcionario o empleado haga dejación de su cargo sin que se haya posesionado quien deba reemplazarlo, pero esa dejación debe ser intencional, consciente y falta de justificación, vale decir, que se obre libremente y con ánimo de incumplir con las obligaciones inherentes a la función oficial encomendada al funcionario o empleado. No basta una ausencia cualquiera para que se estructure la infracción; es indispensable que la falta a la oficina carezca de justificación, o sea, que no obedezca a una causa razonable o justa, y que, por otra parte, no se haya posesionado el que deba reemplazar al funcionario que hace dejación del cargo. Uno de los deberes oficiales es el de permanecer al frente de la oficina o despacho que deba desempeñarse, y atenderlo en la forma prevista en las leyes o reglamentos, pero esa asistencia está condicionada a la seguridad o a la integridad personal del funcionario, pues para que se configure el delito de que se habla es menester que haya una "dejación dolosa de los deberes que el cargo impone al empleado público", y es lógico pensar que esa intención dolosa comprenda la advertencia y el conocimiento de que van a producirse perjuicios a los intereses públicos o a los particulares, a causa del abandono de los deberes. Por eso se ha dicho que la ausencia debe ser prolongada y producirse a sabiendas de que se va a causar un perjuicio, y, por otra parte, que sea injustificada. Quien se retira o abandona su cargo por graves motivos de peligro para su vida o para su salud, no comete el delito previsto en el artículo 170 del Código Penal.

2.—Los funcionarios o empleados públicos están obligados a realizar los actos propios de sus cargos, y en ciertos casos la ley les señala término para ejecutarlos. Cuando el funcionario deja de hacer el acto legal a que está obligado, realiza una OMISION, que es punible por cuanto "tiende a paralizar o enervar" la acción protectora de los Poderes Públicos en favor de los derechos individuales o de los colectivos.

La ley habla de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado el funcionario o empleado. OMITIR es, según la acepción natural de la palabra, dejar de hacer una cosa; REHUSAR es no querer hacer una cosa o no aceptarla; y RETARDAR es diferir, detener, entorpecer, dilatar. La omisión, la excusa o el retardo, para ser punibles, deben ser dolosos, ejecutados a conciencia de su ilicitud o ilegalidad, o, lo que es lo mismo, la conducta negativa del incriminado ha de ser maliciosa.

Cuando apenas es una conducta descuidada por parte del funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se trata de omisiones que producen retardos injustificados en la administración de justicia, se halla el funcionario frente a simples faltas que se sancionan con medidas disciplinarias, conforme a lo previsto en el Decreto 3665 de 1950.

La diferencia entre el acto abusivo punible y la falta por morosidad, reside en la conciencia de la ilegalidad, en la malicia. Por eso la jurisprudencia de esta Corte ha dicho, que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la Rama Jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención de rehusar hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse (autos de 18 de febrero y 26 de agosto de 1949).

3.—Comete el delito previsto en el artícu-

lo 131 del Código Penal, el funcionario o empleado público que, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. Arbitrario es lo que obedece al solo capricho o a la voluntad despótica del responsable sin sujeción a norma legal alguna; injusto es lo que viola la ley, la razón o la equidad. Pero no basta la arbitrariedad o la injusticia del acto imputado; es necesario además, que se ejecute contra una persona o contra una propiedad, es decir, que cause perjuicios directos a las personas o las cosas.

El traslado del Juzgado a un municipio diferente del de la cabecera, bajo la presión de amenazas, insultos y ataques que ponían en peligro la vida del Juez, no puede tenerse como abusivo, arbitrario o injusto. Por otro lado, en este caso no se hallaban acreditados los perjuicios causados a las personas o a las propiedades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

Según reza la Resolución número 1, de 23 de febrero de 1949, el doctor José María Alvarado Torres, titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha (Departamento de Boyacá), dispuso por razones de seguridad personal y en vista de los ataques verbales y de hecho que contra él y el personal del Juzgado se habían realizado por motivos de exaltación partidista, "trasladar en forma temporal el personal del Juzgado al Municipio de Paz de Río", en donde continuaría ejerciendo sus funciones. En la misma Resolución dispuso esperar lo que decidiera el Tribunal Superior del Distrito de Santa Rosa de Viterbo, y ordenó comunicar lo sucedido a los señores, Presidente de la República, Presidente del Tribunal Superior del Distrito, Ministros de Gobierno y Justicia, Procurador General de la Nación y Alcaldes y Jueces de su Jurisdicción.

En la citada Resolución se dan como razones para adoptar la medida del traslado al Municipio de Paz de Río, las siguientes:

1º—El 21 de agosto de 1948, el Juez fue agredido de obra por parte del señor Luis Fernández Rosas, por razón de las funciones de Juez del ofendido.

2º—Ni el Ministerio de Justicia, ni el Gobernador del Departamento, ni el Tribunal Superior del Distrito, ni las autoridades locales de policía tomaron medidas oportunas para sancionar o siquiera prevenir la repetición de tales actos.

3º—Con posterioridad a esa fecha, todo el personal del Juzgado fue víctima de graves ofensas de palabra y de obra.

4º—El 16 de febrero de 1949, en las primeras horas de la noche se congregaron numerosas personas en el centro de la población de Socha, para ofender de palabra al Juez y al personal del Juzgado, y para realizar un ataque contra el domicilio del doctor Alvarado Torres, todo por razón del ejercicio del cargo.

5º—Y, finalmente el 18 del mismo mes, como a las siete de la noche se inició una violenta pedrea contra la casa del Juez, acompañada de insultos, disparos y destrozos en las puertas del domicilio, seguido todo de la notificación perentoria de desocupar el lugar.

Varios testimonios confirmaron la veracidad de las consideraciones en que se basó el Juez doctor Alvarado Torres para dictar la Resolución ya citada, y todos ellos concuerdan en que el personal del Juzgado estuvo por esos días "seriamente amenazado, hasta el punto de temer fundadamente el ser ultimado por causa de la tremenda agitación política y la violencia allí desatada".

Al tener conocimiento el Ministerio de Justicia de lo anteriormente relatado, se dispuso que uno de sus Visitadores, el doctor Alberto Duarte French, se trasladara a Socha y Paz de Río, para que investigara lo sucedido. El señor Visitador terminó su informe con los siguientes párrafos:

"Por las averiguaciones recogidas en diferentes y conspicuas fuentes de información, llegué a la siguiente conclusión: debido al clima de lucha política, caldeado ahora con ocasión de estas vísperas electorales, en la mayoría de los municipios el partido mayoritario no quiere convivir con el que es minoría. Socha es un municipio de abrumadora mayoría conservadora y allí la vida es un tanto azarosa para los liberales. En estas condiciones, perteneciendo el señor Juez y la mayoría de los empleados subalternos del Juzgado al partido liberal, han tenido que sufrir las consecuencias de la lucha política que en algunas circunstancias han revestido características de verdadera violencia material. Esto, unido a la

circunstancia de un natural nerviosismo por parte del Juez, fue el motivo que lo impulsó a trasladar el Juzgado a Paz de Río, municiplo éste de mayoría liberal.

"Como conclusiones se pueden sacar las siguientes:

"Por motivos políticos el Juez del Circuito Promiscuo de Socha no puede vivir tranquilo en aquella localidad. Si el Gobierno no le concede permiso para trasladar el Despacho transitoriamente a Paz de Río, se ven obligados a renunciar él y los empleados subalternos, para que el Tribunal designe otro que tenga mayor aceptación.

"Como esa situación es francamente anormal y vulnera los legítimos fueros de la administración, sería muy conveniente que el Ministerio designase un Juez de Instrucción Criminal para que investigue a fondo, todos estos hechos".

Mientras el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Justicia levantaba el informativo para presentar a la Corte Suprema de Justicia, según las previsiones del artículo 5º de la Ley 33 de 1935 y decretar el cambio de radicación del Juzgado, el doctor Alvarado Torres pidió licencia y posteriormente presentó renuncia del cargo. El Juez nuevamente designado se trasladó a Socha, y en esa forma terminó el conflicto.

Como es natural, se adelantó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo sumario contra el doctor Alvarado Torres, sumario que se inició en virtud de la denuncia presentada por el Personero Municipal de Socha, quien imputaba al Juez el delito de abuso de autoridad (abandono del cargo) de que trata el artículo 178 del Código Penal.

El 25 de noviembre de 1953, el Tribunal llamó a responder en juicio al doctor Alvarado Torres, "por el delito de abandono del cargo, que contempla el Código Penal, en su Título III, Capítulo VI, artículo 178, cometido en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Socha, por los meses de febrero y marzo de mil novecientos cuarenta y nueve".

Interpuesto el recurso de reposición, el 5 de octubre de 1955 el Tribunal revocó el enjuiciamiento, y en su lugar sobreseyó definitivamente en favor del doctor Alvarado Torres, y esa providencia es la que ahora revisa la Corte en grado de consulta (artículo 437 C. de P. P.).

Concepto de la Procuraduría

Después de estudiar los antecedentes de la Resolución número 1 de 1949, dictada por el doctor Alvarado Torres y de encontrar que esos antecedentes se encuentran confirmados mediante los testimonios de los señores Luis Miguel Sánchez Díaz, Daniel Mancipe Briceño y Pedro Corredor, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pidió a la Corte la confirmación del sobreseimiento consultado, por no ser constitutivo de delito el hecho imputado al funcionario sobreseído.

Para llegar a esa conclusión, razona más o menos en los términos siguientes:

Resulta evidente que un Juez, por sí y ante sí, no puede variar la cabecera judicial del Circuito, por cuanto ese no es un acto de naturaleza jurisdiccional, ni está incluído dentro de las atribuciones de otro carácter que la ley le confiere a ese funcionario.

"Todo empleado público —dice el artículo 4º de la ley 84 de 1915, que sustituyó al 314 del Código Político y Municipal— puede ejercer sus funciones fuera de la cabecera de la entidad política de su jurisdicción y a cualquier hora, siempre que así lo requiera el servicio público, y salvo los actos que según la ley o las ordenanzas deban ejecutarse en lugar o tiempo determinados. Fuera de tales casos estarán obligados a permanecer en la indicada cabecera".

En rigor no puede sostenerse que el traslado del personal del Juzgado, de Socha a Paz de Río, constituya una cuestión directamente requerida por el servicio público, ya que la situación dada sólo afectaba la seguridad personal de los empleados del Juzgado.

No obstante, los empleados que se trasladaron de Socha a Paz de Río procedieron de buena fe, convencidos de que sus actos estaban autorizados por la ley, y considerando fundadamente que de permanecer en la cabecera del Circuito estaba en peligro su integridad personal, y con ello, "la debida libertad e independencia para ejercer sus respectivas funciones oficiales".

Desde luego, se violaron las leyes que disponen que el Juzgado del Circuito debe tener su residencia en la respectiva cabecera y que los empleados están obligados a permanecer en ella, con las excepciones que establece el artículo 4º de la ley 84 de 1915.

Mas no siempre que se viola una ley se comete una infracción sancionable por el Código Penal. "En este caso, por ejemplo —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal—, debe descartarse la consideración de que el hecho de que dan cuenta los autos constituya abandono del cargo

en la forma contemplada por el artículo 178 del Código Penal, porque, precisamente, para no caer dentro de sus disposiciones, para no abandonar el cargo, fue que el Juez, con el resto del personal del Juzgado, se trasladó a seguirlo ejerciendo en otro lugar del territorio de su jurisdicción.

"Tampoco puede hablarse aquí del abuso de autoridad de que trata el artículo 171 del Código Penal, porque los actos del Juez no fueron encaminados a causar daño contra una persona o contra una propiedad.

"La situación jurídica del Juez doctor Alvarado Torres estaría más cerca del artículo 172 del mismo Código, por cuanto aparece que rehusó abrir el Juzgado en la cabecera respectiva, cuestión esta a la cual estaba legalmente obligado.

"Pero tampoco se estructura cabalmente esta última figura delictiva, en este caso, por dos razones:

"a) Por falta de dolo: el Juez creyó, de buena fe, la cual se deduce del texto mismo de la Resolución aquí citada, que el Juzgado quedaba legalmente abierto al público, y en función normal, en cualquier punto del territorio de su jurisdicción, con todo su personal y parte del archivo: y

"b) Por insuperable coacción ajena: Las circunstancias que mediaron para verse el Juez en la necesidad de hacer lo que este proceso dice que hizo, deben ser estimadas, respecto a él, como fuerza mayor o, mejor, constitutivas de coacción insuperable, ya que el fondo de la Resolución por él dictada, en la que dispuso el traslado del Juzgado en comisión permanente a Paz de Río, revela esa situación".

Decisión

Para decidir, ya que la Corte es competente para juzgar en segunda instancia a los Jueces de Circuito, la Sala considera:

Por tres aspectos ha sido analizada judicialmente la conducta del doctor Alvarado Torres, relacionados todos con el delito de abuso de autoridad, de que trata el Capítulo VI, del Título III, del Libro II del Código Penal.

El primero dice relación con el artículo 178, comúnmente denominado "abandono del cargo", aunque esa no es la denominación legal. Dicho texto es el siguiente:

"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".

El segundo se refiere al artículo 172, que contempla el caso de que un funcionario o empleado omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado.

Y el tercero, al de que un funcionario o empleado público fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

a) Abandono del cargo

Para que se configure este delito es necesario que el funcionario o empleado haga dejación de su cargo sin que se haya posesionado quien deba reemplazarlo, pero esa dejación debe ser intencional, consciente y falta de justificación, vale decir, que se obre libremente y con ánimo de incumplir con las obligaciones inherentes a la función oficial encomendada al funcionario o empleado. No basta una ausencia cualquiera para que se estructure la infracción: es indispensable que la falta a la oficina carezca de justificación, o sea, que no obedezca a una causa razonable o justa, y que, por otra parte, no se haya posesionado el que deba reemplazar al funcionario que hace dejación del cargo. Uno de los deberes oficiales es el de permanecer al frente de la oficina o despacho que deba desempeñarse, y atenderlo en la forma prevista en las leyes o reglamentos, pero esa asistencia está condicionada a la seguridad o a la integridad personal del funcionario, pues para que se configure el delito de que se habla es menester que haya una "dejación dolosa de los deberes que el cargo impone al empleado público", y es lógico pensar que esa intención dolosa comprenda la advertencia y el conocimiento de que van a producirse perjuicios a los intereses públicos o a los particulares, a causa del abandono de los deberes. Por eso se ha dicho que la ausencia debe ser prolongada y producirse a sabiendas de que se va a causar un perjuicio, y, por otra parte, que sea injustificada. Quien se retira o abandona su cargo por graves motivos de peligro para su vida o para su salud, no comete el delito previsto en el artículo 178 del Código Penal.

En el caso de estudio, si bien es cierto que el doctor Alvarado Torres se trasladó con sus empleados a un lugar distinto del señalado por la ley para ejercer de modo permanente sus funciones oficiales, no lo hizo con ánimo de hacer dejación de su cargo ni a sabiendas de que iba a cau-

sar perjuicios a los interesados, fuera de que estaba coaccionado y su vida en peligro a causa del odio banderizo.

b) Omisión en el cumplimiento de los deberes oficiales.

Los funcionarios o empleados públicos están obligados a realizar los actos propios de sus cargos, y en ciertos casos la ley les señala término para ejecutarlos. Cuando el funcionario deja de hacer el acto legal a que está obligado, realiza una **omisión**, que es punible por cuanto "tiende a paralizar o enervar" la acción protectora de los poderes públicos en favor de los derechos individuales o de los colectivos.

La ley habla de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado el funcionario o empleado. **Omitir** es, según la acepción natural de la palabra, dejar de hacer una cosa; **rehusar** es no querer hacer una cosa o no aceptarla; y **retardar** es diferir, detener, entorpecer, dilatar. La omisión, la excusa o el retardo para ser punibles, deben ser dolosos, ejecutados a conciencia de su ilicitud o ilegalidad, o, lo que es lo mismo, la conducta negativa del incriminado ha de ser maliciosa.

Cuando apenas es una conducta descuidada por parte del funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se trata de omisiones que producen retardos injustificados en la administración de justicia, se halla el funcionario frente a simples faltas que se sancionan con medidas disciplinarias, conforme a lo previsto en el Decreto 3665 de 1950.

La diferencia entre el acto abusivo punible y la falta por morosidad, reside en la conciencia de la ilegalidad, en la malicia. Por eso la Jurisprudencia de esta Corte ha dicho, que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la Rama Jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención de rehusar hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse (autos de 18 de febrero y 26 de agosto de 1949).

En el caso del doctor Alvarado Torres no era que éste rehusara despachar los negocios de su oficina, ni que demorara maliciosamente los fallos que le correspondía dictar, ni que dolosamente dejara de ejecutar los actos a que legalmente estaba obligado. Había circunstancias superiores a su misma voluntad que en forma notable le impedían cumplir a cabalidad con sus deberes. No obró dolosamente y a conciencia de la ilicitud.

3º Abuso de autoridad

Comete el delito previsto en el artículo 171 del Código Penal, el funcionario o empleado público que, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. Arbitrario es lo que obedece al solo capricho o a la voluntad despótica del responsable sin sujeción a norma legal alguna; injusto es lo que viola la ley, la razón o la equidad. Pero no basta la arbitrariedad o la injusticia del acto imputado; es necesario además, que se ejecute contra una persona o contra una propiedad, es decir, que cause perjuicios directos a las personas o a las cosas.

El traslado del Juzgado a un municipio diferente del de la cabecera, bajo la presión de amenazas, insultos y ataques que ponían en peligro la vida del Juez, no puede tenerse como abusivo, arbitrario o injusto. Por otro lado, no se hallan acreditados los perjuicios causados a las personas o a las propiedades.

No siendo constitutivos de delitos los hechos imputados al doctor Alvarado Torres, es el caso de proferir sobreseimiento definitivo a su favor: y como eso fue lo que hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, debe la Corte confirmar la providencia consultada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el sobreseimiento proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en favor del ex-Juez Promiscuo del Circuito de Sochá, doctor José María Alvarado Torres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

CASACION. — LA CONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER. — CAUSAL 3ª — HACE REFERENCIA A LA PARTE RESOLUTIVA Y NO A LA MOTIVA. — COMPLICIDAD PRINCIPAL, ACCESORIA Y CORRELATIVA. VEREDICTO CONTRADICTORIO

1.—La causal 3ª de casación (artículo 567 C. de P. P.) es procedente tanto en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, pero ella sólo tiene eficacia jurídica para invalidar el fallo, cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; es decir, con la parte resolutiva del llamamiento a juicio que es la que circunscribe el delito con la denominación jurídica que le da el C. P. en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando no se divide en capítulos. Pero la causal 3ª (artículo 567) no tiene eficacia jurídica para invalidar la sentencia cuando el motivo de impugnación no ataca directamente lo esencial de la providencia —parte *resolutiva*— que es la que contiene el cargo, sino las consideraciones de la parte motiva que plantea el hecho y considera las diversas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que tipifican el ilícito en una especie determinada dentro del respectivo género.

La interpretación anterior es tan lógica y evidente que de no ser así, ninguna importancia práctica tendría la causal y su término probatorio. En el juicio, precisamente, se consagra el derecho perfecto de las partes para aducir pruebas tendientes a desvirtuar los cargos formulados en el auto de proceder, y como resultado de ese debate contradictorio, la sentencia se dicta de conformidad con los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio. Si ellos —los cargos— se desvirtúan, la sentencia será absolutoria; si se demuestra que los hechos se cometieron en forma distinta a la contenida en el auto de proceder —parte motiva— el fallo será condenatorio atendiendo por las circunstancias modificadoras de la responsabilidad probadas en el juicio. Toda interpretación contraria a estas normas es antitécnica e injurídica por no consultar el espíritu de la ley y la equidad dentro de la justicia.

Si en el auto de proceder la imputación se hizo por un delito de homicidio, si en el veredicto se afirma la responsabilidad por ese hecho —cargo deducido—, si la sentencia se dicta de conformidad con la respuesta del Jurado, es natural que el fallo guarda perfecta armonía, no sólo con los cargos deducidos en el auto de proceder, sino, también, con el veredicto. Si en esta clase de juicios quien decide sobre los hechos y la responsabilidad es el Jurado y no el Juez de derecho, si aquél encuentra que las pruebas no dan base para afirmar en contra de los procesados una responsabilidad principal sino una accesoria, o una participación en complicidad correlativa, puede hacerlo y así debe declararlo en su veredicto, por mandato expreso del Legislador.

2.—La complicidad bien sea principal, accesoria o correlativa, es —por regla general—, una circunstancia accesoria respecto del hecho principal al cual accede. El denominador común de la complicidad es el hecho realizado y la pluralidad de personas que responden de él; pero ello no significa que la diversidad de copartícipes cambie o modifique la esencia jurídica de la infracción, porque ésta, una vez consumada, sigue siendo la misma o idéntica ante el derecho penal sustantivo, cualquiera que haya sido el número de agentes que intervinieron en su realización. Por esto es por lo que, la responsabilidad que se predica del autor o autores de un delito, es personal, individual e intransmisible, y al responder de los cargos que se le formulan en el auto de proceder no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal.

Cuando en el cuestionario se interroga al Jurado sobre el tema de la complicidad necesaria (coautoría) y éste, en su veredicto, niega esa copartícipación para afirmar otra

—complicidad correlativa—, ello quiere decir que el Juri rompe el fenómeno jurídico del concurso de delincuentes y la solidaridad criminosa, no sólo en la realización del hecho sino respecto de las personas que lo ejecutaron, sin que ello implique que por esta circunstancia el delito carece de sus elementos esenciales objetivos y subjetivos, ni que la responsabilidad desaparece totalmente; ella únicamente se atenúa por la modificación.

3.—La contradicción del veredicto no se deduce de los términos del cuestionario y de la respuesta del Jurado como lo sostiene el recurrente, sino de las proposiciones del mismo veredicto. La afirmación de la responsabilidad y la frase explicativa de ella no implica contradicción porque ésta radica en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo; y en el caso de estudio, esa contradicción no aparece porque el Jurado afirma la responsabilidad negando la coparticipación principal, para reconocerla dentro de la complicidad correlativa y lo segundo no se opone a lo primero, ni éste a aquél; por consiguiente, el veredicto no es contradictorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y seis.

Vistos:

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

En providencia de catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona condenó a **Graciliano Ascanio Robles** y **Ernesto Mora Arévalo**, a la pena principal de once años de presidio como responsables de la muerte de Nemesio o Demesio Alvilorio Durán.

Contra esta sentencia el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación y como se hallan cumplidos los trámites legales, se procede a su estudio.

Prenotandos

El veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en casa de Petrona Durán, ubicada en el Municipio de Acarí, en el punto denominado "Las Vegas del Tarra", se reunieron varias personas para celebrar el novenario por la muerte de Tomás Vega. En el mencionado día, aproximadamente entre las seis o siete de la noche llegaron a este lugar Graciliano Ascanio Robles y Ernesto Mora Arévalo, quienes portaban sendas escopetas. La dueña de la casa los invitó a pasar al interior de la habitación pero éstos no atendieron la insinuación y se quedaron en el corredor.

En esos momentos Vitalia Durán y su hijo Nemesio o Demesio Avilorio Durán se aproximaban a la mencionada casa y por la oscuridad de la noche Nemesio, quien portaba una linterna, alumbraba con ella la vía. Al darse cuenta de este hecho —los acusados— abandonaron la casa y se encaminaron al lugar de donde provenía la luz; transcurridos unos minutos se produjo la detonación de dos disparos, y como consecuencia de ellos resultó muerto Nemesio Avilorio Durán, cuando sólo faltaban unos cincuenta metros para llegar a la casa de habitación.

Auto de proceder

Cumplidas las diligencias propias del sumario, el Juzgado 3º Superior de Cúcuta calificó el mérito de la investigación y llamó a responder en juicio —con intervención de Jurado— a Graciliano Ascanio Robles y Ernesto Mora Arévalo por un delito de homicidio agravado. En los considerandos de esa providencia (mayo 2 de 1946) se expresa:

"Que la responsabilidad de Graciliano Ascanio Robles y Ernesto Mora aparece manifiesta en los autos, como autores directos de la muerte violenta dada a Demesio Avilorio Durán.

"Que el crimen fue cometido de noche aprovechándose de la obscuridad reinante en los contornos donde se efectuó.

"Que la premeditación con que procedieron los victimarios fue fría y con suficiente anticlación hasta el punto de escoger armas para el ataque, sitio para asechar a la víctima y momento en que ella pasaría por allí".

Las anteriores fueron las razones de orden jurídico en las cuales se funda el auto de proceder, aparte de la demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad de las personas a quienes se imputa el hecho.

Cuestionario

"¿El acusado Ernesto Mora Arévalo es respon-

sable, si o nó, como se analiza en el auto de proceder, de haber dado muerte a Nemesio o Demesio **Avilorio Durán**, a consecuencia de las heridas descritas en la diligencia de autopsia, hecho ocurrido en el sitio denominado 'Las Vegas del Tarra', de la jurisdicción municipal de Hacarí, en coautoría con otro y en la ejecución de tal hecho procedió con propósito de matar, y obrando con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y en circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es decir, con asechanza, hecho ocurrido el día veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres en el punto antes mencionado?".

"Sí, en complicidad correlativa".

Esta misma pregunta se formuló para Graciliano Ascanio Robles, y el Jurado respondió en la misma forma que en el cuestionario anterior.

En providencia de quince de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, porque —en su concepto— "la complicidad correlativa afirmada por el Juri no estaba de acuerdo con los hechos probados, en cambio sí, la responsabilidad de los mismos en calidad de autores".

El Tribunal no aceptó la tesis del Juzgado, revocó el auto consultado y ordenó dictar sentencia de acuerdo con el veredicto.

Demanda

Dos son los motivos que se alegan como causales de casación; los de los numerales 3º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal tercera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

La base de impugnación de la sentencia, por este motivo, la hace consistir el recurrente en el hecho de que en el auto de proceder se imputó a los procesados el haber realizado el delito en calidad de coautores (complicidad principal).

Expresa que la calidad de autores está plenamente demostrada en el proceso porque los acusados conjuntamente "habían agotado el momento consumativo de la infracción"; si esta circunstancia no se hubiera demostrado, era natural que en el auto de proceder contemplaría la modalidad de la complicidad correlativa. Y concluye así:

"Si en el auto de proceder se hizo el cargo a cada uno de los encartados (sic) de haber cometido en coautoría con el otro el homicidio en **Nemesio Avilorio Durán**, agravado con las circunstancias del artículo 363 del Código Penal, y si en la sentencia se condenó a los sindicados por haber cometido el hecho en complicidad correlativa, se dictó un fallo condenatorio en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Y si bien es cierto que el Juri declaró la responsabilidad de los imputados en complicidad correlativa, no es menos cierto que también esta figura ha debido ser reconocida en el auto de proceder para que se pudiera proceder (sic) a dar aplicación al artículo 385 del Código Penal. Además era necesario que dicha figura de la complicidad correlativa estuviera plenamente conformada en el proceso en sus elementos esenciales; y del proceso no surge la comprobación de tales elementos, ya que en él hay probaciones incontrovertibles que conducen a la afirmación de que ambos encartados (sic) agotaron el momento consumativo del delito".

Se considera:

La causal 3ª de casación (artículo 567 C. de P. P.) es procedente tanto en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, pero ella sólo tiene eficacia jurídica para invalidar el fallo, cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder: es decir, con la parte resolutiva del llamamiento a juicio que es la que circunscribe el delito con la denominación jurídica que le da el C. P. en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título cuando no se divide en Capítulos. Pero la causal 3ª (artículo 567) no tiene eficacia jurídica para invalidar la sentencia cuando el motivo de impugnación no ataca directamente lo esencial de la providencia —parte resolutiva— que es la que contiene el cargo, sino las consideraciones de la parte motiva que plantea el hecho y considera las diversas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que tipifican el ilícito en una especie determinada dentro del respectivo género.

La interpretación anterior es tan lógica y evidente que de no ser así, ninguna importancia práctica tendría la causa y su término probatorio. En el juicio, precisamente, se consagra el derecho perfecto de las partes para aducir pruebas tendientes a desvirtuar los cargos formulados en el auto de proceder, y como resultado de esta de-

bate contradictorio, la sentencia se dicta de conformidad con los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio. Si ellos —los cargos— se desvirtúan, la sentencia será absolutoria; si se demuestra que los hechos se cometieron en forma distinta a la contenida en el auto de proceder —parte motiva— el fallo será condenatorio atenuado por las circunstancias modificadoras de la responsabilidad probadas en el juicio. Toda interpretación contraria a estas normas es antitécnica e injurídica por no consultar el espíritu de la ley y la equidad dentro de la justicia.

En los juicios de derecho el tema atinente a la imputabilidad y apreciación y calificación de pruebas para deducir responsabilidad, corresponde exclusivamente al Juez de conocimiento, quien con plena jurisdicción y competencia en ejercicio de la potestad de juzgar, decide el fondo del problema. En los juicios con intervención de Jurado la jurisdicción y competencia para calificar los hechos y pruebas del proceso para deducir responsabilidad, es atribución propia del Tribunal de conciencia, quien decide bajo el criterio de verdad sabida y buena fe guardada. La facultad del Juez se reduce a interpretar el veredicto para darle vivencia jurídica dentro de las disposiciones del Código Penal, y a calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

En la parte motiva del auto de proceder el Juzgado afirmó que los acusados eran "autores directos de la muerte violenta de Nemesio o Demesio Avilario Durán" y en los cuestionarios se interrogó al Jurado si los procesados eran responsables de haber dado muerte en coautoría y si en la ejecución del hecho procedieron con el propósito de matar.

El Jurado responde: "Sí, en complicidad correlativa", respuesta que no está en pugna con ningún precepto de la ley, pues, la negación de la coautoría —complicidad principal— y la afirmación o reconocimiento de la cooperación —complicidad correlativa en vez de aquélla— no conllevan ninguna violación del numeral 3º del artículo 567 del C. de P. P. Ello sólo equivale a afirmar que el Jurado, dentro del criterio de libertad que la ley le otorga para apreciar los hechos y pruebas del proceso, encontró deficientes y sin mayor consistencia las que el Juzgado tuvo en cuenta para afirmar la coautoría, y al valorar la prueba, la tuvo como elemento de convicción para reconocer una cooperación intermedia entre la principal y la secundaria, o sea, la complicidad correlativa.

Cuando el Jurado encuentra que el hecho se realizó en circunstancias diversas a las contenidas en el respectivo cuestionario, deber suyo es declararlo en el veredicto (artículo 29, Ley 4ª de 1943). Esta facultad, privativa del Jurado, incide directamente en el tema de la responsabilidad, la cual puede ser simplemente afirmativa de acuerdo con la pregunta del cuestionario, o modificada al tenor de las circunstancias que intervinieron en la realización del hecho. Esto precisamente fue lo que ocurrió en el caso sub-judice: el Juez, honestamente creyó que los procesados realizaron el delito en acto único de cooperación principal o necesaria, pero el Jurado estimó que las pruebas del proceso no eran suficientes para hacer esa declaración; reconoció la responsabilidad pero la modificó afirmando la cooperación en complicidad correlativa.

La complicidad correlativa no tiene el carácter de participación principal ni de secundaria; es un tipo intermedio equidistante entre las dos, cuya característica dominante es la dificultad, la duda o perplejidad para determinar el autor o autores del delito; cuando aquél o éstos se individualizan, desaparece el fenómeno de la complicidad correlativa para dar cabida, generalmente, a la coautoría; y a la inversa, negada por el Jurado la participación principal, desaparece la coautoría para dar preeminencia, en este caso, a la complicidad correlativa.

Si en el auto de proceder la imputación se hizo por un delito de homicidio, si en el veredicto se afirma la responsabilidad por ese hecho —cargo deducido—, si la sentencia se dicta de conformidad con la respuesta del Jurado, es natural que el fallo guarda perfecta armonía, no sólo con los cargos deducidos en el auto de proceder, sino, también, con el veredicto. Si en esta clase de juicios quien decide sobre los hechos y la responsabilidad es el Jurado y no el Juez de derecho, si aquél encuentra que las pruebas no dan base para afirmar en contra de los procesados una responsabilidad principal sino una accesoria, o una participación en complicidad correlativa, puede hacerlo y así debe declararlo en su veredicto, por mandato expreso del Legislador.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal séptima

Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

A los miembros del Jurado en el respectivo cuestionario, se les preguntó si los acusados eran

responsables de haber dado muerte a Nemesio Avilorio Durán y si realizaron el hecho en coautoría; es decir, en un acto de coparticipación principal, y también, es cierto que el Juri contestó: "SI, en complicidad correlativa", pero el veredicto no es contradictorio como luego se verá.

"Dados los términos del veredicto y los del cuestionario propuestos —dice el recurrente— ceñidos en forma estricta al auto calificador, la respuesta del Tribunal Popular resulta flagrantemente contradictoria.

"Porque la decisión del Juri se salió de los términos precisos del cuestionario afirmando la modalidad de la coautoria para negarla a renglón seguido al afirmar la figura de la complicidad correlativa.

"Porque al responder que cada uno de los acusados es responsable en coautoria con el otro, y afirmar inmediatamente que lo son en complicidad correlativa, afirma y niega al mismo tiempo que cada uno de los sindicados agotó el momento consumativo de la infracción".

Se replica:

La complicidad bien sea principal, accesoria o correlativa, es —por regla general—, una circunstancia accesoria respecto del hecho principal al cual accede. El denominador común de la complicidad es el hecho realizado y la pluralidad de personas que responden de él; pero ello no significa que la diversidad de copartícipes cambie o modifique la esencia jurídica de la infracción, porque ésta, una vez consumada, sigue siendo la misma o idéntica ante el derecho penal sustantivo, cualquiera que haya sido el número de agentes que intervinieron en su realización. Por esto es por lo que, la responsabilidad que se predica del autor o autores de un delito, es personal, individual e instransmisible, y al responder de los cargos que se le formulan en el auto de proceder no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal.

Cuando en el cuestionario se interroga al Jurado sobre el tema de la complicidad necesaria (coautoria) y éste, en su veredicto, niega esa coparticipación para afirmar otra —complicidad correlativa—, ello quiere decir que el Juri rompe el fenómeno jurídico del concurso de delincuentes y la solidaridad criminosa, no sólo en la realización del hecho sino respecto de las personas que lo ejecutaron, sin que ello implique que por esta circunstancia el delito carece de sus elementos esenciales objetivos y subjetivos, ni que la responsabilidad desaparece totalmente; ella únicamente se atenúa por la modificación.

El Jurado, en su veredicto, reconoce la responsabilidad de los acusados pero no la forma contenida en la parte motiva del auto de proceder (coautoria) sino en la de simple complicidad correlativa, y el veredicto "SI" —primera parte— afirmativo de la responsabilidad "en complicidad correlativa" —segunda parte— modificadora de aquélla, no entraña contradicción alguna, porque estas formas de complicidad, principal la primera e intermedia la segunda, por ser accesorias del hecho principal pueden declararse por el Jurado como ocurre en el caso sub-judice y ese reconocimiento es preferente cuando encuentra que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario (artículo 29, Ley 4ª de 1943).

El veredicto es el resultado de las tesis debatidas en el proceso y de las pruebas que respaldan cada una de esas afirmaciones. Mientras el Juzgado sostiene la coparticipación principal y declara la confraevidencia del veredicto, el Tribunal revoca la providencia y expresa que no hay contradicción "ni en el significado ni en los términos del veredicto". Y en la audiencia, el Agente del Ministerio Público dice que se halla establecida la responsabilidad pero que no se sabe si la muerte de Durán se produjo por consecuencia del disparo hecho por Graciliano Ascanio Robles o de Ernesto Mora Arévalo; en consecuencia, solicita al Jurado conteste el cuestionario en esta forma: "Si son responsables pero en complicidad correlativa", tesis que fue sostenida por la defensa, para el caso de que el Jurado no absolviera a su patrocinado.

La contradicción del veredicto no se deduce de los términos del cuestionario y de la respuesta del Jurado como lo sostiene el recurrente, sino de las proposiciones del mismo veredicto. La afirmación de la responsabilidad y la frase explicativa de ella no implica contradicción porque ésta radica en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo; y en el caso de estudio, esa contradicción no aparece porque el Jurado afirma la responsabilidad negando la coparticipación principal, para reconocerla dentro de la complicidad correlativa y lo segundo no se opone a lo primero, ni éste a aquél; por consiguiente, el veredicto no es contradictorio.

Por lo tanto, la causal segunda alegada no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — **Santiago Cadena Copete** — **Jesús Estrada Monsalve** — **Guillermo Hernández F.** — **Domingo Sarasty Montenegro**. **Elberto Téllez Camacho** — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

PREVARICATO. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCION.—OBRAR "A SABIENDAS" — INTERES DEL JUEZ EN LOS RESULTADOS DE LA PROVIDENCIA

Para que haya prevaricato, enseña el artículo 168 del Código Penal, se necesita que el Juez haya dictado resolución o sentencia contrarias a la ley, expresa o manifiestamente injustas, con pleno conocimiento de la injusticia, es decir, "a sabiendas", lo que requiere una intención criminosa especial, que se deriva del interés que el funcionario tenga en los resultados de la providencia, que se dicta por simpatía a unos interesados o animadversión a otros, lo que equivale a decir, por el deseo de favorecer a una parte o de perjudicar a otra. Como lo ha recordado la Corte, no basta que se dicte una providencia contraria a la ley y notoriamente injusta, sino que es menester que el Juez la haya dictado a conciencia de ser ilegal e injusta, y movido por sentimientos interesados de simpatía a una parte o de odio o de animadversión hacia la otra.

En cuanto hace a la Administración de Justicia, la ley tutela "la rectitud, la legalidad y la honestidad" de los encargados de esa actividad especial de la Administración Pública, ya sea en quienes cumplen actos de jurisdicción o en quienes sirven de auxiliares en esa misma Administración, como sucede en el caso de los peritos o intérpretes. Por consiguiente, es un delito que puede ser cometido por un Juez, un árbitro, un perito o un intérprete.

En todos estos funcionarios o auxiliadores hay violación maliciosa de los deberes que le corresponden en torno a la Administración de Justicia, no sólo por acción dolosa, sino por omisión en el cumplimiento de sus deberes, omisión que consiste en rehusar, negar o retardar, maliciosamente, un acto propio de esos deberes o funciones. Por lo tanto, hay que comprobar dentro de la investigación estos elementos: a) Calidad personal del funcionario jurisdiccional, y, en ciertos casos, el transitorio desempeño de funciones oficiales, como de intérprete, árbitro o perito. b) Acción intencional de dictar una sentencia, pronunciar una resolución o proferir un dictamen, contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, lo cual presupone un dolo específico, que consiste en la conciencia de la ilegalidad o injusticia del acto por realizar o que se ejecuta: c) Omisión advertida y maliciosa consistente en rehusar, negar o retardar un acto propio de sus funciones oficiales; y, d) Un factor subjetivo de interés, derivado del afecto o del desafecto hacia unos o hacia otros de los interesados en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

El doctor Jesús María Vargas Silva, interesado en el juicio que los herederos del Presbítero Félix María Polanía siguieron a Tobías Farfán, para que se decretara el lanzamiento de éste, por haber cesado en sus funciones el arrendador que desempeñaba el cargo de secuestre de los bienes sucesorales, presentó ante el Tribunal Superior de Neiva denuncia escrita contra el señor Pedro V. Camacho, Juez Municipal de Palermo, y contra el doctor Enrique Díaz Silva, Juez 2º Civil del Circuito de Neiva, quienes habían conocido en primera y segunda instancias del citado juicio contra Farfán. El denunciante les hizo a los señores Jueces mencionados el cargo de prevaricato, sancionado por el artículo 168 del Código Penal, pues "a sabiendas y con pleno conocimiento de los artículos 2008 y 2016 del C. C. y del hecho plenamente demostrado de la extinción de los derechos del arrendador el secuestre Juan Polanía, han emitido fallos contrarios a dichas disposiciones". El denunciante ofreció demostrar "la intimidad y el desafecto" de los denunciados con las partes interesadas en el juicio civil de lan-

zamiento, y prometió demostrarlos durante la investigación sumaria.

Adelantada ésta y acreditado el carácter oficial de Juez Civil del Circuito de Neiva —condición ésta que constituye o fundamenta el fuero para el juzgamiento por el Tribunal y la Corte— el 23 de noviembre de 1955 dictó el Tribunal Superior del Distrito de Neiva sobreseimiento definitivo en favor del doctor Díaz Silva, por no haberse demostrado que el fallo del Juez denunciado sea contrario a ley expresa, ni que se hubiese dictado por interés, afecto o desafecto a alguna de las partes litigantes, "y menos aún con intención dolosa". En la misma providencia —que la Corte revisa ahora en grado de consulta— dispuso el Tribunal que se compulsara copia de todo el proceso, a fin de que los Jueces Penales del Circuito de Neiva conocieran de lo correspondiente al señor Camacho V., Juez Municipal de Palermo.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de historiar el proceso civil por lanzamiento y lo que aparece de la investigación, y de recordar sintéticamente los fundamentos del fallo de primera instancia para negar lo pedido, y los expuestos por el Juzgado Civil del Circuito de Neiva al decidir la apelación, concluye que el Juez doctor Díaz Silva, al proferir su sentencia, no tuvo otro interés que el de la recta interpretación de la ley "que él sabía aplicable a los varios aspectos del asunto materia de su decisión", sin que se hubiera demostrado que el fallo se dictó o se hubiera dictado por interés personal en favor o en contra de cualquiera de los litigantes, o sea, que no se configuró delito alguno, por lo cual pide se confirme el sobreseimiento consultado.

Para decidir, la Corte considera:

Los antecedentes

En su propio nombre, como heredero y secuestre de los bienes de la sucesión del Presbítero Félix María Polanía, el doctor Vargas Silva inició ante el Juzgado Municipal de Palermo, juicio de lanzamiento contra Tobías Farfán, por haber expirado el contrato de arrendamiento celebrado con Juan de Dios Polanía, anterior secuestre de los bienes de la sucesión; y el Juzgado, después de estudiar los fundamentos de la demanda y de considerar las excepciones propuestas, negó el lanzamiento, sin condenar al actor al pago de las costas. Estimó el fallo del Juez señor Camacho, que la acción que el demandante había debido intentar no era la de lanzamiento del arrendatario, sino la de lanzamiento por ocupación de hecho que reglamenta la Ley 200 de 1936, acción que es de competencia exclusiva de los Jueces de Circuito.

A su turno, el señor Juez Civil del Circuito, doctor Díaz Silva, previo un estudio de las facultades del secuestre con administración de bienes, estimó, a la luz del artículo 2273 del Código Civil y de los artículos 902 a 904 del Judicial, que los actos jurídicos del secuestre producen sus efectos tal como se han pactado en orden a la administración de los bienes relictos, y, por consiguiente, obligan a los representantes de los derechos sucesorales, porque a nombre de éstos actúa el secuestre, que es un mandatario con administración de bienes. Para llegar a esta conclusión, transcribió conceptos del expositor Julien Bonnecasse sobre las funciones del secuestre y las consecuencias jurídicas de sus actos, y comentó las disposiciones del Código Civil referentes al contrato de arrendamiento, interpretándolas conforme a su criterio sereno y desprevenido. Acorde con ese criterio y con fundamento en las consideraciones relacionadas, confirmó la sentencia de primera instancia, pero aclarando que lo hacía por razones distintas de las expuestas en aquélla.

Al proceso se allegaron copias autenticadas de varias de las piezas que obraron en el juicio civil de lanzamiento, quedando plenamente acreditado que el secuestre señor Polanía, en ejercicio de sus funciones le dio en arrendamiento al señor Farfán, parte de los predios que pertenecían a la sucesión del Presbítero Polanía, y que, cuando se instauró la demanda de lanzamiento, aún no había vencido el término del referido contrato.

EL FALLO

Analizando la providencia que motivó la acusación, la Corte observa que el Juez doctor Díaz Silva hizo un estudio de las pruebas y de las disposiciones sustantivas y procedimentales apropiadas al tema debatido, sin que se note error en su aplicación, ni menos, deseo de perjudicar o de favorecer a alguien. Es más: el denunciante ofreció probar los móviles de interés, de simpatía y de desafecto, que en su sentir movieron al Juez acusado, y, a pesar de habérsele reconocido interés para constituirse parte civil, se abstuvo de formular la demanda, dejando expósita su acusación.

Para que haya prevaricato, enseña el artículo 168 del Código Penal, se necesita que el Juez haya dictado resolución o sentencia, contrarias a la ley, expresa o manifiestamente injustas, con pleno conocimiento de la injusticia, es decir, "a sabiendas", lo que requiere una intención criminal especial, que se deriva del interés que el funcionario tenga en los resultados de la providencia, que se dicta por simpatía a unos interesados o animadversión a otros, lo que equivale a decir, por el deseo de favorecer a una parte o de perjudicar a otra. Como lo ha recordado la Corte, no basta que se dicte una providencia contraria a la ley y notoriamente injusta, sino que es menester que el Juez la haya dictado a conciencia de ser ilegal e injusta, y movido por sentimientos interesados de simpatía a una parte o de odio o de animadversión hacia la otra.

En cuanto hace a la Administración de Justicia, la ley tutela "la rectitud, la legalidad y la honestidad" de los encargados de esta actividad especial de la Administración Pública, ya sea en quienes cumplen actos de jurisdicción o en quienes sirven de auxiliares en esa misma Administración, como sucede en el caso de los peritos o intérpretes. Por consiguiente, es un delito que puede ser cometido por un Juez, un árbitro, un perito o un intérprete. En todos estos funcionarios o auxiliares hay violación maliciosa de los deberes que le corresponden en torno a la Administración de Justicia, no sólo por acción dolosa, sino por omisión en el cumplimiento de sus deberes, omisión que consiste en rehusar, negar o retardar, maliciosamente, un acto propio de esos deberes o funciones. Por lo tanto, hay que comprobar dentro de la investigación estos elementos: a) Calidad personal de funcionario jurisdiccional, y, en ciertos casos, el transitorio desempeño de funciones oficiales, como de intérprete, árbitro o perito; b) Acción intencional de dictar una sentencia, pronunciar una resolución o proferir un dictamen, contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, lo cual presupone un dolo específico, que consiste en la conciencia de la ilegalidad o injusticia del acto por realizar o que se ejecuta; c) Omisión advertida y maliciosa consistente en rehusar, negar o retardar un acto propio de sus funciones oficiales; y d) Un factor subjetivo de interés derivado del afecto o del desafecto hacia unos o hacia otros de los interesados en el juicio.

Bien claro se advierte que en el caso de estudio, fallan los presupuestos esenciales de la injusticia de la sentencia y del interés en las resultas del acto proferido en juicio, o sea, que no se ha cometido delito alguno de prevaricato por el Juez acusado, el cual debe ser amparado con un sobreseimiento que proclame su conducta honesta y limpia de tachas. Consecuencialmente, debe ordenarse una investigación por el posible delito de falsas imputaciones ante las autoridades, cometido por el denunciante, quien ni siquiera concretó durante el sumario (como lo había ofrecido en el denuncio) en qué consistían la simpatía y la animadversión del Juez hacia los interesados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto de su colaborador de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva en favor del doctor **Enrique Díaz Silva**, Juez 2º Civil del Circuito de Neiva. Al mismo tiempo, ordena que por la Secretaría del Tribunal se tome copia de lo conducente del proceso, a fin de que se investigue la responsabilidad que le pudiere corresponder al denunciante doctor Jesús María Vargas Silva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD: INTERVENCION EN POLITICA DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO. — QUE SE ENTIENDE POR DEBATES POLITICOS. — PROHIBICIONES PARA LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Dos son los hechos que el artículo 180 del Código Penal prohibe para los funcionarios judiciales y los del Ministerio Público: formar parte de directorios políticos e intervenir en debates de carácter político.

Los partidos políticos, es sabido, tienen su organización interna, con células o agrupaciones regionales, municipales, departamentales y nacionales. Esos organismos o agrupaciones tienen sus directivas, que comandan y organizan en forma permanente o transitoria la actividad política de cada partido. El pertenecer a esas directivas o comandos es hecho que la ley erige en delito para los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, pues esa actividad partidista es algo que choca con la imparcialidad a que están obligados los encargados de la Administración de Justicia y de la vocería de la sociedad. Sabiéndose cómo la pasión partidista tuerce el criterio de quienes actúan en forma directa en la lucha de los partidos, la ley ha querido sustraer de esa lucha y de esa agitación a quienes, como los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, necesitan de mayor imparcialidad y de mayor confianza por parte de la sociedad. El Juez requiere para el correcto ejercicio de su cargo, conocimiento de la ley, rectitud de criterio, serenidad e imparcialidad en los juicios y confianza por parte de los litigantes y de los asociados. Comoquiera que la política excita los sentimientos, mueve a venganzas, confunde los criterios y destrona la serenidad, es lógico y elemental que la ley haya prohibido la intervención beligerante en la lucha de los partidos, lucha que es más perjudicial para el correcto desempeño de las funciones judiciales cuando el funcionario hace parte de comités o directivas políticas.

La ley no ha querido privar al funcionario judicial de sus derechos políticos; simplemente ha querido evitarle la oportunidad de desvirtuar su criterio de serenidad, rectitud e imparcialidad, sin que les sea lícito intervenir directamente y en forma activa en debates políticos, aconsejando en la organización o concurriendo a manifestaciones o conferencias de agitación proselitista.

La ley es clara cuando habla de formar parte de directorios políticos, pero no lo suficiente cuando prohibe intervenir en debates de este carácter. Se ha pensado por algunos que lo únicamente prohibido es la actividad de agitación y propaganda cuando los partidos se enfrentan en los comicios o elecciones, función indudablemente la principal y de más trascendencia en la vida de aquéllos. No obstante, a esa sola limitación no se circunscribe la ley al quitarle toda beligerancia política a los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público. Por consiguiente, concurrir a reuniones políticas de propaganda o de agitación de los partidos, es hecho castigado por la ley; como es igualmente punible firmar adhesiones a programas o candidatos, y escribir editoriales o comentarios que sirvan directamente a la organización o a la lucha de los partidos. Sabiéndose que lo punible es la beligerancia política, la intervención directa en los debates, luchas o contiendas por el predominio de los partidos, es por lo que la jurisprudencia ha dicho que no es delito ni constituye abuso de autoridad el explicar en la cátedra determinadas doctrinas filosóficas o políticas; como no es delito —se agrega ahora— comentar los sucesos de la política, de los partidos o de los gobernantes. Asistir como simple espectador a las sesiones del Parlamento, de las Asambleas o de los Consejos Administrativos, con el deseo de oir los debates públicos de los congresistas o de los concejales, no constituye abuso de autoridad por intervención en política; pero sí es delictuoso por parte

de un funcionario judicial o del Ministerio Público, asistir a reuniones de agitación y de propaganda electoral partidista.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho)

Vistos:

El 7 de junio de 1950, el señor Ministro de Justicia se dirigió a la Presidencia de esta Corporación, dándole traslado de una carta remitida a él de Quibdó, y que sirvió para que se iniciara proceso penal contra el Magistrado del Tribunal Superior de esa ciudad, doctor Gabriel Meluk, a quien se acusaba de intervenir en política y de abandonar el despacho de sus negocios, declarándose impedido en la mayoría de ellos, por enemistades personales de origen político.

El texto de la carta que sirvió de base para dictar auto cabeza de proceso, es el siguiente:

"El punto neurálgico que tiene el Tribunal es la manera como se porta el doctor Gabriel Meluk, Magistrado de la mayoría liberal, y que no da rendimiento de ninguna clase. Sabido es de todos los habitantes de Quibdó que el doctor Meluk está dedicado descaradamente a la política y las informaciones mejores se encuentran en la Gobernación del Departamento.

"A esto se agrega que el doctor Meluk, en más de un 60% de los negocios que le corresponden en el reparto se declara impedido por enemistad, pues resulta que todos los abogados que agencian negocios son enemigos de él, y por tanto el trabajo que lleva a cabo es casi nulo, como se puede constatar en la Secretaría del Tribunal, con datos estadísticos precisos. En consecuencia todos estos negocios pasan a la mesa del Magistrado Barrientos Conto.

"Total, que un Magistrado que está dedicado únicamente a la política y que es enemigo de todos los abogados no puede dar ningún rendimiento a la Administración de Justicia".

Acreditado debidamente el carácter oficial de Magistrado del doctor Meluk, se tramitó en esta Sala la correspondiente investigación, la que, cerrada en forma legal, fue calificada el 27 de febrero de 1952 por medio de un sobreseimiento temporal conforme a lo pedido por el Procurador Delegado en lo Penal, quien echaba de menos varias pruebas de grande importancia, indispensables para precisar y aclarar la conducta del sindicado.

La ampliación consecuencial a dicho sobreseimiento tenía por objeto principal, acreditar cuándo se verifican las reuniones políticas a que se dice asistió el sindicado y quiénes concurrieron a ellas; quiénes le relataron al testigo Eduardo Santacoloma Villa las actividades políticas a que se dedicaba el Magistrado doctor Meluk; aclarar y precisar si un editorial publicado por el periódico "La Opinión", en el que se fijaba una línea de política en torno al nuevo Gobernador de ese Departamento, había sido escrito por el sobreseído, y si éste había escrito otros editoriales en ese mismo periódico; aclarar si la carta que se dice envió el doctor Diego Luis Córdoba al doctor Meluk, y que contenía instrucciones que coincidían con las ideas expresadas en el editorial de que se ha hablado, carta que presentó el doctor Rodríguez Astier, llegó a manos de éste después de haber sido conocida por el destinatario doctor Meluk, y en suma, determinar con toda claridad la conducta oficial del dicho señor Magistrado en relación con las actividades políticas del Departamento del Chocó.

Perfeccionada en lo posible la investigación, y acreditado debidamente el carácter oficial de Magistrado del doctor Meluk Aluma, se declaró cerrada y se solicitó concepto del Ministerio Público, para proceder a su calificación.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide en la vista que precede, se sobresea definitivamente en favor del doctor Meluk, aplicándose el numeral 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, por no haber tenido realidad jurídica los cargos formulados, vale decir, por no haberse realizado.

Analiza el señor Agente del Ministerio Público las pruebas allegadas durante la investigación, para concluir que de ellas no se desprende cargo serio ni fundado contra el doctor Meluk, y que, si algo existe, la prueba es tan deficiente y lleva a la duda, que no es posible sostener una acusación contra el Magistrado a que se viene haciendo referencia.

Estudio de la Corte

Tres fueron los cargos formulados al doctor Meluk, a saber:

1º—Intervención en política, que se traducía en el hecho de haber asistido el doctor Meluk a varias reuniones de carácter partidista;

2º—Haber escrito varios editoriales sobre temas de política partidista y regional en el periódico "La Opinión", y principalmente uno en que se fijaba la línea de conducta de un sector político frente al nuevo Gobernador del Chocó, doctor Demetrio Valdez Ortiz, editorial que se decía estaba inspirado en una carta que de Bogotá le dirigió el doctor Diego Luis Córdoba al Magistrado doctor Meluk; y,

3º—Declararse impedido por enemistad política, con varios abogados inscritos ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

Primer cargo

Arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término, es la que el artículo 180 del Código Penal fija para los empleados o funcionarios del Orden Judicial o del Ministerio Público, que formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de este carácter.

Dos son los hechos sancionados: formar parte de directorios políticos, o intervenir en debates de carácter político.

Los partidos políticos, es sabido, tienen su organización interna, con células o agrupaciones regionales, municipales, departamentales y nacionales. Esos organismos o agrupaciones tienen sus directivas, que comandan y organizan en forma permanente o transitoria la actividad política de cada partido. El pertenecer a esas directivas o comandos es hecho que la ley erige en delito para los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, pues esa actividad partidista es algo que choca con la imparcialidad a que están obligados los encargados de la Administración de Justicia y de la vocería de la sociedad. Sabiéndose cómo la pasión partidista tuerce el criterio de quienes actúan en forma directa en la lucha de los partidos, la ley ha querido sustraer de esa lucha y de esa agitación a quienes, como los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, necesitan de mayor imparcialidad y de mayor confianza por parte de la sociedad. El Juez requiere para el correcto ejercicio de su cargo, conocimiento de la ley, rectitud de criterio, serenidad e imparcialidad en los juicios y confianza por parte de los litigantes y de los asociados. Comoquiera que la política excita los sentimientos, mueve a venganzas, confunde los criterios y destrona la serenidad, es lógico y elemental que la ley haya prohibido la intervención beligerante en la lucha de los partidos, lucha que es más perjudicial para el correcto desempeño de las funciones judiciales cuando el funcionario hace parte de comités o directivas políticas.

La ley no ha querido privar al funcionario judicial de sus derechos políticos: simplemente ha querido evitarle las oportunidades de desvirtuar su criterio de serenidad, rectitud e imparcialidad, sin que le sea lícito intervenir directamente y en forma activa en debates políticos, aconsejando en la organización o concurriendo a manifestaciones o conferencias de agitación proselitista.

La ley es clara cuando habla de formar parte de directorios políticos, pero no lo suficiente cuando prohibe intervenir en debates de este carácter. Se ha pensado por algunos que lo únicamente prohibido es la actividad de agitación y propaganda cuando los partidos se enfrentan en los comicios o elecciones, función indudablemente la principal y de más trascendencia en la vida de aquéllos. No obstante, a esa sola limitación no se circunscribe la ley al quitarle toda beligerancia política a los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público. Por consiguiente, concurrir a reuniones políticas de propaganda o de agitación de los partidos, es hecho castigado por la ley; como es igualmente punible firmar adhesiones a programas o candidatos, y escribir editoriales o comentarios que sirvan directamente a la organización o a la lucha de los partidos. Sabiéndose que lo punible es la beligerancia política, la intervención directa en los debates, luchas o contiendas por el predominio de los partidos, es por lo que la jurisprudencia ha dicho que no es delito ni constituye abuso de autoridad el explicar en la cátedra determinadas doctrinas filosóficas o políticas; como no es delito —se agrega ahora— comentar los sucesos de la política, de los partidos o de los gobernantes. Asistir como simple espectador a las sesiones del Parlamento, de las Asambleas o de los Consejos Administrativos, con el deseo de oír los debates públicos de los congresistas o de los concejales, no constituye abuso de autoridad por intervención en política; pero sí es delictuoso por parte de un funcionario judicial o del Ministerio Público, asistir a reuniones de agitación y de propaganda electoral partidista.

En este orden de ideas, no puede decirse que el Magistrado doctor Meluk hubiera cometido abuso de autoridad durante el ejercicio de su car-

go, pues los testimonios de Alejo Garcés, Rogelio Velásquez, Alberto Arango, Edgardo Santacoloma Villa y Ramón Lozano Garcés, quienes dicen que el doctor Meluk intervino en política, no precisan cuáles fueron las actividades políticas o en qué consistieron los hechos constitutivos de esa investigación concreta. Los cargos son vagos e imprecisos y no refieren o deponen los testigos sobre actos conocidos o específicos.

Sobre los testimonios de cargo por intervención política en general, merece reproducirse el comentario de la vista fiscal, que dice:

"Los declarantes que a lo largo del proceso afirman que el doctor Meluk Aluma intervino en política lo hacen en forma tan indeterminada e imprecisa, que el juzgador de derecho no puede con base en esta prueba producir una declaración judicial afirmativa. Las declaraciones de cargo aquí conocidas carecen de los elementos de ser responsivas, exactas y completas en relación a los hechos que tratan de establecer, en forma tal, que de tantas recibidas no se viene en conocimiento del día, la hora y la fecha en que pudo el doctor Meluk Aluma ejecutar un acto concreto prohibido por la ley penal. Y si ello es así, como lo es —cabe el agotamiento de la instrucción sumaria,—, jurídicamente debe declararse que los tales hechos no se realizaron".

Segundo cargo

Se dijo que un editorial publicado en el periódico "La Opinión", que pretendía señalar la línea de conducta a cierta fracción política frente al nuevo Gobernador, había sido escrito por el doctor Meluk e inspirado en carta dirigida desde Bogotá por el doctor Diego Luis Córdoba, jefe de esa corriente a que pertenecía el doctor Meluk. Se sugirió que ese editorial— y los demás que aparecieron con el seudónimo de "G-MEN"—, eran escritos por el acusado, pero éste se desvirtuó al saberse que tal seudónimo lo usaba el doctor Luis Palacios Valencia, quien reconoció la paternidad de dicho escrito.

Quedó, pues, desvirtuado el cargo, como quedó sin prueba lo referente a la carta del doctor Córdoba, pues no logró establecerse que el doctor Meluk la hubiera recibido.

Tercer cargo

En cuanto a los impedimentos manifestados por el doctor Meluk, ellos se debían a la concurrencia de la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 435 del Código Judicial (enemistad manifiesta o grave entre el Magistrado y los apoderados).

La investigación aclaró que estos impedimentos —cuya manifestación era obligatoria para el Magistrado— se debían a "motivos personales" con el doctor Julio Alvarez C. y a "absurda rivalidad profesional" con el doctor Ramón Lozano Garcés, según lo declaran estos dos abogados.

Del testimonio del doctor Alvarez queda en claro que eran motivos personales los que distanciaban al Magistrado y al abogado, sin que existieran razones políticas.

En cuanto al doctor Lozano Garcés, dice que "una absurda rivalidad profesional" dio origen a la enemistad, agregando que puede haber contribuído a fortalecer el hecho de que los dos militen en campos opuestos dentro del partido a que pertenecen. Esta segunda parte es, apenas y como lo observa la Procuraduría, una suposición del doctor Lozano Garcés, sin que ni siquiera él mismo la acepte como real. O sea, que sólo existe la enemistad por absurdas rivalidades profesionales, sin que la política la hubiera determinado.

Debe observarse que es un deber de todo funcionario en quien concurran causales de impedimento, manifestarlas oportunamente, según lo prevén los artículos 437 del Código Judicial y 72 del de Procedimiento Penal. Por consiguiente, nada hay indebido ni punible en el hecho de declararse impedido un Juez o Magistrado para conocer de un negocio, cuando en él concurra alguna causal de impedimento o recusación.

Todo lo anterior quiere decir que la investigación no sólo no da mérito para llamar a juicio al doctor Meluk Aluma, sino que ella da fundamento para ampararlo con un sobreseimiento definitivo, de acuerdo con la disposición citada e invocada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Penal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Gabriel Meluk Aluma, por los cargos que se le formularon en el curso de la presente investigación, relativos al delito de abuso de autoridad.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

LA PRUEBA DE QUE DETERMINADA PERSONA EJERCE LAS FUNCIONES DE JUEZ CONSISTE EN EL ACUERDO DE NOMBRAMIENTO DEL RESPECTIVO TRIBUNAL

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de su Sala Penal, conocen en primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los jueces superiores y a los de circuito (C. P. P., artículo 61, ord. 1º), o sea, que se establece fuero a favor de dichas personas, para no someterlas a los trámites ordinarios en su juzgamiento. Por ser excepcional la competencia atribuída a los tribunales, debe existir la prueba de que determinada persona está cobijada por el fuero. Esa prueba no es otra que el nombramiento acordado por el Tribunal, cuya copia debe existir en el expediente; no es el ejercicio del cargo el que demuestra aquel nombramiento, ni tampoco la diligencia de posesión. La ley ordena que se presuma de derecho el ejercicio del cargo, pero ninguna presunción se ha establecido respecto del nombramiento. Si falta la prueba de éste, se ignora si alguno o algunos de los sindicados se hallan cobijados por el fuero como jueces superiores o del circuito y, por tanto, es evidente la consecuencia de que no hay base para fijar la competencia. Se ignora si el Tribunal, en primera instancia, y la Corte, en segunda, son competentes para decidir cuando no se ha probado la calidad requerida para que opere el fuero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Debe decidirse acerca de la providencia dictada por el Tribunal Superior de X. el 18 de mayo del corriente año, por medio de la cual se declara que no existe delito y, por tanto, se ordena cesar el procedimiento en estas diligencias por falsedad en documento público, en que fue denunciante N. N.

Con base en la denuncia formulada por N. N. para que se investigara y sancionara a los responsables del delito de falsedad en documento público, el Juzgado 2º Superior de X. ordenó abrir investigación, y, posteriormente, la remisión de los autos al Tribunal Superior, ya que el denunciante cobijó con sus cargos al Juez 1º Superior del Distrito Judicial de X.

Se practicaron diversas diligencias, entre otras una de inspección ocular, de la cual se infiere que, quien desempeñaba el cargo de Juez 1º Superior del citado Distrito Judicial de X., era el doctor A. A. No aparece por parte alguna el nombramiento de Juez.

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de su Sala Penal, conocen en primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los jueces superiores y a los de circuito (C. P. P., artículo 61, ordinal 1º), o sea, que se establece fuero a favor de dichas personas, para no someterlas a los trámites ordinarios en su juzgamiento. Por ser excepcional la competencia atribuída a los tribunales, debe existir la prueba de que determinada persona está cobijada por el fuero. Esa prueba no es otra que el nombramiento acordado por el Tribunal, cuya copia debe existir en el expediente; no es el ejercicio del cargo el que demuestra aquel nombramiento, ni tampoco la diligencia de posesión. La ley ordena que se presuma de derecho el ejercicio del cargo, pero ninguna presunción se ha establecido respecto del nombramiento. Si falta la prueba de éste, se ignora si alguno o algunos de los sindicados se hallan cobijados por el fuero como jueces superiores o del circuito y, por tanto, es evidente la consecuencia de que no hay base para fijar competencia. Se ignora si el Tribunal, en primera instancia, y la Corte, en segunda, son competentes para decidir cuándo se ha probado la calidad

requerida para que opere el fuero. Tal es el caso de autos, por lo cual la Corte, acorde con su colaborador, deberá revocar la providencia consultada para que, por el Tribunal de origen, se agreguen las pruebas atinentes y se dicte el fallo del caso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia consultada, para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de X. disponga lo conducente, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese. Devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Ordeña Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — NO PUEDEN IMPONERSE SINO A ABOGADOS TITULADOS, PREVIA DEMOSTRACION DE ESA CALIDAD

Las sanciones disciplinarias en las cuales pueden incurrir los abogados titulados, pueden provenir de faltas leves o graves, cometidas en la gestión de negocios en los cuales llevan una representación legal ante funcionarios públicos, o bien del cumplimiento de un acto profesional que no requiere mandato ni representación judicial; en los primeros, es necesaria la demostración de la calidad de abogado inscrito; en los segundos, basta la comprobación del título profesional sin que sea indispensable la inscripción. Esta —la inscripción— emana del Acuerdo dictado por el Tribunal en el cual se recibe como abogado a la persona que hace la solicitud que debe estar acompañada de la correspondiente acta de grado. En cambio, la matrícula de abogado —para cumplir una gestión— se hace ante la entidad donde se pretende ejercer el mandato con la presentación del Acuerdo o certificado expedido por el Tribunal, porque la simple comprobación de ser Abogado titulado sin la correspondiente inscripción, no da derecho para litigar.

Las faltas leves o graves tienen tipificación jurídica y son objeto de sanciones disciplinarias —Ley 69 de 1945— cuando se cometen por abogados titulados y en ejercicio de la profesión. En otros términos, para que una persona sea sujeto de sanción por medio de esta Ley, se requiere que el acto se realice en ejercicio de la profesión o por motivo de funciones inherentes a ella y por quien ostente un título de esta naturaleza. La omisión de uno de estos requisitos desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia del sujeto, pues sería lógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poseer un título académico, no pueden infringir los preceptos de la ley que se comenta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, consulta la providencia de veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual se absuelve al doctor **Pedro Ricardo Sánchez Molina** de los cargos formulados por José María Hernández "por faltas cometidas en ejercicio de la profesión de abogado".

La Corte, en ejercicio de la facultad conferida por el Decreto número 2593 de 25 de octubre del presente año, procede a su estudio.

Hechos

"El 29 de julio del año de 1944 —dice José María Hernández B.— contraté los servicios profesionales del doctor Pedro Ricardo Sánchez, a fin de obtener una titulación como colono sobre unas mejoras hechas en el kilómetro 21 de la Carretera Nacional del Carare, servicios que se contrataron por la cantidad de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) pagaderos así: la mitad la iniciatse el trabajo y el resto cuando lo terminara. Condición que cumplí y fuera de esto me hizo hacer cuantiosos gastos.

"Estamos en el mes de agosto de 1955 —dice el querellante— y hasta el presente dicho doctor **Pedro Ricardo Sánchez**, no ha hecho absolutamente nada a mi favor, con grave perjuicio para mí por haber perdido lo que le adelanté y otros gastos, que me exigió, por no haber procedido con decoro, a dicho doctor le es (sic) aplicable las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, sobre ejercicio de la Abogacía, y que deben cancelársele las matrículas o licencias concedidas, por no cumplir sus deberes de Abogado en ejercicio, porque debió haberse dado cuenta de los resultados de mi negocio a que se comprometió, sino que se quedó

en silencio, causándome con ello muy graves perjuicios".

Cumplidos los trámites reglamentarios, el Tribunal profirió la providencia que hoy se revisa.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Delegado en lo Civil, expresa que:

"Al estudiar el expediente he podido observar que no aparece demostrada la calidad de abogado del acusado Pedro Ricardo Sánchez.

"De manera pues que si al negocio de la referencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil no trajo a los autos —como oficiosamente ha debido hacerlo— la prueba pertinente sobre la calidad de abogado del acusado Pedro Ricardo Sánchez, resulta absolutamente improcedente entrar a estudiar el fondo del negocio. En tales circunstancias lo legal y jurídico es —como lo ha venido sosteniendo esa H. Corte— revocar el fallo apelado a fin de que el Tribunal proceda de acuerdo con lo que se ha dejado expuesto.

"Con apoyo en las breves consideraciones expuestas, creo que esa H. Corte debe revocar el fallo consultado y en su lugar disponer que se devuelva el negocio al Tribunal para los fines consiguientes".

Se considera:

El principio constitucional (artículo 40 de la Carta) tuvo desarrollo en la Ley 69 de 1945. En ella se reglamenta (artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 15) las excepciones que se formulan a la regla general; se determinan (artículos 4º y 5º) las sanciones disciplinarias en que incurren los funcionarios de la Rama Jurisdiccional o administrativa que admiten solicitudes no autorizadas por abogado titulado o que permiten los expedientes y actuaciones para ser examinados por personas que no tienen facultad para hacerlo; se establecen sanciones disciplinarias (artículos 8º, 9º y 16) para los abogados que en ejercicio de la profesión cometen faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales y se determina (artículos 10, 11 y 12) el procedimiento a seguir para imponer la sanción; y, finalmente, en el artículo 17 y parágrafos se concede derecho a cualquier ciudadano para pedir la revisión de la actuación sobre matrículas de abogados.

El privilegio que otorga la Constitución para litigar y los deberes impuestos por la ley para cumplir esa misión, se vinculan directamente a la protección del derecho y a la calidad de la persona que lo ejerce —abogado titulado— preeminencia que se otorga a personas que han cumplido estudios reglamentarios de conformidad con las leyes del Estado: por esto es por lo que, el Legislador, por una parte, tutela el derecho para litigar, y por otra, establece obligaciones correlativas a ese derecho imponiendo sanciones a los abogados que violan la delicadeza y el decoro profesionales.

Las sanciones disciplinarias en las cuales pueden incurrir los abogados titulados, pueden provenir de faltas leves o graves, cometidas en la gestión de negocios en los cuales llevan una representación legal ante funcionarios públicos, o bien del cumplimiento de un acto profesional que no requiere mandato ni representación judicial; en los primeros, es necesaria la demostración de la calidad de abogado inscrito; en los segundos, basta la comprobación del título profesional sin que sea indispensable la inscripción. Esta —la inscripción— emana del Acuerdo dictado por el Tribunal en el cual se recibe como abogado a la persona que hace la solicitud que debe estar acompañada de la correspondiente acta de grado. En cambio, la matrícula de abogado —para cumplir una gestión— se hace ante la entidad donde se pretende ejercer el mandato con la presentación del Acuerdo o certificado expedido por el Tribunal, porque la simple comprobación de ser abogado titulado sin la correspondiente inscripción, no da derecho para litigar.

Las faltas leves o graves tienen tipificación jurídica y son objeto de sanciones disciplinarias —Ley 69 de 1945— cuando se cometen por abogados titulados y en ejercicio de la profesión. En otros términos, para que una persona sea sujeto de sanción por medio de esta ley, se requiere que el acto se realice en ejercicio de la profesión o por motivo de funciones inherentes a ella y por quien ostente un título de esta naturaleza. La omisión de uno de estos requisitos desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia del sujeto, pues sería ilógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poseer un título académico, no pueden infringir los preceptos de la ley que se comenta.

Si la medida se impone por esta clase de faltas —leves o graves— y si éstas o aquéllas no pueden cometerse sino por personas que poseen título profesional, es natural y obvio que las sanciones sólo tienen vivencia jurídica cuando en el

proceso se acredite plenamente esa calidad, bien sea de oficio o a petición de parte. Mientras esto no se haga, la sentencia que absuelve o condena no tiene fundamento legal por ausencia de uno de los presupuestos esenciales que sirven de base a la acción, es decir, al derecho del Estado para sancionar a los abogados titulados por actos de indelicadeza o decoro cometidos en ejercicio de la profesión.

La Sala omite hacer consideraciones de fondo sobre la providencia consultada, precisamente, por no estar acreditada la calidad de abogado titulado e inscrito que posea el doctor Pedro Ricardo Sánchez Molina, la cual debe probarse —en este caso— con el respectivo Acuerdo del Tribunal y la correspondiente inscripción ante la Entidad donde ejercía el mandato.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Civil, de acuerdo con él, REVOCA el auto de que se ha hecho mérito, para que se cumpla con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

En grado de consulta procede la Corte a examinar el auto de sobreseimiento definitivo dictado el 21 de septiembre de 1956 por el Tribunal Superior de Santa Marta en favor del doctor José Ramón Travecedo por actuaciones de éste cuando ejercía el cargo de Juez Civil del Circuito de Santa Marta, providencia cuya confirmación solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Sirvió de base a las presentes diligencias un escrito dirigido el 31 de marzo de 1944 por el doctor José I. Romero García al señor Procurador General de la Nación en el cual manifiesta que denuncia criminalmente al Juez Travecedo "por las infracciones que citan y sancionan los artículos 168 y 171, en la categoría de tentativas, del Código Penal, en armonía con los artículos 16 y 17 del mismo Código y por los delitos de que tratan los artículos 333 y 337 de la misma obra".

Dice el denunciante que como a eso de las cuatro de la tarde del 28 de marzo de 1944, el Juez doctor Travecedo lo llamó a su despacho en donde sin motivo alguno lo injurió con el epíteto de bandido varias veces, lo empujó y le ordenó al Agente de Policía al servicio de la oficina que lo condujera a la Cárcel, y agrega:

"No quise reaccionar con dignidad y preferí cruzarme de brazos: enmudecí deliberadamente y ante el ademán del Policía de servicio que acataba la orden insólita y descabellada del juez infractor, salí al corredor por la misma puerta por donde había entrado minutos antes. El Agente de Policía como que tuvo reato de conciencia y resolvió no cumplir la arbitraria orden de prisión, sino que me aconsejó amablemente que me entrara a la oficina siguiente, donde funciona la Inspección Central de Policía; allí permanecí breves minutos y salí para mi casa". (F. 2 v.).

Como testigos de los hechos citó a los señores Pedro Mojica H., Jaime Velasco, José Hilario Juvinao, Ricardo Barranco Jiménez, Nelson Riascos, Jorge Valencia e Ismael Correa Díaz Granados, pero ninguno de éstos confirmó las aseveraciones del denunciante pues, llamados a declarar, algunos manifestaron que nada les constaba y otros sólo refieren haber oído una discusión entre el Juez y el doctor Romero García "en relación con un expediente que ambos examinaban" y afirman no haberle oído al doctor Travecedo palabra ofensiva de ninguna naturaleza.

Sometido a indagatoria el doctor Travecedo negó haber proferido ninguna palabra injuriosa contra el abogado Romero García y menos que hubiera intentado agredirlo. Aceptó sí haber ordenado al Agente de Policía que estaba de servicio que lo sacara de su despacho debido a que le estaba faltando al respeto.

El dicho del Juez, en cambio, fue corroborado por el Agente Guillermo Pachedo Donado, quien expresó:

"Ese día y hora, como a las cuatro de la tarde, poco más o menos me encontraba en dicho Juzgado prestando mis servicios como agente de policía, cuando el doctor José I. Romero García entró al Despacho no sé con qué objeto. Lo cierto es, que instantes después, oí al doctor José Ramón Travecedo que me llamaba para que le sacara del Despacho al doctor José I. Romero García porque lo estaba faltando al respeto, lo que así hice, cumpliendo con mis obligaciones. Es todo lo que me consta sobre el hecho que se me pregunta". (F. 13).

Lo anterior es todo lo que refiere la investigación en la que, como se observa, no se demostró la existencia de ningún cargo que comprometiera la responsabilidad del citado Juez cuyo carácter oficial fue debidamente acreditado en el informativo. Se imponía, por lo tanto, la aplicación del artículo 437, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Eliberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR NO HABERSE REALIZADO EL HECHO INVESTIGADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Crimjnal.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

En grado de consulta procede la Corte a examinar el auto de sobreseimiento definitivo proferido el 24 de febrero del presente año por el Tribunal Superior de Ibagué en favor del señor Jesús María Alvarez Abad, "en relación con los cargos que le formuló Juan Evangelista Totena Reyes el 8 de junio de 1949", providencia con la cual se muestra conforme el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

En declaración rendida ante el Alcalde Municipal de Ortega en la fecha últimamente citada el señor Juan Evangelista Totena Reyes hizo al Juez Penal del Circuito del Guamo señor Jesús María Alvarez Abad el cargo de haberse negado a investigar siete denuncias formuladas por él contra Nicolás García por daños que éste le había causado en sus sementeras.

La investigación demostró que en realidad de verdad Juan Evangelista Totena había formulado las denuncias de que habla, las cuales dieron origen a siete procesos que se radicaron en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo con los números 442 del 15 de diciembre de 1942; 172 del 9 de mayo de 1947; 173 del 9 de marzo de 1947; 121 del 22 de abril de 1948; 107 del 5 de abril de 1948; 363 del 14 de marzo de 1950 y 678 del 16 de enero de 1951, todos los cuales recibieron actuación del Juzgado.

Asimismo se estableció que el señor Alvarez Abad ejerció con carácter de interino el cargo de Juez Penal del mencionado circuito desde el 1º de noviembre de 1946 hasta el 4 de julio de 1947, lapso en el cual sólo le correspondió intervenir en tres de los negocios referidos (los radicados bajo los números 442 de 15 de diciembre de 1942, 172 de 9 de mayo de 1947 y 173 de 9 de marzo de 1947), a los cuales les dio el correspondiente curso progresivo, así:

El 6 de noviembre de 1946 —cinco días después de su posesión— envió el primero en comisión al Juez Municipal de Ortega: lo mismo hizo con el segundo el 19 de mayo de 1947 y el 21 siguiente envió el tercero en comisión al Inspector de Policía de Ortega.

Forzoso es concluir entonces que no se realizó el hecho que dio lugar a la investigación siendo procedente la aplicación del artículo 437, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal en favor del procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

NATURALEZA DEL RECURSO DE HOMOLOGACION DE LOS FALLOS ARBITRALES. — EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS ECONOMICOS, LOS ARBITROS EJERCEN UNA FUNCION DE EQUIDAD, NO DE DERECHO. — LAS PARTES TIENEN LIBERTAD PARA SEÑALAR UN SALARIO MAYOR AL MINIMO LEGAL.— CONTENIDO Y VIGENCIA DEL LAUDO ARBITRAL

1. — Tiene decidido la jurisprudencia en materia laboral, de acuerdo con la doctrina de los tratadistas sobre la institución del arbitraje y con apoyo en las normas que regulan este fenómeno jurídico en la legislación colombiana, que las decisiones arbitrales cuando definan conflictos puramente económicos o de intereses, como es el caso de la fijación de salarios, escapan a la acción revisoria en el recurso de homologación, a menos que el Tribunal de Arbitramento haya incurrido en extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del acto que ordenó la constitución del Tribunal Especial, en su caso, o que la decisión vulnere derechos reconocidos por la Constitución o las leyes o quebrante preceptos de orden público. Y esto, porque en tratándose de conflictos puramente "de intereses" en donde no se discuten derechos emanados directamente de la ley o del contrato, sino que buscan el reajuste de la situación económica de los trabajadores para atemperarla a las cambiantes exigencias sociales, creando para ello nuevos condicionamientos en la relación de trabajo o modificando los existentes, los árbitros no ejercen una jurisdicción de derecho sino de equidad, que sobre el previo examen de la realidad social y económica que afrontan las partes, deja la solución del conflicto al criterio de aquéllos con facultades amplísimas de decisión. Sobre esta materia pueden consultarse las sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo de fechas mayo 12 y octubre 20 de 1949 (G. T., IV, 458 y 856), diciembre 6 de 1950 (V, 1078), agosto de 1948 (III, 463) y la que decidió el recurso en el conflicto entre la "All American Cables and Radio Inc." y el Sindicato de Empleados de la misma empresa, de fecha mayo 21 de 1954.

2.—El Decreto 1156 de 1955, que es una normación referente al sistema para fijar el salario mínimo legal, en ningún caso limita la posibilidad de que las partes se muevan libremente para fijarlo en la cuantía mayor que consideren conveniente, ya por medio del acuerdo directo en el contrato de trabajo, pacto o convención colectiva, o ya por medio del sistema del arbitraje, cuyos efectos son los mismos de la convención colectiva, de acuerdo con el artículo 461 del C. S. del T.

3.—Cuandoquiera que ciertas materias figuren en un determinado laudo arbitral, no como expresión de la voluntad decisoria de los árbitros, sino como expresión de la voluntad de los conciliadores recogida por los árbitros de acuerdo con las actas suscritas en la etapa conciliatoria, se configura una irregularidad, la cual sin embargo no alcanza a afectar de nulidad el laudo, comoquiera que no se configura el exceso de poder en los términos en que debe entenderse lo contempla el artículo 143 del C. P. T., es decir, como voluntad jurisdiccional que entre a discutir y disponer sobre puntos ya conciliados.

4.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo tenía decidido que por la especial naturaleza y objetivos del laudo arbitral, el recurso de homologación que contra él se intentara no impedía que, declarada su exequibilidad, empezara a regir

desde el momento en que el laudo hubiera sido notificado a las partes, a falta de otra fecha futura en él mismo señalada. (Junio 25 de 1949, G. J., LV, 673).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

Contra el laudo de 15 de junio del año en curso, proferido por el Tribunal de Arbitramento que se constituyó por Resolución número 0544 de 17 de abril del mismo año, del Ministerio del Trabajo, para decidir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato Ferroviario de Cúcuta y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., el doctor Jesús Guzmán Prada, en su carácter de apoderado especial del señor José E. Abraján, presidente de la citada Compañía, interpuso, en oportunidad legal, el recurso de homologación para ante esta Superioridad, en donde representan a las partes los doctores Luis Alejandro Bustos y Régulo R. Ibáñez Barraza como apoderados de la empresa y del Sindicato, respectivamente.

Antecedentes

El Sindicato Ferroviario de Cúcuta presentó a la consideración del señor Presidente de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta S. A., el 3 de marzo del presente año, el pliego de peticiones que obra a folios 1 a 5 del cuaderno principal, consistente en 44 puntos, distribuídos en VI Capítulos, intitulados así: Definiciones; De las relaciones entre el Sindicato y la Empresa; Del Servicio Médico, Quirúrgico y Hospitalario; De la Higiene y Salubridad; De la seguridad en el trabajo; y del Escalafón y Salarios.

Durante el arreglo directo no se llegó a ningún acuerdo. En la etapa conciliatoria se resolvieron la mayor parte de los puntos de dicho pliego, pero como quedaran algunos sobre los cuales no fue posible llegar a un entendimiento entre las partes, el Ministerio de Trabajo, con sujeción a lo ordenado por el artículo 452 del C. S. del T. y por el Decreto Legislativo 0525 de 1956 que modificó el artículo 453 del mismo Código, ordenó, por Resolución número 0544 ya citada, la constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento para que decidiera "exclusivamente sobre los puntos a que se refiere el pliego de peticiones que no hayan sido resueltos en las etapas de arreglo directo y de conciliación", sin "afectar derechos o facultades reconocidas por la Constitución por las leyes o por las normas convencionales vigentes".

Dicho Tribunal que quedó integrado por los doctores José Luis Acero Jordán, Josué Guillermo Canal Ramírez y por el señor Guillermo Camargo Navas, como árbitros designados, en su orden, por el Gobierno Nacional, la empresa del ferrocarril y el Sindicato Ferroviario, después de haber agotado las discusiones de rigor, profirió su laudo el 15 de junio de 1956, en cuya parte resolutiva, además de los puntos que fueron propiamente materia del arbitraje, el Tribunal incluyó también los que habían sido resueltos por las partes en la etapa conciliatoria.

El recurso

El doctor Luis Alejandro Bustos, como apoderado del Presidente de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, sustenta el recurso de homologación concretando sus ataques en cinco puntos, el primero de los cuales se refiere a un defecto formal en la redacción del fallo, y los cuatro restantes, en el orden propuesto, a los artículos 26, parágrafo único (aumento de salario), 4º (Comisión permanente de conciliación), 25 (salario básico mínimo), 34 (pago, con carácter retroactivo, de lo estipulado en la cláusula décima-cuarta del pacto firmado el 3 de marzo de 1953), 40 (vigencia de las cláusulas, usos y costumbres que favorezcan al trabajador) y 41 (fecha de la vigencia del laudo arbitral).

La Sala examinará y decidirá el presente recurso limitándose al estudio de las cuestiones propuestas por el acusador, a fin de determinar si al resolverlas, el Tribunal de Arbitramento lo hizo con exceso de poder o violando derechos reconocidos por la Constitución o Leyes de la República o normas convencionales vigentes; o si el laudo, en cualesquiera de sus puntos, afecta preceptos de orden público (artículos 143 del C. de P. del T. y 458 del C. S. del T.).

Primero:

Dice el acusador: "Que el laudo recurrido no tiene el carácter de tal por cuanto fue pronunciado con violación del artículo 471 del Código Judicial. En efecto los arbitradores especiales por mandato de la ley tienen calidad de jueces y sus providencias en la forma y en el fondo deben

ajustarse a las exigencias que requiere toda sentencia. Pues bien, HH. Magistrados, por lo que a la forma se refiere, que lo del fondo lo trataré más luego, basta leer la providencia que impugno para llegar a la conclusión de que no se ajusta a ninguna técnica jurídico procesal y sobre todo, de que los arbitradores no procedieron como jueces ya que no ordenaron nada en nombre de la República y por autoridad de la ley, según la fórmula sacramental exigida por el artículo 471 mencionado".

Se considera:

La omisión de la fórmula que anota el recurrente fue subsanada en su oportunidad por el Tribunal de Arbitramento, en razón de lo ordenado por el Tribunal Supremo del Trabajo. En efecto, cuando llegó el expediente a esa Superioridad, el Supremo en auto de 19 de julio del presente año, que obra a fls. 16 del cuaderno de homologación, advirtió que el Tribunal de Arbitramento había dictado el laudo sin cumplir la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley", y, en consecuencia, dispuso: "Por tanto se ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que subsane dicha irregularidad. Cumplido remítase al Tribunal Supremo del Trabajo". A su turno, el Tribunal de Arbitramento, por auto de 1º de agosto pasado (fls. 19 del mismo cuaderno) dispuso: "En cumplimiento del auto de diecinueve de julio último del H. Tribunal Supremo del Trabajo, insértese en el encabezamiento de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido por este Tribunal Especial de Arbitramento con fecha quince de junio pasado, la fórmula legal establecida en el artículo 471 del Código Judicial. Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación al H. Tribunal Supremo". Y a fls. 115 del cuaderno principal aparece la citada fórmula precediendo la parte resolutiva del laudo, con lo cual el Tribunal de Arbitramento ajustó su providencia al rito reclamado por el acusador.

Segundo y cuarto

Aumento de salarios y Salario básico mínimo

El ataque del cargo 2º va dirigido contra el parágrafo único del Ordenamiento número 26 del Laudo, que dice: "La Empresa aumentará en un 25% el salario de sus trabajadores que devengare (sic) un salario de cinco pesos ($ 5.00) o más de cinco pesos diarios. Este aumento no regirá para el personal que devengare asignaciones superiores a quinientos pesos ($ 500.00) mensuales". Y el ataque del cargo 4º va dirigido contra el Ordenamiento número 25 del Laudo, que dice: "Fíjase como salario básico mínimo el de cinco pesos ($ 5.00) diarios, para los trabajadores de la empresa".

Respecto al aumento de salarios sostiene el recurrente que el laudo, al decretar el alza, viola los artículos 471 y 503 del C. J., 17, 30 y 161 de la Constitución (Codificación antigua) y la Ley 26 de 1867 del Estatuto Soberano de Santander. Dice que constituye exceptia del derecho el que las providencias de los jueces tengan como fundamento los principios inmanentes de la equidad, por lo cual el artículo 471 del C. J. establece que las sentencias deben ser claras y en armonía con las pretensiones deducidas por las partes, y el artículo 503 (sic) del mismo Código ordena que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la respuesta, y que la propia constitución manda que toda sentencia debe ser motivada.

Que en los autos consta: que solamente queda un margen de $ 3.154.60 a favor de las entradas de la empresa sin tener en cuenta el derecho de los accionistas a algún dividendo, que al partir del mes de agosto los ingresos del Ferrocarril disminuirán en $ 14.000.00 mensuales, y que el promedio mensual de gastos es de $ 70.000.00; que todos esos datos los aceptó el Tribunal, ya que no fueron desvirtuados, y que ni siquiera se practicó la inspección no solamente pedida por la empresa, sino decretada; que lo anterior indica que a partir de agosto las entradas de la Compañía se disminuirán en $ 10.846.00 mensuales, y que como el fallo arbitral impone, por otro lado, un aumento mensual de gastos aproximado de $ 10.000.00, se tiene que de ahora en adelante la Compañía operará con una pérdida mensual de $ 20.846.00; que todo lo explicado constituye las pretensiones legalmente aducidas y que en armonía con ellas ha debido producirse el fallo, pero que como no fue así y el Tribunal antes que por la realidad se dejó guiar por el sentimiento, es indiscutible que violó las precitadas normas de los artículos 471 y 1502 (sic) del C. J. y 161 de la Constitución.

Que además el Tribunal infringió las normas constitucionales que garantizan la propiedad privada y que consagran para el trabajo la especial protección del Estado, al proferir una decisión que al condenar al Ferrocarril a sufrir una pérdida de

$ 20.000.00 mensuales, ha venido a colocar a la empresa prácticamente en estado de quiebra y a impedirle su derecho a seguir trabajando por la economía nacional.

Que por otro lado el laudo viola la Ley 26 de 1876 originaria del Estado de Santander que le otorgó a la Compañía del Ferrocarril un privilegio de explotación de la línea férrea que vence dentro de doce años, porque al obligar a la empresa a liquidarse por quiebra, está virtualmente cancelando dicho privilegio.

Por último, advierte el recurrente que quiere hacer resaltar que la Compañía no ha discutido en ningún momento sobre la conveniencia o inconveniencia de elevar salarios, sino que únicamente lo que ha puesto de presente y demostrado es la imposibilidad de verificar tal aumento.

En cuanto al salario básico mínimo, afirma el acusador "Que el laudo recurrido es violatorio del artículo 9º del Decreto-Ley 1156 de 1955. Conforme a esta norma mientras el Gobierno no fije el salario mínimo de orden general, regirán los existentes o por estipulación de las partes, o por convención colectiva o por fallo arbitral para la fecha de su expedición, o sea para el 26 de abril de 1956. Es claro que si el Gobierno va a tomar una medida de tanta trascendencia lo va a efectuar mediante estudios e investigaciones muy completas y de ahí que haya verificado una especie de congelación de salarios mínimos con fecha 26 de abril y que no quiera que ellos sean objeto de convenciones o fallos. Pero si estuviere equivocado en esta apreciación, no lo estaría al deciros que el laudo al señalar salario mínimo violó el artículo 146, inciso primero del Código Sustantivo del Trabajo al no tener en cuenta la capacidad económica del patrono según la demostración que hice en la parte segunda de este libelo".

El opositor estima, refiriéndose al segundo cargo, que el laudo contiene una parte motiva clara y ordenada, en donde el Tribunal presenta los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión, habiéndole merecido especial y cuidadoso estudio el punto relativo a los salarios: que no aparecen demostradas en forma alguna las violaciones de la Constitución que acusa el recurrente; que las cuestiones de hecho que se alegan fueron ampliamente debatidas en su oportunidad por el Tribunal de Arbitramento, y que tales cuestiones no están erigidas como causales de anulación de esta clase de providencias. Y en cuanto al cuarto cargo, considera que el acusador interpreta equivocadamente el Decreto 1156 de 1956, pues lo que esta norma establece es que el salario mínimo que se pactara por convención o arbitraje tendría la misma fuerza y la misma vigencia que el salario mínimo legal, pero que en ningún caso se propuso establecer un salario máximo.

Se consideran los cargos:

Tiene decidido la jurisprudencia en materia laboral, de acuerdo con la doctrina de los tratadistas sobre la institución del arbitraje y con apoyo en las normas que regulan este fenómeno jurídico en la legislación colombiana, que las decisiones arbitrales cuando definen conflictos puramente económicos o de intereses, como es el caso de la fijación de salarios, escapan a la acción revisoria en el recurso de homologación, a menos que el Tribunal de Arbitramento haya incurrido en extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del acto que ordenó la constitución del Tribunal Especial, en su caso, o que la decisión vulnere derechos reconocidos por la Constitución o las leyes o quebrante preceptos de orden público. Y esto, porque en tratándose de conflictos puramente "de intereses" en donde no se discuten derechos emanados directamente de la ley o del contrato, sino que buscan el reajuste de la situación económica de los trabajadores para atemperarla a las cambiantes exigencias sociales, creando para ello nuevos condicionamientos en la relación de trabajo o modificando los existentes, los árbitros no ejercen una jurisdicción de derecho sino de equidad, que sobre el previo examen de la realidad social y económica que afrontan las partes, deja la solución del conflicto al criterio de aquellos con facultades amplísimas de decisión. Sobre esta materia pueden consultarse las sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo de fechas 12 de mayo y 20 de octubre de 1949 (G. del T. Tomo IV, págs. 458 y 866); la de 6 de diciembre de 1950 (G. del T. Tomo V, pág. 1070); y las que decidieron los recursos de homologación en los conflictos entre el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca y la Clínica Marly (Tomo III de la G. del T., pág. 463) y entre la "All American Cables and Radio Inc." y el Sindicato de Empleados de la misma Empresa, esta última de fecha 21 de mayo de 1954.

En el punto 27 del pliego de peticiones se solicita un salario mínimo de $ 6.00 y en el punto 28 del mismo se fija una tabla de salario para el personal de trabajadores, la que, según los cálculos elaborados por la empresa en los cuadros de

nómina de fls. 82 a 87, representaría una alza mensual de salarios de $ 10.937.90, suma de la cual $ 17.996.90 aparece constituida por los aumentos que sobrepasan el salario mínimo de $ 6.00. Sobre estos dos puntos las partes no llegaron a ningún acuerdo en la etapa conciliatoria, pues la empresa los rechazó con base en que no estaba por el momento en condiciones para mejorar sueldos y salarios y en que esperaba que el Gobierno dictara nuevas disposiciones sobre salario mínimo legal, como consta en el acta número 4 de 23 de marzo de 1953 (fls. 14).

En el seno del Tribunal de Arbitramento se controvirtió detenidamente sobre la situación económica de la empresa frente a las peticiones de aumento de salarios, y en la sesión del 1º de junio de 1956 registrada en el acta número 11 (fls. 104) se llegó a un acuerdo por mayoría de votos para fijar el salario mínimo en la suma de $ 5.00, que fue el término medio propuesto por el árbitro del Gobierno, doctor Acero Jordán, entre los $ 6.00 que solicitaba el árbitro de los trabajadores señor Camargo Navas y los $ 4.25 que ofreció aceptar el árbitro de la empresa, doctor Canal Ramírez, quien se apartó de la decisión mayoritaria.

En la sesión del 5 del mismo mes de junio, al discutirse el alza de salarios, el árbitro de los trabajadores inicialmente solicitó un alza del 40% y el árbitro de la empresa ofreció también inicialmente aceptar una del 10 %. Después de varias propuestas y contrapropuestas, los árbitros, por unanimidad, resolvieron decretar "un alza del 25% de sueldos y salarios para los trabajadores que devengaren un salario de cinco pesos diarios o más de cinco pesos diarios, pero sin que el alza alcance a quienes devenguen más de $ 500.00 mensuales".

Hechos los cálculos por la Sala, con base en los cuadros de nóminas que obran en los autos, los aumentos de salario decretados en el laudo valen aproximadamente la suma de $ 7.382.82 mensuales, así: $ 2.040.62 por concepto del 25% y $ 5.342.20 en razón del salario mínimo, por lo cual la Corte, al verificar la regularidad de estos dos puntos del laudo, de acuerdo con el artículo 143 del C. de P. del T., encuentra que el Tribunal de Arbitramento no extralimitó sus funciones al decidirlos, pues actuando dentro del objetivo que se le fijó en la Resolución Ministerial que dispuso su convocatoria, se sujetó a conceder la reivindicación económica señalada en el pliego de peticiones, en cifra muy inferior a la propuesta en dicho documento.

Contra lo afirmado por el recurrente, de las actas que registran las discusiones del Tribunal Especial sí aparece que los árbitros, para resolver los diversos puntos a su consideración, estudiaron detenidamente la situación financiera presente de la empresa y sus posibilidades futuras, a través de los documentos que ésta les suministró en oportunidad y de las informaciones directas que les dio un vocero autorizado de la misma, llegando, precisamente por razones de este orden, a negar varias de las aspiraciones de los trabajadores, como las contenidas en los puntos 12, 13 y 31 del pliego de peticiones, a reducir otras, como la del punto 9º del dicho pliego, y a fijar, en materia de salarios, un alza muy por debajo de la solicitada en el pliego, aumento que consideró no lesionaba esencialmente la economía de la empresa y que era de absoluta justicia y de impostergable urgencia decretar frente al alto costo de la vida en Cúcuta. Sobre este particular dice el laudo en su parte motiva:

"Documentos y pruebas.—Fueron allegados al Tribunal los siguientes documentos: a) El pliego de peticiones aprobado por la Asamblea General del Sindicato en sesión del 26 de febrero del corriente año; b) Los documentos relativos al arreglo directo; c) Las actas, en trece folios, de las sesiones de la comisión de conciliación, celebradas entre el 16 y el 26 de marzo último; d) El reglamento interno de trabajo del Ferrocarril; e) El informe a los accionistas rendido por el Presidente de la Compañía con fecha 20 de febrero último; f) El texto impreso del pacto celebrado entre el Ferrocarril y el Sindicato con fecha 19 de junio de 1940; g) Copia auténtica de la Convención colectiva suscrita entre la Empresa y el Sindicato con fecha 3 de marzo de 1953; h) Las planillas del personal de la Empresa con la relación de los salarios, empleos, número de trabajadores, y valor del aumento del salario pedido en la convención; i) Estadística del movimiento de carga y pasajeros del Ferrocarril, y cuadros comparativos de dicho movimiento durante varios años; y, j) Cuadro elaborado por el Sindicato sobre el número de hijos de los trabajadores.

"El Tribunal requirió también la presencia de los representantes autorizados de las partes, que lo eran el doctor Jesús Guzmán Prada y Daniel Mojica, por la Empresa y por los trabajadores respectivamente, a fin de obtener por medio de sus opiniones una mejor ilustración para el Tribunal. En audiencia que consta en actas, comparecieron los mencionados señores y expresaron el criterio de cada una de las partes, el cual puede resumirse así: en cuanto hace relación a la

Compañía, se dijo que su situación económica era precaria debido a la construcción de carreteras, principalmente. En cuanto hace relación al Sindicato, se expresó la opinión de que los salarios eran extremadamente bajos y muy alto el costo de la vida en esta ciudad.

"**Estudio de la situación de la Empresa.** — Teniendo en cuenta los documentos allegados, cuya relación se hizo, el Tribunal pasó a considerar la situación del Ferrocarril, su actual estado económico y sus posibilidades futuras. Se aceptó como un hecho evidente que las carreteras que actualmente construyen la Nación y el Municipio de Cúcuta, destinadas a conectar la ciudad con la región del Catatumbo y con Puerto Villamizar, restarán carga al Ferrocarril en no escasa medida. Igual cosa puede afirmar con relación al trasporte aéreo hoy altamente incrementado con la región del Catatumbo.

"Túvose en cuenta, por otra parte, las posibilidades que tiene el Ferrocarril de mejorar sus servicios y de incrementar ciertos renglones del transporte como el de combustible, ya que en Tibú se levanta la refinería de la Colombian Petroleum Company.

"En este orden de conceptos el Tribunal llegó al convencimiento de que la actual situación económica del Ferrocarril, lo mismo que su porvenir, penden de ciertas circunstancias difíciles de allanar, como serían las ya mencionadas de la construcción de las carreteras. Pero existen otras circunstancias cuya remoción quedan subordinadas al buen juicio e interés de la empresa. Esta conclusión básica operó decisivamente en la consideración de las cargas que significaban para el Ferrocarril algunas obligaciones convencionales, cuyo rechazo en la etapa de arreglos hicieron forzosa la constitución de este Tribunal. Fue así como obrando con prudente criterio el Fallador Arbitral disminuyó en buena parte las prestaciones solicitadas por el Sindicato, limitándose a otorgar sólo aquellas que elementales normas de justicia social hacían impostergables.

"**La situación de los trabajadores.** — Siguiendo las pautas que la propia Ley Sustantiva del Trabajo ha señalado, lo mismo que las opiniones de tratadistas autorizados, este Tribunal consideró con igual interés la situación económica de los trabajadores y las (sic) remuneración que venían devengando. Tuvo en cuenta el Fallador Especial la circunstancia económica de ser Cúcuta ciudad fronteriza con Venezuela, país cuya moneda y medios económicos hacen refluir los índices del costo de la vida en esta ciudad a niveles mucho más altos que los de cualquiera otra ciudad colombiana. De esta manera se llegó a la opinión de que un aumento módico en forma general a los salarios —lo mismo que fijación de un salario mínimo— eran de inaplazable urgencia". Y concretamente sobre el alza de salarios, expresa: "La mayor atención y el mejor estudio del Tribunal se asentó en la cuestión del salario mínimo. No podría escapársele al Fallador Arbitral el hecho de que uno de los puntos de la justicia social tiene que ser la determinación de un nivel mínimo para las remuneraciones obreras, en forma que ese nivel mínimo impida que las condiciones de vida del obrero desciendan a niveles que menoscaben su condición humana.

"Para la determinación del salario mínimo, así como para el aumento general de salarios, este Tribunal tuvo en cuenta —como se dejó establecido en otra parte de este fallo—, las normas estatuídas por el legislador social colombiano al tenor de los artículos 145, 146 y 147 del C. S. del T., esto es, que consideró el Fallador Especial con igual interés las necesidades de los trabajadores, las condiciones de vida en la región y la naturaleza del servicio, por un lado; y la capacidad económica de la Empresa, por otro lado. En esta forma el Tribunal se ajustó a un estricto criterio de justicia, sopesando las consideraciones de cada una de las partes, y decidiendo en forma que ninguna de ellas se afectara esencialmente.

"Está dicho pues, que para la fijación del aumento general de los salarios se procedió con el mismo criterio utilizado para la determinación del salario mínimo".

Como puede verse, el Tribunal no procedió en forma irreflexiva, inconsulta o arbitraria, sino que meditó a espacio tanto la realidad económica de la empresa como la de sus trabajadores y las condiciones del medio social donde se desarrollaba el trabajo. El laudo contiene una parte motiva ordenada y explícita; es claro y preciso en las materias que decide y los árbitros, al proferirlo, analizaron las razones de parte y parte, concediendo, negando o reduciendo pretensiones en la medida que consideraron justo hacerlo, de acuerdo con la fuerza convictiva que arrojaban los elementos probatorios que figuran en los autos, los cuales no alcanzan a demostrar en forma indubitable que la empresa esté avocada necesariamente a las fatales consecuencias de quiebra y liquidación que alega el acusador, pues el documento de fls. 37 es una simple información del Presi-

dente de la Sociedad (no un balance como era el medio indicado para establecer el movimiento real de las cuentas) sobre el producido del primer trimestre de 1956, que, por otra parte, no es un índice necesario de lo que en realidad pueda llegar a ser la producción en los meses restantes del año, el documento de fls. 38 es otra nota del Presidente de la empresa calculando los posibles efectos de un hecho futuro como es el de que concluída la carretera Cúcuta Tibú, la empresa dejará de recibir $ 14.000.00 mensuales que le paga la Colombian Petroleum Company por concepto de transporte del personal; el documento de fls. 39, suscrito también por el Presidente de la Compañía, registra para el año de 1955 solamente una utilidad mensual de $ 4.230.61, que no está de acuerdo con el detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias en los dos semestres de dicho año (fls. 57 y 65) que figuran en los balances oficiales de la Compañía y que indican una utilidad en esos lapsos de $ 309.571.76, suma que restándole los $ 220.000.00 ingresados por "Venta de terrenos" queda en $ 89.571.76, o sea, una utilidad mensual, en promedio, de $ 7.464.31, para el año de 1955.

Por otra parte, el Tribunal tuvo en cuenta que la empresa está en posibilidades de mejorar su situación económica mediante el acondicionamiento de sus servicios y el incremento de ciertos renglones del transporte como el de combustible, deducción que encuentra su fundamento en el propio informe del Presidente de la Compañía a los accionistas de la misma, de fecha 20 de febrero de 1956 (fls. 53), en el cual se hacen consideraciones muy importantes acerca de la suerte futura de la Compañía.

Por último, advierte la Sala que el Decreto 1156 de 1955 que invoca el acusador, y que es una normación referente al sistema para fijar el salario mínimo legal, en ningún caso limita la posibilidad de que las partes se muevan libremente para fijarlo en la cuantía mayor que consideren conveniente, ya por medio del acuerdo directo en el contrato de trabajo, pacto o convención colectiva, o ya por medio del sistema del arbitraje, cuyos efectos son los mismos de la convención colectiva, de acuerdo con el artículo 461 del C. S. del T.

Así pues, como ha podido verse, estas cláusulas acusadas del laudo no tienen ni el sentido, ni el propósito, ni el alcance de anexión espinosa que alega el acusador y, por tanto, ni por este aspecto ni por los demás analizados, violan ninguna de las normas constitucionales y legales señaladas en el cargo, por lo cual no procede declarar su inexequibilidad.

Tercera

Comisión permanente de conciliación

Dice el acusador: "Que el laudo recurrido es violatorio del capítulo 2º del Código Procesal y del artículo 2º de la misma obra, de una parte al establecer una comisión encargada de resolver los problemas que se susciten (sic) entre la Empresa y sus trabajadores, función esta que es propia y exclusiva (sic) de la jurisdicción del trabajo, y de otra al constituir esa comisión con un delegado del Juez del trabajo de Cúcuta lo cual no encaja dentro de sus atribuciones no solamente por no estar contemplada en la ley sino también por las innumerables dificultades de orden práctico que ello significaría".

El opositor sostiene que no existe pugna entre lo dispuesto por el artículo 2º del C. de P. de T. y el funcionamiento de una comisión de conciliación, la cual tiene por objeto precisamente, prevenir y dar rápida solución a los conflictos laborales; que las partes, para dirimir sus diferendos, no están necesariamente avocadas a la vía jurisdiccional, sino que pueden acordar otros medios, entre los cuales está la conciliación; que tampoco existen las dificultades de orden práctico que para el funcionamiento de la comisión anota el recurrente, pero que aun cuando ello fuera así, la ley no prevée entre las causales de anulación de un laudo estas razones de orden práctico.

Se estudia el cargo:

En primer término, anota la Sala que la parte resolutiva del laudo no contiene únicamente la decisión sobre los puntos que fueron materia de desacuerdo en la etapa de conciliación, sino que además incluye también los que habían sido ya aceptados por las partes en dicha etapa conciliatoria. A primera vista pudiera pensarse que por este aspecto el Tribunal incurrió en extralimitación de las funciones que le fueron señaladas en la Resolución de convocatoria. Pero en verdad no es que el Tribunal hubiese ejercido su facultad decisoria sobre los puntos ya conciliados, que era lo que le estaba prohibido legalmente, sino que se limitó a incorporarlos y reproducirlos en su providencia tal como quedaron acordados en la etapa conciliatoria, pero con la advertencia expresa de que ellos no eran objeto de su estudio y decisión porque no estaban sometidos a su ju-

risdicción. A este respecto dicen los árbitros en la parte considerativa del laudo: "El objeto material de la decisión de este Tribunal se limita a los puntos del pliego de peticiones elevado por el Sindicato a la Empresa, respecto de los cuales las partes no llegaron a un acuerdo en las instancias de arreglo directo o de conciliación. Estos puntos conforme se desprende del estudio de las actas respectivas fueron los números 3, 9, 12, 13, 15, 24, 27, 29, 31 y 32. Los restantes puntos del pliego fueron debatidos en los arreglos, y aceptados por la Empresa o modificados por las partes". Y más adelante, después de explicar el criterio que tuvo en cuenta para resolver cada una de las materias de que tratan los numerales anteriormente individualizados, que eran los de su conocimiento, el Tribunal concluye: "Las restantes cláusulas de la convención, como era obvio, no fueron material de estudio por parte de este Tribunal, por haber sido aceptadas por la Empresa o modificadas por los conciliadores. Sin embargo fue motivo de especial consideración por parte del Tribunal, lo relativo a las cláusulas 37, 38 y 42, por cuanto la comisión de conciliación dejó algunos vacíos. Luego de estudiar el Tribunal la convención en su contexto y la actitud seguida por las partes en la etapa de conciliación, tuvo la certidumbre de que tales cláusulas habían sido resueltas en dicha etapa, y en consecuencia, no podía el Tribunal someterlas a su jurisdicción".

Considera la Sala que el Tribunal no debió involucrar en la parte resolutiva de su laudo los acuerdos de los conciliadores, pero como en sentido estricto no hubo pronunciamiento de los árbitros sobre los puntos conciliados, ya que expresamente manifestaron excluirlos de su consideración y de la órbita de su jurisdicción, ha de concluirse lógicamente que tales materias figuran en el laudo no como expresión de la voluntad decisoria de los árbitros, sino como expresión de la voluntad de los conciliadores recogida por los árbitros con sujeción a las actas suscritas en la etapa conciliatoria. En tales condiciones la irregularidad predicada no alcanza a afectar de nulidad el laudo, porque no se configura el exceso de poder en los términos en que debe entenderse lo contemplado en el artículo 143 del C. de P. del T. es decir, como voluntad jurisdiccional que entre a discutir y disponer sobre puntos ya conciliados.

Aclarado lo anterior, se observa que la Comisión a que alude el recurrente fue aceptada por la Empresa en la etapa conciliatoria, como lo demuestran las actas respectivas. En efecto, los puntos 5º y 6º del pliego de peticiones que el sindicato presentó a la Empresa como proyecto de convención colectiva, decían:

"Artículo 5º—Para resolver los problemas que se susitaren (sic) entre la Empresa y sus trabajadores habrá una comisión de conciliación compuesta por tre (sic) miembros (sic) designados así: Uno por la Empresa, un segundo por el sindicato y un tercero designado por el Juzgado (sic) de trabajo de Cúcuta que será representante de las autoridades con perido (sic) de seis meses, reelegibles indefinidamente.

"Artículo 6. — Son funciones de la Junta de Conciliación:

"a) Tratar de despidos:

"b) Suspensiones;

"c) Accidentes;

"d) Sanciones;

"e) Todo lo relacionado con la presente convención y la ley".

Y en una nota final de dicho pliego se lee:

"El artículo 5º de la presente convención se adiciona con el siguiente parágrafo:

"La comisión de conciliación se reunirá una vez por semana ordinariamente: y extraordinariamente cuando lo solicite una de las partes".

En el acta número 1 de 17 de marzo del año en curso, suscrita por los señores Quinciliano Forero y Alberto Luna Pérez como conciliadores representantes de la empresa y del sindicato, respectivamente, y por el Secretario señor Pedro M. López V. (fls. 8 del cuaderno principal), al discutirse el Capítulo II del pliego que trata de "Las relaciones entre el Sindicato y la Empresa", aparece lo siguiente: "Leído el artículo cuarto fue aceptado". "Leído el artículo quinto fue aceptado". Y en el acta número 6 de 26 del mismo mes de marzo, suscrito por los mencionados conciliadores y secretario (fls. 16 ibidem), se expresa: "Leída la nota alusiva al artículo quinto fue aceptada, modificándola en sentido de que las reuniones a que hace referencia se realicen quincenalmente".

A su vez, el Tribunal de Arbitramento incorporó como artículos 4º y 5º del laudo, el respectivo acuerdo de los conciliadores sobre el citado organismo de conciliación. En esta forma y según lo explicado, resulta entonces obvio que la empresa, al aceptar por conducto de su representante en la etapa conciliatoria el establecimiento de dicha Comisión interna, perdió toda posibilidad jurídica de atacar ese acto por la vía del recurso de homologación, porque aquel organismo surgió a la vida de relación entre la empresa y

sus trabajadores no como un acto del Tribunal de Arbitramento, no como un fenómeno impositivo de jurisdicción arbitral, sino como resultado de la propia determinación patronal.

Estas consideraciones son suficientes para rechazar el cargo por improcedente, aun cuando no sobra advertir que el acuerdo a que llegaron las partes sobre este punto cabe dentro de lo previsto por el artículo 139 del C. de P. del T. sobre establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente, y no pugna con ninguna de las normas que cita como violadas el acusador.

Quinto

Cumplimiento retroactivo de la cláusula décima-cuarta del pacto del 3 de marzo de 1953, y vigencia de las cláusulas, usos y costumbres que favorezcan al trabajador.

Sostiene el recurrente "Que el Laudo del Tribunal Especial de Cúcuta es violatorio del artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, al tenor de esta disposición el fallo arbitral pone fin a los conflictos y asume el carácter de una convención. Sucede empero que el fallo recurrido no solamente no pone fin a los conflictos sino que los inicia al decir que la Empresa pagará con carácter retroactivo lo estipulado en la cláusula décima-cuarta del pacto firmado el 3 de marzo de 1953. A este respecto debo advertir que tal pacto no existe por cuanto respecto de él no se le dio cumplimiento a lo estatuído en el artículo 469 del C. Sustantivo; de ahí que la copia que figura en autos no tenga ninguna constancia al respecto. También el laudo viola el artículo 461 citado al ordenar que queden vigentes las cláusulas, usos y costumbres que favorezcan al trabajador. En esta materia no hay sino un dilema posible, o se incorporan a la nueva convención expresamente las cláusulas anteriores que se crean necesarias, o rige únicamente el pacto nuevo. Cualquier otra cosa equivaldría a darle vigencia a las dificultades que precisamente se quieren evitar".

Por su parte el opositor replica que aún aceptando que el pacto de 3 de marzo de 1953 careciera de valor por falta de algún requisito legal, el laudo ha venido a darle obligatoriedad a la cláusula 34 de dicho pacto al incorporarla a la convención; que los laudos arbitrales tienden a poner fin principalmente a los conflictos económicos y que los conflictos legales pueden surgir a raíz y con ocasión del laudo arbitral por violación de las disposiciones en él contenidas; y que afirmar que un laudo arbitral debe poner fin a toda fuente de conflictos, especialmente los legales, sería tanto como afirmar que con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo debería desaparecer la fuente de los conflictos legales entre patronos y trabajadores.

Se estudia la acusación:

En cuanto al primer aspecto que plantea el recurrente, el pliego de peticiones en su punto 37, decía: "La empresa pagará con carácter retroactivo lo estipulado en la cláusula décima-cuarta del pacto firmado el 3 de marzo de 1953, el que hasta la fecha no ha sido cumplido por la empresa". Al discutirse este pedimento en la etapa conciliatoria, el acta número 6 de 26 de marzo de 1955 (fls. 17 del cuaderno principal) registra lo siguiente: "Leído el artículo treinta y siete el conciliador por parte de la empresa manifiesta que se deja en firme la cláusula décima-cuarta del pacto firmado el 3 de marzo de 1953". La citada cláusula décima-cuarta, según la copia de la Convención Colectiva de 3 de marzo de 1953 que obra a fls. 33 y 34 del cuaderno principal, expresa: "Una vez autorizado por el Ministerio de Fomento el alza de tarifas de la empresa se aumentará a $ 0.15 adicionales el anterior aumento de salarios para cada trabajador".

El Tribunal de Arbitramento, como ya se dejó transcrito al decidir el punto tercero de la presente demanda, luego de estudiar "la convención en su contexto y la actitud seguida por las partes en la etapa de conciliación", consideró que este pedimento no era materia sujeta a la decisión arbitral por haber quedado resuelto en dicha etapa, y dándolo como aceptado por la empresa procedió a incluir su texto como artículo 34 del laudo. Esta conclusión del Tribunal —no atacada por el recurrente,— al entender que la empresa había aceptado el pedimento del punto 37 del pliego, es claramente lógica, pues nada otra cosa puede deducirse de la manifestación del conciliador representante de la empresa, porque frente a la petición de que se cumpla un compromiso anterior, manifestar que él "se deja en firme", es inequívocamente reconocerlo al compromiso pleno efecto y allanarse a cumplir las obligaciones que en su virtud se originen o hayan podido originarse.

En estas circunstancias y por las mismas razones expuestas al decidir el punto tercero de esta demanda, debe rechazarse la acusación que sobre el artículo 34 del laudo propone el recurrente,

pues el derecho que en él se reconoce a los trabajadores no es resultado de la actividad decisoria de los árbitros, sino del convenio conciliatorio entre las partes, con lo cual pierde toda importancia el argumento que trae el acusador sobre inexistencia jurídica de la Convención Colectiva de marzo de 1963, pues la empresa era plenamente libre y capaz para convenir obligarse nuevamente a reconocerle plena validez y eficacia a cualesquiera de las estipulaciones de la referida Convención, aun cuando ésta adoleciera de vicios legales que la hicieran por sí misma ineficaz. Y como el acuerdo conciliatorio a que se viene haciendo referencia también tiene la virtualidad de que habla el artículo 461 del C. S. del T., porque al disponer el pago, con carácter retroactivo, del aumento de salarios de que trata la cláusula décima cuarta de la Convención Colectiva de marzo de 1963, puso fin al diferendo o conflicto que había surgido entre el sindicato que pedía el reconocimiento y la empresa que lo negaba, carece de razón el recurrente al afirmar que el laudo, en este punto, no se ajusta al artículo 461 del Código Laboral.

En cuanto al segundo reparo que formula el acusador referente a la vigencia de las cláusulas más favorables al trabajador, cabe observar igualmente que este fue uno de los aspectos que estuvieron excluídos de la decisión de los árbitros por haber sido de los aceptados por la empresa en la etapa conciliatoria. En efecto, al punto 44 del pliego de peticiones, decía: "La presente convención reemplaza a las anteriores, quedando vigentes las cláusulas, usos y costumbres establecidos que favorezcan (sic) a los trabajadores". Al discutirse este punto en la etapa conciliatoria, aparece que "Leído el artículo 44 fue aceptado" (Acta número 6, fls. 17). Y el Tribunal de Arbitramento llevó el texto de dicho acuerdo como artículo 40 del laudo. Por el origen de esta cláusula y por las razones ya dadas anteriormente sobre el particular, se impone rechazar la acusación, no sin dejar de advertir, para refutar al recurrente, que ningún precepto de derecho laboral colombiano se opone a que las partes pudieran convenir esta estipulación, sino que, por el contrario, el principio establecido en el artículo 21 del C. S. del T. sobre prevalencia de la norma más favorable al trabajador, ampara legalmente el acuerdo.

Sexto

Vigencia del laudo arbitral

Sostiene el recurrente "Que el Laudo arbitral del Tribunal Especial de Cúcuta vila (sic) el artículo 468 del Código Judicial, y los artículos 140 y 141 del Código de Procedimiento Laboral. Dijeron los falladores de Cúcuta que su providencia regiría desde el momento de su notificación incurriendo así en elemental equivocación de hermenéutica procesal. Se dice que una sentencia se cumple cuando está en firme y se dice que está en firme cuando contra ella no procede recurso alguno. Ahora bien, contra los fallos arbitrales existe el recurso extraordinario de homologación, luego es evidente que ellos no se encuentran en firme sino cuando no se interpone tal recurso o cuando él es decidido por el Supremo. Tan evidente es esto que la ley prevée en caso del recurso que se envíe con todos sus antecedentes y sin sacar copias que le den vigencia, y que, tal como se prevée el (sic) inciso 2º del artículo 143 del Código del Trabajo, solamente la exequibilidad del Tribunal Supremo le da al laudo fuerza de sentencia".

El opositor dice que se remite a las observaciones que sobre vigencia del laudo hicieron los árbitros en la parte motiva del mismo, así como también a la jurisprudencia que sobre el particular tiene sentada el Tribunal Supremo del Trabajo.

Se considera:

El artículo que ataca el recurrente es el 41 del laudo, que dice: "Este laudo arbitral regirá desde la fecha de su notificación a las partes".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, que era el organismo jurisdiccional encargado de la casación laboral y de conocer de los recursos de homologación como el presente, hasta cuando por el artículo 5º del Decreto-Ley 1762 de 26 de julio del presente año fue sustituído por esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tenía decidido que por la especial naturaleza y objetivos del laudo arbitral, el recurso de homologación que contra él se intentara no impedía que, declarada su exequibilidad, empezara a regir desde el momento en que el laudo hubiera sido notificado a las partes, a falta de otra fecha futura en él mismo señalada. Dijo así aquella Corporación:

"Sobre el particular, el Tribunal Supremo estima que de la naturaleza del laudo arbitral se deduce que el recurso de homologación, que conforme al Decreto 2158 de 1948 puede ejercitarse contra él, es distinto no sólo formalmente sino en el fondo de los clásicos recursos consagrados en

nuestras leyes procesales. Porque aquéllos definen conflictos colectivos en cuya solución están interesadas la economía nacional y la armonía social. Reclaman por tanto un tratamiento diferente al de las decisiones de simples conflictos individuales o jurídicos, tratamiento que debe mirar con rapidez y eficacia a los intereses de orden público vinculados a su solución. Más que a los recursos ordinarios del procedimiento, se asemeja la homologación al control que ejerce nuestra Corte Suprema de Justicia sobre la actividad del legislador. En uno y otro caso se confronta la nueva norma con un precepto superior al cual está subordinada: la ley con la Constitución, en el control de la Corte; el laudo con la ley y con la Constitución, en el control del Tribunal Supremo. Cierto que difieren en cuanto la ley rige mientras no sea declarada inexequible, al paso que el laudo no obliga mientras no sea revisado en el recurso, cuando éste se interpone. Pero declarada la exequibilidad, esto es, la conformidad del laudo con las normas superiores, la fuerza de sentencia que le confiere este Tribunal según el artículo 143 del Decreto 2158 de 1948, debe entenderse a partir de la fecha en que la actuación de los árbitros se expresó conformemente a la Constitución y a las leyes. El **tertium gaudet** anotado por Carnelutti opera aquí en su aspecto de ley, conforme a las reglas que definen la vigencia de ella. Para los laudos, deberá atenderse a la fecha futura en él mismo señalada, o, si nada indicara, a la de su notificación, que es la oportunidad de conocimiento para las partes. Así lo imponen la naturaleza del laudo arbitral y la de este recurso, y las consideraciones económico-sociales primordialmente interesadas en la solución de los conflictos colectivos de trabajo". (Homologación, 25 junio 1949, G. del T., Tomo IV, 613).

A la luz de la jurisprudencia que se acaba de transcribir, que sirvió también de apoyo al Tribunal de Arbitramento para su decisión, y que la Sala por considerarla exacta la acoge en su integridad para aplicarla al caso en estudio, resulte que el Tribunal de Arbitramento no incurrió en las violaciones legales que anota el cargo por señalar que el laudo regiría desde la fecha de su notificación a las partes, sin que pueda pensarse que a ello se opone el hecho de que el laudo consenga también los puntos conciliados, pues respecto a éstos aparece manifiesta la voluntad de las partes de que empezarían a regir a partir de la convención, según lo proponía el punto 43 del pliego de peticiones que fue aceptado por la empresa en la etapa conciliatoria (Acta número 6, fls. 17).

En cuanto a los demás puntos que contiene el laudo no se encuentra que ellos afecten preceptos de orden público o violen derechos de las partes reconocidos por la Constitución o las leyes o quebranten normas convencionales vigentes.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase exequible el laudo arbitral de quince de junio del presente año (1956) proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituido por Resolución número 0044 de 17 de abril de 1956, del Ministerio del Trabajo, para decidir acerca de los puntos que no fueron resueltos en las etapas de arreglo directo y de conciliación correspondientes al pliego de peticiones presentado por el Sindicato Ferroviario de Cúcuta a la Empresa del Ferrocarril de Cúcuta, S. A.

En el Ministerio del Trabajo se depositará con el respectivo ejemplar del fallo arbitral una copia de la presente providencia.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento, o en su defecto, remítase al Ministerio del Trabajo.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

EL AUTO QUE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA, PROPUESTA COMO DILATORIA, NO CONSTITUYE SENTENCIA DEFINITIVA PARA EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION

El sistema legal en vigor reclama para la providencia susceptible del recurso de casación el carácter de pronunciamiento último acerca del fondo de la cuestión debatida, lo cual no puede predicarse de la que resuelve una excepción dilatoria. Y si bien es cierto que la de autos tiene además fuerza perentoria, también lo es que cuando se la examina en trámite de especial adelantamiento por haber sido propuesta como dilatoria, su definición atiende más a la imposibilidad de promover el nuevo juicio, mediante la verificación de los elementos que configuran la cosa juzgada, que a los propios de la acción que se instauró. Por ello cabe decir, respecto de ésta, que no recibe la plenitud de la tramitación de instancia; que no alcanza a conocer un pronunciamiento de fondo, y que la decisión respectiva, provocada por dicho medio dilatorio, es un simple auto, que como tal carece de aptitud para el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Se va a resolver acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de Rafael Polo Silvera contra la providencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, de 25 de junio del presente año, proferida en el ordinario laboral que instauró el mencionado Polo Silvera contra la empresa de condites "El Dromedario, Limitada".

El asunto llegó a conocimiento del Tribunal indicado, en virtud de apelación interpuesta por el representante judicial de la parte demandante, contra el auto de 7 de mayo anterior, por el cual el Juzgado del conocimiento, en primera audiencia de trámite, declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la empresa para que fuese fallada como dilatoria. El fenómeno anotado se fundamentó en que los reclamos laborales del nuevo juicio fueron solucionados por los litigantes en audiencia de conciliación efectuada en juicio anterior, conforme al acta respectiva de 2 de febrero del año en curso. También lo reconoció así el **ad-quem**, al decidir la alzada, confirmando "en todas sus partes el auto apelado". Mas interpuesto el recurso extraordinario contra esta providencia y hallándose satisfechas las demás condiciones para su concesión, el Tribunal apreció, en punto al requisito que va a examinarse, que aquélla constituía sentencia definitiva, por no permitir un nuevo juicio entre las mismas partes y por el mismo objeto, calificando de procedente el remedio instaurado.

Sin embargo, no lo autoriza así el sistema legal en vigor, que reclama para la providencia susceptible del recurso de casación el carácter de pronunciamiento último acerca del fondo de la cuestión debatida, lo cual no puede predicarse de la que resuelve una excepción dilatoria. Y si bien es cierto que la de autos tiene además fuerza perentoria, también lo es que cuando se la examina en trámite de especial adelantamiento por haber sido propuesta como dilatoria, su definición atiende más a la imposibilidad de promover el nuevo juicio, mediante la verificación de los elementos que configuran la cosa juzgada, que a los propios de la acción que se instauró. Por ello cabe decir, respecto de ésta, que no recibe la plenitud de la tramitación de instancia; que no alcanza a conocer un pronunciamiento de fondo, y que la decisión respectiva, provocada por dicho medio dilatorio, es un simple auto, que como tal carece de aptitud para el recurso de casación.

No ignora la Sala que, en razón de la naturaleza de la excepción en examen, existe una tendencia procesal orientada por criterio distinto. El proyecto de Código de Procedimiento Civil recientemente elaborado por la Comisión respectiva lo acoge en su artículo 420, y sus autores lo explican en la correspondiente "Exposición de Motivos". Mas todo ello reviste el carácter de reforma, de modificación del sistema vigente, por consideraciones cuya validez no es el caso de ca-

lificar, pero que no permiten al juzgador separarse de la interpretación y aplicación debidas a los artículos 328 y 329 del C. J., que definen las excepciones; 335, 336, 341 y 342 ibidem, sobre los trámites para la resolución de ellas en el juicio civil; y 32 y 86 del CPT. sobre proposición y decisión de excepciones en los juicios de trabajo y providencias susceptibles del recurso de casación laboral, normas todas que responden a la concepción doctrinaria imperante sobre la finalidad de las excepciones dilatorias, la forma de su decisión y las distintas ocurrencias que pueden surgir respecto de la cosa juzgada según se la proponga como dilatoria o como perentoria.

En el caso sub-judice la excepción fue propuesta por la vía que acaba de indicarse en primer término y su resolución por auto que sólo definió sobre la imposibilidad del nuevo juicio, en tramitación que no agotó la plenitud de las instancias sobre el fondo de las acciones instauradas no constituye sentencia definitiva a la luz de los preceptos que regulan la materia, y no es susceptible del recurso de casación.

En mérito de todo lo anterior la Sala de Casación Laboral no admite el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de Rafael Polo Silvera contra el auto proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla el 25 de junio del presente año en el ordinario laboral que promovió el mencionado Polo Silvera contra El Dromedario, Limitada.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero H., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO Y CONTRATO DE TRABAJO. — LA SUBORDINACION DEL TRABAJADOR AL PATRONO. — EL TRABAJADOR NO TIENE PARTICIPACION EN LAS PERDIDAS O GANANCIAS DEL NEGOCIO COMO SI LA TIENE EL SOCIO INDUSTRIAL

Entre las actividades que puedan corresponder a un socio industrial, con remuneración a base de porcentaje, en una sociedad que subsiste puntualizada únicamente con el ánimo de sus integrantes, y un contrato de trabajo con persona que lleva a sus labores conocimientos especializados sobre la base de una remuneración, también a porcentaje, existen zonas de semejanza que obligan a un examen detenido para despejar confusiones que hagan posible fijar la ubicación de cada caso.

En las sociedades colectivas, en las de responsabilidad limitada y en las de comandita por acciones, el conocimiento personal entre los socios, es un elemento fundamental en la decisión de vincularse con ánimo de asociación, y la facultad de administrar la empresa o bienes, nacida por otorgamiento legal, hace que cuando la ejercen, es diferente de la situación de los trabajadores dependientes como lo es otro cualquiera que actúa en función de su condición de empleado. En estas sociedades, por ministerio de la ley y por el mismo régimen interno que acuerdan, hay claridad y formas distintas en las funciones de un socio y las funciones que correspondan a un empleado.

Pero hay sociedades de personas, que por no tener la plenitud de las formalidades legales, forman entre las llamadas sociedades de hecho, y en las cuales puede darse el caso de socios con aporte de una especialidad o industria, que intervienen en trabajos de dirección, pero cuya sujeción en ejercicio de sus funciones no tiene el sometimiento ni las exigencias, que tiene el empleado. Porque el trabajador a contrato, en razón del vínculo, tiene obligaciones de su esencia nacidas de la ley y de los reglamentos internos, y entre las cuales la subordinación, órdenes impartidas en todo momento, tienen que ser observadas y a las cuales no se puede substraer sin que se le atribuya incumplimiento del contrato. Por eso se ha dicho, por los autores de la materia y por la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que la subordinación es en el contrato de trabajo de carácter jurídico real, proveniente de la existencia de una disposición legal.

También es aspecto que cabe observar en las sociedades de hecho, el de los riesgos o pérdidas en el negocio: porque, si de contrato de trabajo se trata, el trabajador no los sufre. En cambio, el socio lo es para las ventajas y desventajas, siendo ésta otra diferencia ostensible y fundamental para decidir sobre la naturaleza de una u otra relación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Ante el Juez del Trabajo de Ibagué, Antonio Strizeo Adum, de nacionalidad yugoeslava, demandó por medio de apoderado a Roberto Parra Bernal, para que fuese condenado a pagarle un total de cinco mil quinientos cincuenta y siete pesos con veintidós centavos ($ 5.557.22) moneda legal, por concepto de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos, lucro cesante, y valor del preaviso. Subsidiariamente a la última súplica, el valor de la indemnización por falta de pago oportuno y la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) por concepto de las materias primas y otros elementos suministrados a la Fábrica, y que no se le han pagado.

Por último reclama, el valor de las horas extras trabajadas para la heladería "Dulima", de propiedad del demandado.

En los hechos del libelo se afirma:

Que Parra Bernal tiene en la ciudad de Ibagué un salón de heladería llamado "Dulima" y una fábrica de helados, independientes el uno de la

otra: que Parra Bernal, conocedor de la capacidad técnica de Strizeo Aduin, contrató sus servicios como técnico en la elaboración, control y expendio de helados finos, desde el 2 de noviembre de 1953 hasta el 5 de agosto de 1954, y le encargó de la fábrica de helados situada en la calle 12 entre carreras 3ª y 4ª de esa ciudad, donde trabajó bajo la continuada dependencia de Parra Bernal, y fue despedido intempestivamente sin que se le reconocieran y pagaran las prestaciones que reclama; que el actor trabajó en dicha fábrica sin interrupción, exceptuados unos pocos días que estuvo con los "Cocos del Tolima" en el Departamento del Valle con permiso del patrono; que convino con Parra Bernal, éste como dueño exclusivo del negocio, un **cincuenta por ciento** (50%) del producido líquido como pago de servicios, deducidos los gastos de materias primas, pago de empleados, arrendamiento del local, etc., y que Parra Bernal aportaría la maquinaria, utensilios y elementos necesarios para la fabricación de los productos; que Strizeo Adum fabricaba, además, los helados que se expendían en la heladería "Dulima" de propiedad también del demandado; que dicho trabajo no se le ha reconocido al demandante, como tampoco las materias primas y otros elementos suministrados directamente por él; que requerido el patrono ante el Inspector del Trabajo de Ibagué para que pagara la suma reclamada, manifestó que no lo haría porque el reclamante había sido socio, pues de ser ello cierto, debería haberse elevado la sociedad a escritura pública, o aún siendo sociedad de hecho, los libros y registro en la Cámara de Comercio, estarían sobre los dos socios; que el patrono da como pretexto para no haberle liquidado al actor los sueldos de los dos últimos meses, el haber éste retirado "el producido de un día domingo", afirmación que está demostrando que Strizeo Adum no era socio; y, que el libro de cuentas de la fábrica está llevado de puño y letra del patrono, lo mismo que un recibo firmado por el actor, en el cual el demandado expresó que el reclamante era "empleado de la fábrica...".

Acompañó a la demanda copia del acta suscrita ante el Inspector del Trabajo de Ibagué y un recibo escrito por Parra Bernal, en el que expresa que el demandante era empleado.

El apoderado del demandado contestó el libelo, oponiéndose a las pretensiones del actor, por estimar que no hubo contrato de trabajo sino una sociedad de hecho, y que en consecuencia, no son procedentes las peticiones de la demanda, al tiempo que estima inaplicables, por exóticas, las disposiciones citadas en la misma.

En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otros e hizo algunas aclaraciones.

El Juez del conocimiento, en fallo de 10 de diciembre de 1954, dirimió la litis, así:

"**Primero.**—Condena a Roberto Parra Bernal, a pagar al demandante Strizeo Aduin, las siguientes sumas de dinero por concepto de sueldos pendientes y prestaciones sociales, en el tiempo comprendido entre el 2 de noviembre de 1953 y el 5 de agosto del siguiente año, con una asignación promedio de **setecientos cincuenta y cinco pesos con cincuenta centavos** ($ 755.50) mensuales:

"**a) Quinientos sesenta y cinco pesos** ($ 565.00) correspondiente a nueve meses tres días, trabajados al sueldo promedio anunciado, por concepto de auxilio de cesantía;

"**b) Ciento ochenta y ocho pesos con ochenta y siete centavos** ($ 188.87) correspondientes a la prima de servicio en el primer semestre del año de 1954.

"**c) Mil quinientos once pesos** ($ 1.511.00) como valor correspondiente a los sueldos de junio y julio, trabajados y no pagados.

"**Segunda.**—Absuelve al demandado de las demás peticiones, como de las costas de la instancia".

El Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué al conocer del negocio por apelación interpuesta por las partes, en sentencia de 10 de febrero de 1955, reformó el fallo "en el sentido de que las condenaciones de cantidades que debe pagar el demandado al actor, son las siguientes:

"a) Por concepto de cesantía en el tiempo comprendido entre el 2 de noviembre de 1953 y el 5 de agosto de 1954, con un salario mensual de **setecientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y cuatro centavos** ($ 752.54), la suma de **quinientos setenta pesos con setenta y cinco centavos** ($ 570.75);

b) Por concepto de **prima de servicios** durante el tiempo a que se ha hecho referencia en el considerando respectivo, la suma de **trescientos cincuenta y un pesos con doce centavos** ($ 351.12) m/cte.;

c) Por concepto de **salarios debidos** en los meses de junio y julio de 1954 y con base en el salario mensual de **setecientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y cuatro centavos** ($ 752.54), la suma de **mil quinientos cinco pesos con veintiocho centavos** ($ 1.505.28) m/cte.; y

La CONFIRMA en todo lo demás.

No hay lugar a condenacion en costas en esta segunda instancia".

Contra el fallo del **ad-quem**, los apoderados de las partes interpusieron recurso de casación. El del trabajador fue declarado desierto por cuanto venció el término legal sin que se presentara la correspondiente demanda. Se entra a estudiar el recurso de la parte demandada.

La demanda de casación

A través de un solo cargo, el recurrente persigue la casación total de la sentencia, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia, revoque la sentencia del **a-quo**, absolviendo de esta manera, de los cargos del libelo inicial.

Cargo único

Acusa violacion, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 249 y 306 del C. del T., a consecuencia de ostensible error en la apreciación de las pruebas siguientes: declaraciones de los testigos Miroslav Takicch, Carlos E. Rivera, Ramón Camacho, Simón Tovar Gaitán, Aura Tovar, Margot Osorio, Inés Cruz, María Stakitch y Marco A. Barragán, y de las posiciones absueltas por el demandante y por el demandado.

Sostiene la parte recurrente que el Seccional para decidir, se inclina a admitir la existencia de un contrato de trabajo por exclusión de un contrato de sociedad, mas no porque los elementos que configuran a aquél, especialmente el de subordinación, se encuentren demostrados, apartándose así de las reglas de la lógica; que ninguna de las pruebas que examina el Tribunal Seccional se refiere a la dependencia a que estuviera sometido el demandado respecto al demandante: que por el contrario, tanto el testigo Rivera, a quien el **ad-quem** califica de declarante excepcional, como el testigo Barragán, afirman que no saben en qué condiciones trabajaba Strizeo Adum, si como socio o como empleado; que en cuanto a la señorita Margot Osorio, si bien es cierto que afirma que Strizeo Adum le pagaba parte del sueldo "por orden directa del demandado Parra Bernal, no explica en modo alguno cómo se producía esa orden"; que tampoco la diligencia de inspección ocular sobre los libros de contabilidad de la heladería "Thulima", suministra información alguna sobre la supuesta dependencia. Que, por tanto, no es posible entender que existiera contrato de trabajo ya que falta la prueba de uno de los elementos esenciales: que en cambio, son abundantes los elementos probatorios indicativos de que las partes mantuvieron una sociedad de hecho en la cual hubo igualdad jurídica y jerárquica entre el socio capitalista y el socio industrial, y la asunción por parte de este último, del riesgo en las pérdidas del negocio, como bien se desprende de las respuestas dadas por Strizeo Adum a las preguntas décima-octava y décimatercera del pliego de posiciones absuelto a solicitud de la parte demandada; que el demandado al absolver posiciones manifestó reiteradamente que Strizeo Adum fue su socio y no un trabajador subordinado a él, y que esto no puede entenderse contradicho por el recibo de folio 16 del expediente, que no constituye prueba válida, puesto que fue aducida por la misma parte que la produjo, y que, además, dicho recibo no aparece reconocido: que los testigos Takicch, Camacho y Tovar Gaitán dan fe de la creencia general acerca de que las partes se hallaron vinculadas por un contrato de sociedad. Que los testigos Tovar Gaitán, Aura Tovar, Margot Osorio, Rosa Inés Cruz y María Stakitch, dan cuenta de que el actor Strizeo Adum, era quien daba órdenes en el establecimiento y quien determinaba el número de empleados, les designaba, les pagaba su remuneración, les despedía y, en síntesis, imponía el régimen de trabajo, lo cual significa que lejos de ser un trabajador subordinado actuaba como conductor del negocio, con tantas o más amplias facultades que el mismo demandado doctor Parra Bernal.

Se considera:

Planteada la aplicación indebida de los preceptos legales indicados en la acusación, a consecuencia de ostensible error en la apreciación de las pruebas, es procedente el estudio de las declaraciones y de las posiciones absueltas por las partes, para decidir, si fueron o no erróneamente estimadas por el **ad-quem**, al servirle para sentar las bases que lo llevaron a tomar una decisión de condena por admitir la existencia de un contrato de trabajo, contra la tesis que sostuviera el demandado de la existencia de una sociedad de hecho entre las partes.

Son indispensables, además, algunas consideraciones sobre la naturaleza de uno y de otro contrato. Porque, entre las actividades que puedan corresponder a un socio industrial, con remuneración a base de porcentaje, en una sociedad que subsista puntualizada únicamente con el ánimo de sus integrantes, y un contrato de trabajo con

persona que lleva a sus labores conocimientos especializados sobre la base de una remuneración, también a porcentaje, existen zonas de semejanza que obligan a un examen detenido para despejar confusiones que hagan posible fijar la ubicación de cada caso.

En las sociedades colectivas, en las de responsabilidad limitada y en las en comandita por acciones, el conocimiento personal entre los socios, es elemento fundamental en la decisión de vincularse con ánimo de asociación, y la facultad de administrar la empresa o bienes, nacida por otorgamiento legal, hace que cuando la ejercen, es diferente a la situación de los trabajadores dependientes como lo es otro cualquiera que actúa en función de su condición de empleado. En estas sociedades, por ministerio de la ley y por el mismo régimen interno que acuerdan, hay disidad y formas distintas en las funciones de un socio y las funciones que correspondan a un empleado.

Pero hay sociedades de personas, que por no tener la plenitud de las formalidades legales, forman entre las llamadas sociedades de hecho, y en las cuales puede darse el caso de socios con aporte de una especialidad o industria, que intervienen en trabajos de dirección, pero cuya sujeción en ejercicio de sus funciones no tiene el sometimiento ni las exigencias, que tiene el empleado. Porque el trabajador a contrato, en razón del vínculo, tiene obligaciones de su esencia nacidas de la ley y de los reglamentos internos, y entre las cuales la subordinación, órdenes impartidas en todo momento, tienen que ser observadas y a las cuales no se puede substraer sin que se le atribuya incumplimiento del contrato. Por eso se ha dicho, por los autores de la materia y por la Jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que la subordinación es en el contrato de trabajo de carácter jurídico real, proveniente de la existencia de una disposición legal.

También es aspecto que cabe observar en las sociedades de hecho, el de los riesgos o pérdidas en el negocio; porque, si de contrato de trabajo se trata, el trabajador no los sufre. En cambio, el socio, lo es para las ventajas y desventajas, siendo ésta otra diferencia ostensible y fundamental para decidir sobre la naturaleza de una u otra relación.

Sentado lo anterior, que es la verdadera cuestión jurídica del recurso, un análisis de la prueba testimonial y de las mismas confesiones de las partes, dirán hasta dónde pueda tener razón el recurrente, o si la decisión del ad-quem al interpretar los hechos, se tomó con aplicación de las normas legales y con base en un correcto análisis del material probatorio.

Los testimonios citados por el recurrente, son los mismos que sirvieron al fallador de la segunda instancia, y constituyen el total de la prueba testimonial llevada al juicio: por ello, el examen de su contenido resultará completo.

Miroslav Takitch (folios 18 y 19), ciudadano yugoeslavo, químico de profesión, al ser preguntado si trabajaba bajo la dependencia y subordinación de Parra Bernal, manifestó que le constaba "que ellos los dos, tenían una sociedad en esa heladería, cuya dirección se me ha dado, no sé si por escrito o verbal; ese establecimiento figuraba casi como de propiedad de Parra Bernal, sólo que don Antonio tenía allí esencias y artículos de poco valor, toda la maquinaria era del doctor; yo veía durante unos cinco meses que estuve trabajando ahí y que me pagaba don Antonio, que los dineros que se recogían de día, don Antonio los entregaba a Parra Bernal. En cuanto a la subordinación del uno para el otro, lo único que digo es que don Antonio hizo un viaje a Cali y demoró diez días, motivo por el cual al doctor Parra Bernal no le quedó gustando esa salida". En cuanto a la pregunta sobre pago del porcentaje, contestó: "Yo entendí, en honor a la verdad, que mi paisano don Antonio ganaba allí un porcentaje del 50% en la fábrica: yo no veía la entrega efectiva de ese porcentaje pero por muchas razones sí comprendía ese porcentaje en favor de don Antonio Strizeo". Al ser preguntado si tenía conocimiento sobre si Strizeo fue empleado de Parra Bernal, o socio, respondió: "Ya contesté". Por último, sostiene que "su paisano" ganaba el 50% en la fábrica y que presenció la entrega de $ 1.100.00, después de lo cual Strizeo le dijo que ese dinero era por concepto de tiempo atrás".

Carlos E. Rivera (fls. 25). Este declarante prestó sus servicios, contratado por Parra Bernal como Contabilista de la Heladería y Fábrica de Helados "Dulima", entre el mes de marzo de 1954 y el último día de julio del mismo año, y al ser interrogado sostiene que, en el lapso a que se ha hecho referencia, ninguno le dijo que existiera sociedad alguna, pues, cuando entró a trabajar ya actuaban Parra Bernal y Strizeo Adum, "pero ignora las condiciones en que se desarrollaban las labores". Cuando se le pregunta qué observó en los libros, responde: "en mi carácter de contabilista, considero que los gastos se deducían dos veces, pues cuando entré a llevar la contabilidad, ya

encontré en el libro borrador esa anomalía que hice notar al doctor Parra Bernal de acuerdo con lo cual él mismo me dijo: "que los gastos marcados con una cruz los hacía él, Parra Bernal, de su bolsillo, y los gastos que no tuvieran esa señal los hacía el señor Strizeo del producido". Por último reafirma que no sabe en qué condiciones estaría el demandante en la Heladería "Dulima", si como socio o como trabajador; únicamente sabe que recibía el 50% de las utilidades líquidas.

Ramón Camacho R. (fls. 30 y 31). Este declarante era Gerente en los días de autos, de la Cooperativa de Productos de Leche del Tolima, y al ser preguntado por orden de quién despachaba la leche que suministró desde noviembre de 1953 al 31 de julio de 1954 para la fábrica de helados "Dulima", respondió de esta manera: "sin que recuerde la fecha, un día llegó a la oficina acompañado de un señor a quien yo no conocía y dijo que había montado una fábrica de helados en sociedad con el señor que lo acompañaba y que si les podía suministrar una cantidad de leche para su industria y que quien daría la cantidad y firmaría los vales era el señor que acompañaba al doctor Parra. Cornoquiera que yo les dije que no, si era que ese señor iba a pagar, puesto que yo no sabía quién era, el doctor Parra manifestó que era una compañía y que él respondería del valor del artículo suministrado. Una o varias veces, se presentaron juntos, el doctor Parra y el señor a que me refiero, a pagar el artículo de acuerdo con los vales firmados por el señor Antonio, cuyo apellido ignoro, de procedencia extranjera. Quien hacía los reclamos de faltantes, sobrantes, y cantidades que se le debía de mandar al día siguiente, era el firmante de los vales o sea el señor Antonio M...". Cuando se le pregunta el destino preciso de la leche que diariamente despachaba la Cooperativa, si era para la fábrica de helados "Dulima" o para el salón de helados, responde: "la leche era despachada para una fábrica de helados situada frente al Teatro Imperial y que posteriormente el señor Antonio reclamaba sobre una leche a los cual (sic) yo iba a suspender la contrata porque era muy perecudo a lo cual llamé al doctor Parra y le dije que se me aclarara ese asunto o de lo contrario suspendía los envíos. Entre ellos arreglaron allí y volvió a seguir firmando los vales el señor Antonio pero ignoro a dónde llevarían la leche". Como se le preguntara quién hacía los pedidos de leche en forma directa, contesta: "el que hacía los pedidos era el que firmaba los vales, ya lo dije, el señor Antonio M."

Simón Tovar García (fl. 32). Este testigo comerciante de profesión, manifiesta que, "conoce personalmente a Strizeo Adum, desde diciembre del año pasado, simplemente como relacionados" y que "por tres veces le dijo el citado Strizeo Adum que era socio industrial del doctor Parra Bernal, así: la primera fue en el salón 'Dulima' en febrero de este año, en donde me rogó que le hiciera la declaración de renta, y al darle los datos con ese fin me hizo saber que nada tenía, que era simple socio en la fábrica de helados de propiedad del doctor Roberto Parra Bernal y que únicamente se ganaba un porcentaje de las utilidades, o sea un 50%; como el contabilista de la misma fábrica estaba más enterado de los haberes que pudiera tener el señor Strizeo Adum, según éste, lo remití donde dicho señor: ignoro al fin si se la haría esa declaración o no. La segunda ocasión que Strizeo volvió a decirme que era socio industrial fue en el Café Nutibara de esta ciudad a las ocho de la mañana, como a los cuatro o seis meses del antes citado mes de febrero, en todo caso no habían tenido aún diferencias con el doctor Parra Bernal. Y la tercera vez fue en el Restaurante Madrid de esta ciudad y allí me repitió lo mismo, socio industrial (sic) y que ya estaba disgustado con el doctor Parra porque éste no le daba cuentas". Se le pregunta si le consta por haberlo observado personalmente y en forma casi diaria, que el señor Strizeo Adum nombraba, despedía y fijaba libremente el sueldo a empleados subalternos de él en la fábrica de helados "Dulima" y si el testigo puede decir los nombres de las personas que tuvo Strizeo Adum al servicio de la fábrica nombrados por él, contesta: "Es cierto, presencié como dos o tres casos cuando el señor Strizeo nombró a Luis Carlos Cruz y a una hermana de éste, que yo recuerdo, los despidió también, no se si los fijaba sueldo; esto último era privativo de ellos allí en la fábrica".

De los testimonios que preceden se desprende, que Strizeo Adum, desarrollaba actividades más allá de las que pudieran corresponder a un empleado de especialidad técnica, porque contrataba el servicio de trabajadores, firmaba cuentas, hacía reclamaciones sobre el cumplimiento de compromisos con la fábrica de helados, y en presencia del Gerente de la Cooperativa Lechera, ambos interesados en el litigio, hicieron manifestación de tener una sociedad para la explotación del negocio de fabricación de helados. El mismo Strizeo Adum, confiesa a Simón Tovar García, según éste afirma, la existencia de un contrato

de sociedad con participación del 50% de las utilidades líquidas; nombra y despide (Strizeo Adum) a los hermanos Cruz; según el contabilista, en el libro borrador del negocio, aparece el demandante haciendo gastos, que aunque fueran por cuenta del producido de ventas, anuncian actuaciones ajenas a quien sea simple técnico de un trabajo. Las distintas actividades a que aluden las declaraciones que se están analizando, presentan actos de autonomía muy diferentes a la subordinación o dependencia.

Siguen en su orden otras declaraciones de empleados menores de edad que trabajaron en la fábrica de helados, y que por su misma condición presentan aspectos que merecen observación detenida.

Aurora Tovar (fl. 35), al ser preguntada acerca de la persona que le hiciera el nombramiento para trabajar en la fábrica, quien le señalara el sueldo y cuánto devengaba mensualmente, declara que efectivamente fue recibida por el señor Antonio Strizeo Adum, quien le asignó un sueldo de $ 30.00 mensuales, que éste era quien permanecía en la fábrica, de él recibía órdenes directamente, de la misma manera que era la persona quien le enteraba sobre el precio de los helados y cremas.

Margot Osorio (fls. 35 y v. 36), otra menor, dice que por dos ocasiones trabajó en la fábrica, que su madre de ella arregló con Strizeo Adum su ingreso a la fábrica, que como el doctor Parra Bernal no autorizaba sino el pago de $ 35.00 como sueldo mensual, ante el anuncio de su retiro, don Antonio le dijo que le reconocería de su cuenta la suma de $ 5.00, como en efecto lo hizo, y por último, que en la fábrica recibía órdenes directas de don Antonio quien era el que permanecía allí, fijaba el precio a los helados, y en ocasiones si necesitaba plata, le pedía a él, aunque éste le manifestaba que primeramente tenía que contar con el consentimiento del doctor Parra, obtenido lo cual le anticipaba dineros.

Rosa Inés Cruz (fl. 36 vto. y 37), también menor de edad, declara que entró a trabajar con don Antonio Strizeo en la fábrica de helados "Dalima" el 9 de diciembre de 1953, fecha en que conoció a dicho señor y al doctor Roberto Parra Bernal; que el primero le recibió en la fábrica, le contrató para vender helados, le asignó sueldo, le daba órdenes y luego le despidió el 5 de marzo de 1954. Al ser repreguntada sobre quién daba directamente órdenes al personal dice textual: "es cierto, allí dirigía todo el citado Strizeo Adum, mandaba en el personal de empleados y ordenaba el trabajo del establecimiento; ponía precio a los helados y cremas, era atento con las personas y les obsequiaba helados y cremas con alguna frecuencia".

María Stakiela (fls. 37 y 38), mujer mayor de edad, depone también como testigo, y al ser interrogada sobre si tiene conocimiento por habérselo manifestado personalmente el señor Strizeo Adum, que él trabaja como socio industrial en la fábrica de helados "Dalima", responde que nunca habló con don Antonio en relación con su calidad de socio o no de esa fábrica, sabía sí que devengaba un porcentaje allí del 50%. Declara además que su marido también trabajó en la fábrica y que aceptó trabajar porque estaba en mala situación económica, que Strizeo Adum daba órdenes, que pagaba la alimentación de su marido y de ella, sin que pudiera saber el sueldo convenido entre ellos.

Interrogada sobre el hecho de una discusión entre Parra Bernal y Strizeo Adum, por diferencias de entradas en los meses de mayo y junio de 1954, discusión en la cual Parra Bernal pidió explicaciones a Strizeo Adum, éste aceptó perder cerca de **setecientos pesos** ($ 700.00) porque esa era su obligación conforme al contrato, responde que "tuve conocimiento de esa discusión pero no la presencié personalmente".

Completado el análisis de las declaraciones, forzoso es concluir que las actuaciones de Strizeo Adum no fueron las de un simple trabajador; por el contrario, invertía fondos, hacía propuestas que desfiguran la condición de trabajador dependiente.

El último declarante Marco A. Barragán es muy poco lo que dice y que pueda ser tenido en cuenta, pues desconoce en qué condiciones verificaba su trabajo Strizeo Adum, sabe que tuvo desavenencia con Parra Bernal que motivó el retiro del primero, pero no le consta la causa.

En cuanto a las posiciones absueltas por demandante y demandado en el juicio, es claro que en lo que respecta al demandado, sus respuestas confirman lo que sostuviera al contestar la demanda: que Strizeo Adum no fue empleado; que mantuvo con él una sociedad en que se repartieron por iguales partes las utilidades; que no recibió Strizeo Adum la participación correspondiente por las utilidades de los meses de junio y julio, debido a que existieron pérdidas de las

cuales se responsabilizó éste, y que no le correspondía más dinero que el que como socio tomó en el mes de julio. Confiesa, además, que Antonio Strizeo trabajó con interrupción en la fábrica, porque estuvo en Bogotá, en El Espinal y en Cali, y en cuanto al recibo que se le exhibió y que corre al folio 1º del expediente, manifiesta: "no reconozco el recibo que se me pone de presente puesto que uno reconoce las cosas que firma, no las cosas que firman los demás. En cuanto a que sea la letra mía ni lo afirmo ni lo niego: no lo afirmo por la razón expuesta anteriormente puesto que no está firmado por mí; no lo niego porque la letra se parece y como está escrito con lápiz de tinta bien pudiera ser calcada o imitada. Si esta letra fuera mía habría que tener en cuenta dos contingencias: la una que este recibo sería de mi propiedad, comprobante de que Strizeo habría recibido su dinero y retuvo el recibo, que en este caso sería de mi propiedad, o también, lo habría sustraído de los papeles de mi propiedad".

El demandante, al responder la segunda pregunta del pliego de posiciones, sobre la verdad de haber entrado en conversaciones con Parra Bernal para establecer una industria que diera buena utilidad en su explotación, responde ser cierto y agrega, que hablaron de materias primas y de las condiciones en que podían trabajar y que le propuso el establecimiento de una sociedad que no aceptó. Declara ser cierto que convino con Parra Bernal la repartición por mitad de las utilidades, deducidos los gastos del negocio, que él no retiraba ganancialas y únicamente lo hizo en el último mes en atención a que el doctor Parra no le pagaba, alegando no tener dinero para hacerlo. Niega que hubieran existido pérdidas, pero al ser interrogado, si también había convenido perder cuando por cualquier caso el negocio no dejara utilidades, responde: "sí es cierto". A la pregunta décima-octava, contesta que sí es cierto que antes de presentarse la diferencia que tuvo con el doctor Parra Bernal, ambos disponían en conjunto la marcha de la fábrica, daban por igual órdenes, discutían sobre aquellas cuestiones más importantes para imprimirle buena marcha al negocio, deseando los dos que el negocio produjera mes a mes las mejores utilidades para repartir.

En cuanto a la diligencia de inspección ocular practicada en los libros del negocio (fl. 24), y el certificado expedido por la Cámara de Comercio (fl. 42), soportes sobre los cuales descansa en mucha parte la decisión del Tribunal Seccional de Ibagué, ninguna constancia aportan sobre la existencia de sociedad alguna, mas no es posible llegar por esta sola vía a admitir por exclusión la existencia de un contrato de trabajo. Por el contrario, las dos personas interesadas en el negocio, actuando en un mismo plano para su explotación, coordinando sus operaciones, producen la ineludible conclusión de la existencia de un consentimiento implícito que confirma el hecho de una sociedad, lo cual es perfectamente distinto a la colaboración que corresponde a la existencia de un contrato de trabajo.

No estando demostrados los elementos que configuran el contrato de trabajo, por ser la realidad probatoria la de que entre actor y demandado existió un contrato de sociedad, la decisión del ad-quem tomada sobre orientación diversa, tiene que ser revisada. El cargo prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de diez de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, y convertida en Tribunal de instancia, REVOCA el fallo de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro del Juez del Trabajo de la misma ciudad, y en su lugar ABSUELVE al demandado Roberto Parra Bernal de los cargos formulados en la demanda inicial.

Sin costas en las instancias y en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Duzán — Miguel Antonio Constain — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

LAS RELACIONES DE DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE CARACTER OFICIAL NO SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

El doctor Enrique Algarra Rocha demandó por medio de apoderado al "Hospital Distrital de San José de Guaduas" representado por su Síndico, señor Ramón Uribe, para que, mediante los trámites ordinarios se declarara por sentencia definitiva que entre el demandante y la entidad nombrada había existido contrato de trabajo en el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 1939 y el 16 de agosto de 1952, con una remuneración mensual de $ 550.00, como médico director del Hospital y, en tal virtud, se condenara a la demandada a pagar, como indemnización por el retardo en la cancelación de las prestaciones, una suma equivalente al salario diario, esto es, $ 18.33, desde el 20 de octubre de 1952, hasta el día del pago de la prestación reconocida.

La demandada no contestó la demanda ni concurrió a las audiencias de trámite. El Juzgado del Circuito de Guaduas desató la litis por medio de sentencia de. 17 de noviembre de 1955. en la cual condena al "Hospital Distrital de Guaduas u Hospital Distrital de San José de Guaduas" a pagar al demandante "la suma de $ 18.33 diarios a partir del día siguiente al en que fue dictada la Resolución número 3 de 16 de febrero de 1956, procedente de la Junta Distrital de Beneficencia de Guaduas, hasta la fecha de la cancelación del valor del auxilio de cesantía que se le decretó en la misma, y por concepto de salarios caídos".

Apelada esta providencia por los apoderados de las partes, subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Esta entidad sostuvo lo siguiente: "Mas de la lectura de la Resolución número 3 de 16 de febrero de 1953, aportada a los autos a petición de la parte demandante, bien se ve que la persona o entidad que reconoció y se obligó a pagar a éste el auxilio de cesantía fue "La Junta Distrital de Beneficencia de Guaduas" (folio 12) y no el "Hospital Regional de Guaduas" o el "Hospital Distrital" de la misma ciudad, como se le denomina en el fallo de primer grado". Más adelante agrega: "Debe, por tanto, concluirse, que la demanda en el caso sub-judice se halla dirigida contra persona distinta de la obligada, o sea, que hay falta de legitimatio ad causum pasiva, lo que, a su vez, comporta una decisión absolutaria indeludible". El fallo, que lleva fecha 15 de febrero de 1956 concluye así: "Primero.—Revocar en todas sus partes la sentencia materia del presente recurso de apelación y, en su lugar, absolver al 'Hospital Regional de Guaduas' de la petición formulada en su contra por el doctor Enrique Algarra Rocha. Segundo.—Imponer a cargo de la parte demandante las costas causadas en primera instancia. Tercero.—Imponer a cargo de la parte demandante el 50% de las costas causadas en esta instancia".

Contra esta providencia ha recurrido en casación el apoderado del demandante y, habiéndose admitido el recurso y tramitado legalmente, se va a decidir mediante el examen de la demanda, que aspira al quebrantamiento total del fallo y a que se hagan todas las declaraciones "impetradas en el alcance de esta impugnación". El opositor formuló la respuesta que corre a los folios 11 a 15 del cuaderno 2º y de la cual se hablará.

Primero y único cargo

Acusa la sentencia con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. del T., de ser violatoria del artículo 65 del C. S. del T. "por el sendero de haberse apreciado en ella erróneamente la Resolución número 3 del 16 de febrero de 1953, emanada de la Junta de Beneficencia de Guaduas, habiendo incurrido el Tribunal Seccional del Trabajo en evidente error de hecho y de derecho en la justipreciación de la referida prueba".

Para demostrar la violación alega el recurrente las siguientes razones: que la frase de la Junta de Beneficencia Distrital de Guaduas, empleada en el encabezamiento de la Resolución y que

dice "En uso de sus atribuciones legales", presume de derecho "que quien la usa está investido de facultades legales precisas para hacer el reconocimiento de las prestaciones sociales de los empleados del Hospital de Guaduas"; que nadie, salvo el Tribunal, ha desconocido el valor probatorio de tal resolución; que ésta constituye plena prueba de su contenido y en lo que respecta al ejercicio de las funciones que corresponden "a la Junta de Beneficencia de Guaduas, al Síndico del Hospital Distrital de San José de Guaduas y al señor Secretario de Asistencia Social del Departamento de Cundinamarca". Agrega el recurrente que el Tribunal "apreció equivocadamente ese documento público auténtico, con manifiesto error de derecho y al dejar de apreciarlo en toda su eficacia legal, incurrió en un evidente error de hecho".

El apoderado de la parte opositora arguye que en la formulación del cargo el recurrente no plantea "en términos precisos y sucintos, cómo y de qué manera viola la sentencia del Seccional el artículo 65 del C. S. del T. "Dice que la impugnación de la sentencia "no se compadece con la realidad de lo resuelto por ella, por cuanto en la parte motiva y resolutiva ni niega ni otorga la indemnización que se persigue...". Justifica el proceder del Tribunal por no haber puntualizado el demandante en forma precisa "la personalidad jurídica del querellado o la denominación exacta de quien se pretendía deducir la obligación".

Las partes fueron oídas en audiencia pública por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo con fecha 21 de junio de 1956, pero como el señor Presidente manifestara "la necesidad de estudiar con detenimiento los asuntos debatidos", se convino en aplazar el pronunciamiento del fallo.

Se considera:

Aunque el recurrente no expresa cómo se violó la norma sustantiva laboral, al manifestar que el Tribunal incurrió "en evidente error de hecho y de derecho" al apreciar la prueba que singulariza, indudablemente indica que se trata de una infracción indirecta de la ley.

Empero debe descartarse la impugnación de la sentencia por error de derecho, si se considera que este caso en casación laboral sólo tiene ocurrencia cuando se da "por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir de ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez" "y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza siendo el caso de hacerlo". (Artículo 87 C. P. del T.). Y en la cuestión sub-judice no se requiere la demostración con prueba solemne, pues la ley no exige tal solemnidad para los efectos a que se contrae la Resolución mencionada.

Cuanto al error de hecho que se acusa, se observa: en el caso de autos el demandante aparece vinculado al Hospital Distrital de Guaduas, en virtud de nombramiento hecho por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, según documento que obra al folio 29 del cuaderno principal, cargo del cual se posesiona ante el Alcalde del mismo Municipio. Se trata por tanto de un empleado público, cuya situación en ningún caso puede regularse por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que alega violado el recurrente. De conformidad con los artículos 3º y 4º del mismo Código y con el artículo 4º del Decreto número 2127 de 1945, la disposición señalada no es aplicable a las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter oficial, las cuales se rigen por la legislación anterior de acuerdo con el artículo 402 del Código Sustantivo del Trabajo.

En estas condiciones no pudo el sentenciador violar el artículo 65 que se pretende infringido.

Ello basta para desechar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

EL QUE SE LE CONDENE EN COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA NO IMPLICA QUE SE HAGA MAS GRAVOSA SU SITUACION, PARA EFECTOS DE LA CASACION. — EL RECURRENTE DEBE SEÑALAR LAS NORMAS VIOLADAS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO. — TECNICA DE CASACION

1. — Sin el señalamiento de una norma sustancial de derecho del trabajo no es posible a la Sala adelantar el estudio de un cargo orientado dentro de la causal primera de casación, porque no es posible adelantar la confrontación entre la ley y la sentencia, en lo que consiste precisamente el recurso por esta causal.

2.—Cuando el Código Procesal del Trabajo prohibe hacer más gravosa la situación de la parte apelante o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta, erigiendo la transgresión de esta norma en causal de casación, atiende a lo principal del pleito, al asunto litigioso, a las pretensiones insatisfechas, y no al gravamen consistente en las costas de la segunda instancia, materia ésta particularmente regulada por principios distintos de los que deben definir el fondo de la controversia y de los que configuran el ámbito de la REFORMATIO IN PEJUS. No puede ambarcos aprovecharse la condenación en costas por pérdida del recurso de apelación, para convertirla en materia propia de una causal que responde a otras nociones procesales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiseis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, Antonio Ortiz C. demandó, por medio de apoderado, a Cayetano Castro, ambos mayores y del dicho Municipio, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condenase al segundo a pagarle la suma de dos mil quinientos pesos por concepto del accidente sufrido estando a su servicio, o, subsidiariamente, el valor que correspondiere conforme al dictamen de los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial; el auxilio por enfermedad o incapacidad hasta por seis meses, a partir del 1º de marzo de 1955, según el artículo 204, numeral 2º, ordinal a) del Código Sustantivo del Trabajo; el valor de la asistencia médica, farmacéutica y quirúrgica de acuerdo con el numeral 1º del mismo artículo 204 del CST; y la multa de $ 10 por cada día de retardo que establece el inciso segundo del artículo 207 de la misma obra.

Según las voces del libelo, Ortiz trabajaba al servicio de Castro, en labores de molienda de caña de la hacienda denominada "La Trinidad", de propiedad del demandado, cuando fue cogido y arrollado por el trapiche, súbitamente, habiendo sufrido una fuerte lesión en la pierna derecha, lo que lo obligó a hospitalizarse, por su cuenta, y a someterse a tratamiento en un hospital de esta ciudad. Al momento de promover su demanda, Ortiz se encontraba todavía en tratamiento, costeado en su integridad por él, ya que su patrono se negó sistemáticamente a prestarle atención médica y ni siquiera cumplió con la exigencia legal de los primeros auxilios, de que trata el artículo 205 del CST. Asimismo se negó a suministrarle la asistencia farmacéutica y hospitalaria ordenada por el artículo 206 del dicho estatuto, y aún dejó de dar el aviso ordenado por el artículo 220 ibidem, omisión que constituye culpa en contra suya y lo obliga a pagar la indemnización total de perjuicios establecida por el artículo 216. En cambio, el accidentado sí dio el aviso que le correspondía. El jornal que devengaba al momento de ocurrir el infortunio era de cinco pesos.

En derecho invocó las leyes 57 de 1915, 6ª de 1945 y los artículos pertinentes del CST.

El demandado se opuso a los reconocimientos impetrados, negando los hechos y sus fundamentos de derecho y alegando, en lo principal, que el suceso ni fue imprevisto, ni sobrevino por causa o por ocasión del trabajo, en los términos de la ley. Afirmó, además, hallarse en capacidad para demostrar que hubo culpa grave de la víctima.

Tramitada la controversia, el Juzgado del co-

nocimiento la desató, en fallo de 30 de agosto de 1955, absolviendo al demandado de todos los cargos del libelo, con la consideración principal de que hubo culpa grave del trabajador, la cual exoneraba de responsabilidad a su patrono. Condenó, además, a Ortiz a las costas del juicio.

Por apelación del apoderado del demandante subió el asunto al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que confirmó la sentencia del inferior, en la suya de 12 de diciembre del año próximo pasado.

Contra la providencia anterior interpuso el apoderado de Ortiz el recurso de casación que va a decidirse.

La demanda

Persigue, en cuatro cargos, el quebrantamiento del fallo mencionado para que, en su lugar, se despachen favorablemente las súplicas del libelo inicial.

Primer cargo.—Ha sido presentado así:

"El Tribunal al omitir deliberadamente la consideración o apreciación (sic) de los testimonios de los señores: **Manuel Herrera, Heriberto Cruz y Heliodoro Lazzo**, producidos con todas las formalidades del procedimiento en la primera instancia del juicio y tomar solamente en cuenta algunas deficiencias del dictamen pericial, incurrió en **error de derecho**, pues era indispensable entrar a considerar o estudiar esos testimonios para proferir una decisión (sic) sobre la existencia o inexistencia del accidente de trabajo materia del litigio. En resumen pues, habiéndose dejado de apreciar una prueba producida con todas las formalidades legales como lo fueron estos testimonios, se incurrió indefectiblemente en un clásico error de Derecho".

Se considera:

Este cargo no señala como infringido ningún texto legal. No puede entonces adelantarse la confrontación entre la ley y la sentencia, en que consiste el presente recurso extraordinario. Por otra parte, pretende la comisión de un error de derecho en la apreciación de determinados testimonios, con olvido de que el vicio apuntado sólo procede en la casación laboral cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, o se deja de apreciar una prueba de esa naturaleza siendo el caso de hacerlo, conforme al artículo 87 del CPT. Y en el caso **sub-lite** no se requeriría prueba **ad-sustanciam actus** para el establecimiento del accidente afirmado, ni en sus modalidades de hecho, ni en lo referente a la culpa que condujo al Tribunal a exonerar de responsabilidad al patrono.

Las deficiencias anotadas se oponen a la estimación del cargo.

Segundo cargo.—Dice el recurrente:

"El Tribunal prescindiendo del estudio de los testimonios y tomando solamente en cuenta un aspecto formal para la validez del dictamen pericial, incurrió igualmente en **error grave de hecho** pues falló sobre consideraciones o pruebas distintas a las que fueron motivo de la apelación, pruebas que no son otras que las declaraciones de los señores Manuel Herrera, Heriberto Cruz y Heliodoro Lazzo".

Se considera:

Sin el señalamiento de una norma sustancial de derecho del trabajo no es posible a la Sala adelantar el estudio de un cargo orientado dentro de la causal primera del artículo 87 del CPT. No alcanza, por lo tanto, a producirse el juicio de confrontación que procura el presente recurso y el cargo debe rechazarse.

Tercer cargo.—Ha sido formulado así:

"El Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustantiva al no reconocerle al demandante accidentado en el fallo ni siquiera los primeros auxilios de que trata el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 205; pues en dicho artículo se establece que: "aun cuando el accidente sea debido a provocación deliberada o culpa grave de la víctima", el patrono debe prestar al accidentado los primeros auxilios, sin exigirle ninguna prueba al respecto. Lo mismo podríamos decir en cuanto a la prestación del salario ordinario completo hasta por seis meses (6) que reconoce al accidentado el artículo 204 del Código Sustantivo en su ordinal 2º, y a la prestación de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria ha (sic) que tiene derecho todo trabajador accidentado con el mero hecho del accidente y sin exigir de su parte prueba de ninguna naturaleza. En consecuencia estimo que se violaron aquí por el Tribunal en forma directa y flagrante los artículos 204 y 205 del Código Sustan

tivo del Trabajo. Y por idéntica razón se violaron además los artículos 206 y 207 del mismo Código que contempla el caso de la asistencia médica inmediata y la contratación de la asistencia por medio de un médico particular para atender al accidentado".

Se considera:

Las absoluciones del ad-quem sobre los distintos extremos de la litis obedecen a razones que no pueden confundirse en un solo cargo formulado por la vía directa. Así, establecido que no hubo accidente de trabajo conforme a la definición del artículo 19 del CST., por motivo de la circunstancia exonerante de responsabilidad establecida por dicho precepto, la falta de aplicación del artículo 204 del CST. no obedece a ninguno de los supuestos que configuran aquella clase de violación, ya que no puede hablarse —mientras se mantenga el hecho de la culpa de la víctima— de ignorancia del sentenciador, ni de rebeldía contra el mandato de la norma, ni de equivocado entendimiento del mismo, ni de aplicación a un caso que la requería sin que medie error de hecho o de derecho.

En cuanto al extremo que podría examinarse sin atender al apuntado fenómeno de culpa, y a que se refiere el artículo 205 del CST., cabe advertir que la decisión reposa en la falta de prueba de los gastos pertinentes. Y el cargo nada intenta demostrar en contrario. Asimismo, de la asistencia médica y farmacéutica, el fallo anota imposibilidad para un reconocimiento en concreto, sin que el recurrente destruya este fundamento jurídico o, admitiéndolo, revele, por la vía del error pertinente, la prueba que establezca el hecho desconocido por el ad-quem.

Finalmente, la absolución por la multa de que trata el inciso 2º del artículo 207 obedece a que para el Tribunal, esta norma requiere que las lesiones sufridas por el trabajador y su consecuente falta de atención "ocasionen la posibilidad de fallecer". Si otro es el entendimiento del impugnador, la acusación debió formularla por interpretación errónea para que la Sala pudiese definir jurisprudencialmente el sentido de dicho precepto. Y si de la simple cuestión probatoria se tratara, distinto sería el camino para la destrucción del fallo recurrido.

Las razones anteriores imponen la desestimación del cargo.

Cuarto cargo.—Dice el recurrente:

"Al proferir el Tribunal condena en costas en la segunda instancia, conforme aparece, hizo más gravosa la situación de la parte apelante de la sentencia de primera instancia, teniéndose pues aquí evidenciada la segunda causal de casación que establece el artículo 87 del Código Laboral en su Capítulo XV".

Se considera:

Cuando el Código Procesal del Trabajo prohibe hacer más gravosa la situación de la parte apelante o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta, erigiendo la transgresión de esta norma en causal de casación, atiende a lo principal del pleito, al asunto litigioso, a las acciones instauradas, y no al gravamen consistente en las costas de la segunda instancia, materia ésta particularmente regulada por principios distintos de los que deben definir el fondo de la controversia y de los que configuran el ámbito de la reformatio in pejus. No puede entonces aprovecharse la condenación en costas por pérdida del recurso de apelación, para convertirla en materia propia de una causal que responde a otras nociones procesales.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia de 12 de diciembre de 1955 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio laboral promovido por Antonio Ortiz C. contra Cayetano Castro.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero H., Secretario.

ACCION DE RECONOCIMIENTO DE UNAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, veintiseis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá recaída en el juicio que **Bernardo de Jesús Marulanda González** adelantó contra la "**Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A.**"

Antecedentes

Ante el Juez 5º del Trabajo de esta ciudad, Bernardo de Jesús Marulanda González demandó a la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, para que se la condenara a pagarle la suma de $ 6.950.00 o lo que resultare a deber en el juicio, por concepto de reajuste de salarios y prestaciones, preaviso, salarios por el tiempo faltante para cumplirse el contrato de término presuntivo, auxilio por enfermedad, dominicales y feriados y recargo por trabajo nocturno. Pidió también se condenara a la empresa a pagarle indemnización por mora a razón de $ 10.00 diarios desde el 17 de marzo de 1954 hasta la fecha en que se le cancelaran los salarios y prestaciones que reclama. En subsidio y como complemento de lo anterior, solicitó que se diera aplicación a las normas consagratorias de la extra y ultra-petita y del salario mínimo. Y además, pidió se condenara en costas a la parte demandada.

Los hechos que sirvieron de fundamento a la acción, pueden resumirse así: Que en virtud de un contrato de trabajo, de término indefinido, que se inició el 12 de marzo de 1952, el demandante Marulanda González prestó sus servicios a la demandada en diversos cargos, hasta el 17 de marzo de 1954, día en que fue despedido intempestiva e injustamente por el Jefe de Personal de la Empresa, so pretexto de incumplimiento de sus obligaciones, y sin que se le diera el preaviso legal o se le compensara éste en dinero; que durante todo su ejercicio laboral el actor jamás dio motivo de queja ni por razones de conducta personal ni por motivos relacionados con la ejecución de su trabajo; que al tiempo de su despido Marulanda González estaba actuando en el comisariato de la empresa y devengaba un jornal de $ 10.00 diarios; que con posterioridad a dicho despido y con fecha 5 de abril de 1954, la empresa le hizo una liquidación acomodaticia de salarios, prestaciones e indemnizaciones, que el trabajador tuvo que aceptar en vista de su precaria situación económica y cuyo pago la demandada solamente lo vino a efectuar el 13 de abril del mismo año; que durante el tiempo de servicio descrito, Marulanda González adquirió enfermedades respecto de las cuales la empresa no le ha reconocido ni pagado los primeros auxilios ni la indemnización especial a que tiene derecho; que la empresa no le ha reconocido ni pagado al actor el tiempo faltante para completarse el contrato de término presuntivo, que comprende un lapso de cinco meses y veinticinco días; que el actor, en el tiempo comprendido entre el 20 de junio de 1953 y el 20 de enero de 1954, hizo la jornada continua de las seis de la tarde a las doce de la noche y trabajó también todos los domingos y días festivos, sin que la empresa le haya reconocido y pagado los recargos legales ni por el trabajo en festivos ni por la labor desarrollada en horas nocturnas.

La empresa demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando que éste dio motivo para ser despedido, pues sistemáticamente no ejecutó las obligaciones contractuales y legales según las órdenes que se le habían impartido; que no tenía deudas pendientes de carácter laboral con el actor pues le pagó a éste todo lo que legalmente le correspondía; y que la demora en dicho pago obedeció a causas perfectamente explicables.

El Juez del conocimiento, en providencia de 25 de julio de 1955, que fue apelada por ambas partes, condenó a la demandada a pagar al demandante las sumas de $ 100.00 por salarios caídos y $ 1.740.00 por salarios del tiempo faltante para vencerse el contrato de término presuntivo, así como también a pagar el 30% de las costas de la

instancia: y la absolvió de los demás cargos del libelo.

Sentencia acusada.—Con fecha 12 de septiembre del mismo año, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al resolver la alzada, confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado, y no hizo condenación en costas en la segunda instancia.

El recurso

Mediante la formulación de un solo cargo y con apoyo en la causal del numeral 1º del artículo 87 del C. de P. del T., persigue la casación parcial de la sentencia indicada, en cuanto por ella "se condenó a pagar a la Empresa Siderúrgica una indemnización (la de tiempo faltante para la expiración del plazo presuntivo), a la cual dicha empresa no está obligada".

El cargo

Está formulado así: "Violación directa, por aplicación indebida, del artículo 63, letra A, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 64 del mismo Estatuto, por error de hecho en relación con las pruebas que más adelante se puntualizan. Como consecuencia de tal violación, igualmente se infringió directamente el artículo 58, numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo, relacionado con el artículo 62, letra A, numeral 8º del citado Estatuto".

Como pruebas dejadas de apreciar, se indican: la notificación de despido visible a fls. 120; la prueba de confesión apreciable en las posiciones absueltas por el trabajador demandante, en las respuestas a las preguntas 5ª, 6ª, 8ª y 13ª del pliego respectivo; y el comprobante de pago final de prestaciones (fls. 58).

Para sustentar el cargo dice el recurrente: "En resumen, pues, las pruebas antes relacionadas establecen con toda claridad y exactitud que Marulanda desempeñaba, en la época de la terminación de su contrato, un cargo de confianza y manejo; que la empresa demandada le exigió que llevara libros para registrar el movimiento de la dependencia bajo su responsabilidad; y que Marulanda no cumplió esta orden y que, por último, la razón de su despido fue el incumplimiento de sus obligaciones. El Tribunal Sentenciador, no obstante que reconoce que Marulanda confesó que no llevaba los libros que le había exigido la Siderúrgica que llevara, resolvió, dejando de considerar las pruebas antes precisadas, que la falta de Marulanda incide dentro de lo preceptuado por el artículo 63, letra A, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo y como no se cumplió con el procedimiento allí indicado, condenó a la indemnización del artículo 64 del citado Código. Para la empresa que represento, teniendo presente el cargo de confianza y manejo desempeñado por Marulanda y la perentoria exigencia de llevar libros de control que dicho trabajador no cumplió, todo lo cual lo acreditan plenamente las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal sentenciador, el incumplimiento de Marulanda, no encaja dentro de las regulaciones del artículo 63, letra A, numeral 2º del C. S. del T. ni ella es acreedora a la sanción económica del artículo 64 del mismo estatuto, normas sustantivas aplicadas indebidamente por el **ad-quem**. Por el contrario, la empresa demandada considera que la falta de Marulanda es de extrema gravedad por cuanto su cargo de confianza y manejo conllevaba la natural y lógica obligación de tener los libros de control de acuerdo con lo exigido por la empresa. Por consiguiente, las disposiciones que son aplicables a su caso no son las indebidamente aplicadas por el Tribunal sentenciador, sino las del artículo 58, numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo relacionada con el artículo 62, letra A, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo, que se dejaron de aplicar".

El opositor pide la desestimación del cargo y observa que la demanda no logra demostrar el error de hecho evidente que alega, sino que se limita a oponer simplemente al criterio del Seccional el criterio de la empresa: que la situación, en el mejor de los casos para el recurso, sería dudosa, lo cual obligaría a mantener la decisión del Tribunal; que, por otra parte, el documento de fls. 100 sobre notificación del despido, no fue allegado original como lo ordena el artículo 648 del C. J. sino que obra en copia sin que se haya acreditado ninguna de las circunstancias contempladas en la disposición citada y, además, tal documento no tiene fuerza probatoria porque proviene de un tercero, ya que no se demostró que quien lo suscribe representara para tales efectos a la demandada; que la empresa considera que la falta de Marulanda encaja en el numeral 8º del artículo 62 del C. S. del T. que permite el despido sin preaviso, pero que no demostró que en la aplicación de la sanción se hubiera observado el respectivo procedimiento reglamentario o convencional de que habla dicha norma; y que aún

en el caso de que la Sala encontrara demostrado el cargo, se vería obligada a mantener la sentencia recurrida, porque encontraría que el Seccional se equivocó al dar por demostrado que Marulanda había incumplido las órdenes patronales, ya que de las posiciones absueltas por el demandante aparece muy claro que éste cumplió íntegramente con las funciones que le fueron señaladas para cada uno de los cargos que se le encomendaron por la entidad patronal.

Se estudia el cargo:

El Seccional, al confirmar la condena del fallo de primera instancia por el extremo del tiempo faltante para vencerse el contrato presuntivo de trabajo, razonó así:

"Como lo observa el a-quo, en el caso de autos, no hay lugar a preaviso, porque si bien las partes se reservaron la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, celebrado por término indefinido, dando un preaviso de acuerdo con el período que regule los pagos del salario, no es menos cierto, que la demandada no hizo uso de esta facultad, ya que como lo confiesa al contestar la demanda, dio por terminado el contrato de trabajo porque el actor incurrió en causal justa para ser despedido 'ya que sistemáticamente no ejecutó las obligaciones contractuales y legales'. Y no se diga que debería hacerse la condena por el preaviso de que trata el artículo 63, porque aun cuando el patrono tenga justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, el aviso debe darlo por escrito previamente, como lo exige la norma legal, últimamente nombrada, o mediante el pago de los salarios correspondientes al período que los regule. Esto indica que el patrono no puede alegar una causal justificativa de despido al momento de producirse éste y pagar más tarde el preaviso, porque está contrariando el contenido del artículo 63 del C. S. del Trabajo, y como lo dijo en otra ocasión esta Superioridad, la palabra 'mediante' que emplea dicho artículo significa coexistencia con el mismo hecho del despido, porque "mediante" viene del latín **medians antis**, mediar, esto es que media, en atención, o por razón. Y mediar viene del latín **mediare** que significa "existir o estar una cosa en medio de otra". De manera que en el caso de autos, pese a que la entidad demandada logró demostrar, por propia confesión del demandante que éste incumplió la orden recibida, en el sentido de llevar los libros sobre movimiento de la despensa, lo que equivale a una sistemática inejecución, en parte ha violado el artículo 63, tantas veces mencionado, porque para hacer buen uso de la causal alegada, y que es la misma relacionada en el numeral 2º del referido artículo, ha debido pasar una nota al demandante, con "previo aviso" de acuerdo con el período que regulara los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período. Esta interpretación tiene una explicación bien clara, porque si el patrono quiere dar por terminado el contrato de trabajo con apoyo en una causal determinada por la ley, no sólo debe alegarlo al momento de producirse el despido, por disponerlo así el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que debe hacerlo en las condiciones y en la forma que la misma ley establece. Si como acaba de verse, la empresa rompió en forma unilateral el contrato de trabajo, que la ligaba con el demandante, y con base en la causal 2ª del artículo 63 del C. S. del Trabajo, sin que le hubiere pagado al demandante el valor del preaviso, no queda camino distinto al de condenarla al pago de los salarios que hicieron falta para vencerse el último término del contrato pactado".

Como puede verse, la conclusión del ad-quem sobre la causal que originó el despido del actor, se apoya fundamentalmente en la confesión hecha por la empresa cuando al contestar la demanda, dijo: "Desmargos: La entidad demandada estima no deberle suma alguna al actor por concepto de prestaciones sociales. De igual manera, considera que el actor dio motivo para ser despedido ya que sistemáticamente no ejecutó las obligaciones contractuales y legales, según las órdenes e instrucciones dadas por la demandada" (fls. 13 del C. principal). El recusador no impugna la apreciación que de esta prueba hizo el Seccional, omisión que por sí sola haría que el fallo recurrido se mantuviera sobre su soporte principal no atacado. Pero además, la Sala advierte que la tesis del impugnador no resulta tampoco demostrada con ninguna de las otras pruebas que obran en los autos y que son las que señala el cargo.

En efecto, en la notificación de despido de fecha 17 de marzo de 1954 (fls. 100), el Jefe de Personal le dice al trabajador Marulanda: "Nos permitimos comunicarle que hemos resuelto prescindir de sus servicios a partir de la fecha, por incumplimiento de sus obligaciones según Memo del señor Jefe de Comisariato. Sírvase pasar por la Oficina de Personal a recibir la boleta de examen médico de retiro y por Caja por las Prestaciones Sociales a que tenga derecho". Sobre esta lacónica comunicación que por sí misma no ex-

plica en qué consistió tal incumplimiento, ni revela que la demandante hubiera considerado "de extremada gravedad" la falta de Marulanda, como ahora lo sostiene el recurrente, es la propia empresa la que se encarga de fijarle su exacto alcance en la confesión que como descargo hizo al contestar la demanda, de tal suerte que estas dos pruebas, en lugar de contrariarse, se complementan armónicamente dentro de la conclusión del sentenciador.

Al responder las preguntas 5ª, 6ª, 8ª y 13ª del pliego de peticiones (fls. 36 a 38 del C. principal), el actor confiesa: "Es verdad que desempeñé el cargo de bodeguero del Comisariato por espacio de cuatro o cinco días y como tal tenía bajo mi responsabilidad los víveres y comestibles de las bodegas. Luego me pasaron al Casino como Despensero de la Panadería y estando allí me encargaron de la venta del pan, recibiendo los dineros productos de las ventas para luego entregárselos al contador"... "Es verdad que la empresa me ordenó llevara un libro en el que debía anotarse lo que entraba y salía de la Panadería. En cuanto a lo del kardex, a mí no se me dio orden de llevarlo."... "Es cierto (que no obstante que se lo había exigido la empresa demandada el absolvente no llevaba los libros y kardex para registrar el movimiento de la despensa a su cuidado y responsabilidad) y aclaro: No llevé los libros sobre movimiento de la despensa, por cuanto posteriormente se me encargó de la venta del pan" ..... "Es cierto que la empresa dio como motivo para despedirme, el que faltaba a mis obligaciones, cosa que no sucedió, porque no podía cumplir unas órdenes que se me habían dado para manejar la despensa, puesto que a mí se me había encargado para el manejo de la panadería, es decir, de la venta del pan". En la misma diligencia y al responder el actor a la pregunta undécima del pliego, sobre cómo era cierto que el Capitán Francisco Acosta llamó la atención al absolvente por no llevar debidamente los libros y kardex que debían registrar el movimiento de la bodega a su cuidado, dijo: "No es cierto y aclaro: Cuando el Capitán Acosta me pidió los libros, yo se los mostré hasta la fecha en que yo los había llevado"; y al contestar a la pregunta duodécima, sobre cómo era cierto que el absolvente había recibido instrucciones y órdenes de la empresa acerca de la manera como debía llevar el control del movimiento de la bodega o despensa confiado a su cuidado, dijo: "Es cierto y aclaro que eso sucedió mientras estuve en la despensa, porque la bodega era otra cosa distinta".

De lo que se acaba de transcribir aparece que si Marulanda no pudo cumplir con la obligación de llevar los libros de control de la bodega o despensa puesta bajo su cargo y responsabilidad, fue por cuanto a los pocos días de haber empezado a desempeñar el oficio de bodeguero del Casino, la empresa lo destinó a otra actividad en la Panadería, encargándolo de vender el pan. Y como de acuerdo con el principio que recoge el artículo 609 del C. J., no es posible dividir la confesión para tomar solamente lo desfavorable a quien confiesa, sino que ella debe admitirse tal como se hace, con las aclaraciones y explicaciones que conciernan al mismo hecho, como las dadas por el demandante, se concluye que esta prueba de posiciones demuestra que si Marulanda dejó de cumplir con el deber precitado de llevar los libros, no fue por su culpa y voluntad, sino por disposición de la misma empresa, lo que impide que se configure ni siquiera la sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones de que habla el numeral 2º del literal A del artículo 63 del C. S. del T., causal que encontró probada el ad-quem, y mucho menos, la violación grave de obligaciones que contempla el numeral 8º del artículo 62 de la misma obra, que invoca el recurrente para pedir que se declare que la empresa tenía derecho a despedir sin preaviso al demandante.

Por último, el comprobante de pago de fls. 58 nada dice acerca del motivo que originó el despido del actor, sino que se limita a registrar el pago de los salarios y prestaciones que según dice el documento, le corresponden a aquél "por haber cesado en las funciones que venía desempeñando como Bodeguero Comisariato Serv. Generales", ni demuestra que no sea cierto lo confesado por el actor, de que no obstante siendo su cargo el de Bodeguero del Comisariato, la empresa lo destinó a otras funciones diferentes como eran las de vender el pan, hecho éste que, además, resulta también aceptado por el procurador judicial de la demandada, como se deduce del siguiente párrafo de su alegato ante el Seccional (fl. 185): "Podrá servir de excusa para que el trabajador Marulanda no hubiera llevado los libros de la despensa el hecho de que posteriormente se le hubiera encargado de la venta del pan? Si esto se aceptara, forzosamente habría que concluir que el cumplimiento de las obligaciones queda diferido a los trabajos que eventualmente puedan tenerse con posterioridad. Que se le hubiera encargado de la venta del pan en fecha posterior, a la del manejo de la despensa,

no pueda librar al trabajador de las obligaciones señaladas expresamente para su primer trabajo".

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que el Seccional al dictar su sentencia, no quebrantó por falta de aplicación, el numeral 1º del artículo 58 y el numeral 8º de la letra A del artículo 62 del C. S. del T., pues de las probanzas que se allegaron al juicio no aparece que el trabajador Marulanda hubiera faltado gravemente a las obligaciones que le reclama el acusador, circunstancia que era indispensable establecer para que pudiera reconocerse a la empresa el derecho de haber despedido sin preaviso al demandante.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones que preceden la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constain — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

EL FALLO ARBITRAL DEBE NOTIFICARSE A TODAS LAS PARTES. — EL RECURSO DE HOMOLOGACION DEBE SER CONCEDIDO EN AUTO PROFERIDO POR TODOS LOS ARBITROS

1.—La remisión del negocio a la Corte o al Tribunal Seccional, por efecto del recurso de homologación interpuesto contra el fallo arbitral, requiere el examen, por parte del Tribunal de Arbitramento, de la aptitud procesal de la persona o personas que lo interponen y de la oportunidad en que lo hacen: todo ello precedido de la notificación legal, que es el acto que lleva a las partes el conocimiento de la decisión respectiva. Jurídicamente, sin éste no se abren los caminos del recurso, ni el juez puede resolver sobre su concesión o denegación, ni se ha agotado su actividad jurisdiccional, ni el superior puede iniciar el estudio del asunto.

De otro lado, conviene advertir que el hecho de que el Tribunal de Arbitramento se haya declarado sin jurisdicción para conocer del problema respecto de la parte que no fue notificada, y el de que pueda considerarse que los demás ordenamientos del laudo no la afectan, no exoneran de la obligación legal de notificar dicha sentencia a todas las partes comprometidas en el conflicto según la providencia constitutiva de aquel organismo.

2.—La calificación de la procedencia del recurso de homologación corresponde a todo el Tribunal de Arbitramento, por lo cual debe proferir el auto respectivo todos sus miembros y no sólo su Presidente, de modo análogo a lo que acontece en la concesión y en la denegación de los recursos judiciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Al decidir el recurso de homologación interpuesto contra el laudo de 9 de septiembre de 1956, proferido por el Tribunal de Arbitramento que se constituyó por Resolución número 399 del mismo año, del Ministerio del Trabajo, para resolver los conflictos colectivos surgidos entre varias empresas de transporte de Barranquilla y los trabajadores de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico, la Sala observa que el fallo arbitral no fue notificado a la sociedad Flota Verde Ltda., parte también en dichos conflictos, y que el dicho recurso fue concedido por auto que sólo aparece suscrito por el Presidente y el Secretario del Tribunal. En tal virtud proceden las siguientes consideraciones:

1ª—La Resolución número 399 mencionada ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento para que estudiara y fallara "los conflictos colectivos de trabajo surgidos entre el Sindicato Gremial denominado Unión Sindical de Choferes del Atlántico" y las empresas de transporte **Flota Verde Ltda.**, Compañía de Buses Urbanos Ltda. (Combusa), Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico Ltda. (Sobusa), Transportes Colón (Ltda. Transcolón), Flota Angulo Ltda., **Empresa de Buses del Atlántico Ltda. (Embusa)** y Empresa de Transportes Sabbagh Ltda., todas de la ciudad de Barranquilla. (Subraya la Corte).

2ª—El laudo correspondiente dedica, en su parte motiva, un capítulo al estudio de las relaciones de trabajo existentes en la mencionada empresa Flota Verde, para concluir que carece de jurisdicción para conocer del pliego de peticiones en lo que se relaciona con la dicha sociedad. En consecuencia así lo declaró en su primer ordenamiento.

3ª—La providencia arbitral en cuestión fue notificada personalmente al Presidente de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico y a las Empresas Transportes Sabbagh, Flota Angulo, Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico, Empresa de Buses del Atlántico, Compañía de Buses Urbanos y Transportes Colón, habiendo interpuesto todos ellos el recurso de homologación. Mas no lo fue, en forma alguna, a Flota Verde Ltda.

4ª Conforme a los artículos 140 del CPT. y 460 del CST. el fallo arbitral debe notificarse a las partes.

5ª—La remisión del negocio a la Corte o al Tribunal Seccional del Trabajo (artículos 141 y 142 del CPT.), que sólo debe hacerse cuando las partes interponen el recurso contra el laudo, requiere el examen, por parte del Tribunal de Arbitramento, de la aptitud procesal de la persona o personas que lo interponen y de la oportunidad en que lo hacen; todo ello precedido de la notificación legal, que es el acto que lleva a las partes el conocimiento de la decisión respectiva. Jurídicamente, sin éste no se abren los caminos del recurso, ni el Juez puede resolver sobre su concesión o denegación, ni se ha agotado su actividad jurisdiccional, ni el superior puede iniciar el estudio del asunto.

En el caso en examen, la Flota Verde Ltda. quedó sin conocer legalmente la sentencia arbitral; ésta no podría producir efecto respecto de ella; la empresa fue privada de la oportunidad para manifestar lo que considerase conforme a derecho, y el negocio fue remitido a la Corte antes de que estuviera completa la actuación procesal debida.

Por otra parte, la calificación de la procedencia del recurso de homologación compete a todo Tribunal de Arbitramento, por lo cual deben proferir el auto respectivo todos sus miembros y no sólo su Presidente, de modo análogo a lo que acontece en la concesión y en la denegación de los recursos judiciales. Por este aspecto, también es irregular el auto por medio del cual se concedió el presente recurso.

Todo lo anterior obliga a devolver el expediente al Tribunal de origen, que no ha agotado su función jurisdiccional, para que cumpla el acto pretermitido, conceda debidamente el recurso de homologación y puedan, de esta suerte, surtirse en forma legal sus trámites en esta Superioridad.

Conviene advertir que el hecho de que el Tribunal de Arbitramento se haya declarado sin jurisdicción para conocer del problema respecto de la empresa que no fue notificada, y el de que pueda considerarse que los demás ordenamientos del laudo no la afectan, no exonera de la obligación legal de notificar dicha sentencia a todas las partes comprometidas en el conflicto según la Resolución constitutiva de aquel organismo.

Finalmente es necesario decir que la Sala sólo ha podido detenerse, ahora en las irregularidades calificadas, porque la reglamentación vigente sobre el recurso de homologación nada establece, con deficiencias que reclaman correctivos, sobre la admisión y sustentación del mismo.

Por todo lo anterior la Sala RESUELVE:

1º — Devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento para que notifique a la empresa Flota Verde Ltda. el laudo de 9 de septiembre de 1956 y conceda en debida forma el recurso de homologación.

2ª—Comisiónase al Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla para que entregue el mencionado negocio al Presidente del Tribunal de Arbitramento o a su Secretario. A tal efecto envíesele el expediente.

3ª—Señálase al Tribunal de Arbitramento el término de cinco días, contados de la entrega que le sea hecha por el Tribunal Seccional, para que cumpla el ordenamiento primero de esta decisión.

4º — Infórmese de la misma al Ministerio del Trabajo, para el concurso y los efectos que estime pertinentes.

5ª—Anúlase lo actuado ante esta Superioridad.

Cópiese y notifíquese.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constain — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero E., Secretario.

SOLIDARIDAD ENTRE EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE Y EL BENEFICIARIO DEL TRABAJO RESPECTO DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES. — CASACION POR ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Luis Ernesto Moreno demandó, por medio de apoderado, a Eliseo Moreno Aguirre y Enrique Osorio de La Sierra para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuesen condenados a pagarle, solidariamente, las cantidades de setenta y ocho pesos por concepto de salarios insolutos, diecisiete pesos por cesantía, un mil ochocientos veintinueve pesos con cincuenta y dos centavos por lucro cesante y la que resultare como indemnización por mora en el pago de las prestaciones anteriores.

Según las voces del libelo, Eliseo Moreno Aguirre y Enrique Osorio de La Sierra celebraron un contrato para la siembra de cien mil eucaliptos en la hacienda de "El Salitre", de propiedad del segundo. Este contrato fue escrito y en él se pactó el término de dieciocho meses para la dicha siembra, a partir del 1º de noviembre de 1952. En desarrollo del mismo Moreno Aguirre contrató los servicios de Luis Ernesto Moreno, junto con otros trabajadores, haciéndole la clara advertencia de que los trabajos se efectuaban en beneficio y por cuenta de Osorio de La Sierra. El jornal estipulado fue de $ 2.00 en efectivo y $ 1.50 en alimentación, más $ 2.00 semanales para el transporte, o sea un promedio de $ 3.78 diarios. El demandante laboró desde el 22 de julio de 1952 hasta el 15 de septiembre del mismo año, fecha en la que el propietario de la hacienda lo despidió sin justa causa. Tal despido fue confirmado luego por Eliseo Moreno Aguirre, quien manifestó que Osorio de La Sierra había prohibido continuar los trabajos. Al trabajador no le han sido cubiertos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que reclama.

En derecho invocó los Decretos Leyes números 2158 de 1948, 2663 de 1950 y 3742 de 1951 y las disposiciones que los adicionan y reforman.

Los demandados dieron contestación a la demanda, así: el primero, aceptó todos los hechos en ella relatados, pero se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas en su contra, alegando fuerza mayor para el despido, y proponiendo la excepción perentoria de "falta de derecho para pedir"; el segundo, admitió el hecho primero, pero con la modificación de que la fecha estipulada para que empezasen a contarse los dieciocho meses fue el 1º de agosto de 1952, y dijo no constarle nada en relación con los demás, pues nunca estuvo ligado con el demandante por un contrato de trabajo. Posteriormente, dentro de la primera audiencia de trámite, propuso la excepción perentoria de inepta demanda.

Tramitada la controversia, el Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató condenando a los demandados, solidariamente, a pagar al demandante las cantidades de $ 16.70 por cesantía, $ 78.00 por salarios insolutos, $ 635.04 por lucro cesante, $ 3.78 diarios, a partir del 16 de septiembre de 1952, como indemnización por mora, y las costas del juicio.

Por apelación de los apoderados de las partes subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo del mismo lugar, entidad que modificó la sentencia del a-quo, de fecha 27 de septiembre de 1955, en la suya de 23 de enero del año en curso, en el sentido de condenar únicamente a Eliseo Moreno Aguirre a pagar a Luis Ernesto Moreno las cantidades expresadas en el fallo de primer grado, así como las costas del juicio, y de absolver a Enrique Osorio de La Sierra de todos los cargos del libelo inicial.

Contra la decisión anterior recurrió en casación el apoderado de Ernesto Moreno. Presentados la correspondiente demanda y el escrito de oposición, el mismo representante judicial solicitó audiencia pública la cual se efectuó el 18 de mayo del presente año.

El recurso

Acusa la sentencia de segunda instancia por

violación indirecta de los artículos 6º, 34 y 291 del CST. A estas infracciones llegó el sentenciador a través de error de hecho manifiesto en los autos, proveniente de la falta de apreciación de la confesión de Enrique Osorio de La Sierra, del contrato celebrado entre éste y Eliseo Moreno Aguirre y de las declaraciones de Bernardo Rueda, Heliodoro Cruz y Jorge Von Arnim.

Sostiene que las pruebas singularizadas demuestran que Osorio de La Sierra se dedica a la explotación de su hacienda "El Salitre" en los ramos de agricultura y ganadería, y que de ellas se desprende claramente que la labor de siembra de eucaliptus es permanente y no ocasional y extraña a las actividades del patrono; pero que, por haberlas dejado de estimar, el Seccional llegó a la conclusión contraria, incurriendo en las violaciones anotadas. Termina su acusación solicitando se case la sentencia impugnada, para que se dé clara luz al derecho y la justicia que asiste a su patrocinado Luis Ernesto Moreno. Posteriormente, en la audiencia pública, puntualizó que ello se lograba devolviendo a la vida jurídica la providencia del juzgador de primera instancia.

Por su parte, el opositor formuló reparos de carácter técnico a la demanda sintetizada y pidió no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

La demanda de casación no contiene, como lo anota el opositor, un capítulo dedicado a concretar su alcance. Mas éste resulta inequívoco de sus argumentos y de los textos legales que invoca. En efecto, del recuento de los hechos litigiosos, de la forma como fue instaurada la litis, de la decisión del **a-quo**, del objeto de la apelación del apoderado del trabajador y de la sentencia del **ad-quem** se ostenta como finalidad constante en el apoderado de Luis Ernesto Moreno, la de obtener un reconocimiento judicial que comprometa en forma solidaria a los demandados, esto es, tanto al contratista independiente, patrono del actor, como al dueño de la hacienda, beneficiario del trabajo; las normas que se presentan como infringidas también lo denotan así y todo el cargo no procura cosa distinta. Del requisito en examen ha dicho la jurisprudencia laboral que constituye el **petitum** de la demanda extraordinaria; pero pudiéndosele satisfacer en el contenido general de la acusación —como también se halla definido jurisprudencialmente— el reparo del opositor no aparece fundado. Aún puede agregarse que el propósito del recurrente es manifiesto hasta en los términos de la acusación formulada. En este sentido son categóricos los pasajes en que habla de que la decisión del Tribunal "exime al señor Osorio de La Sierra de su obligación solidaria de pagar conjuntamente con Moreno Aguirre las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a mi patrocinado" y del "desconocimiento de la norma de derecho que obliga solidariamente al señor Osorio de La Sierra a pagar las prestaciones y las indemnizaciones reclamadas por su poderdante".

Tampoco tiene razón la parte opositora en su otro reparo sobre la incorrecta formulación de los errores de hecho, pues si bien es cierto que no todos ellos pudieron cometerse por falta de apreciación de pruebas que sí fueron examinadas por el **ad-quem**, el cargo singulariza las probanzas mal apreciadas, revela en qué consiste el hecho distinto que ha debido darse por establecido y destaca varias piezas que sí podían presentarse dentro del concepto escogido por el recurrente. Bastará entonces entender, respecto de los testimonios valorados por el fallador, que la demanda propone equivocada apreciación, cosa que por lo demás resulta del conjunto del cargo formulado.

Por todo ello procede el examen de la acusación.

La cuestión de fondo radica en que, para el Tribunal, no se estableció el hecho de que la siembra de los cien mil eucaliptus a que se refieren los autos fuera una actividad normal de la empresa o negocio de Osorio de La Sierra; o mejor aún, a su juicio los testimonios de Rueda, Cruz y Von Arnim acreditan que dicha labor fue puramente ocasional, no configurándose, por ello, el fenómeno de responsabilidad estatuído por el artículo 34 del CST. Los demás aspectos de la litis, relativo a las calidades de patrono y de dueño de la hacienda, en Eliseo Moreno y en Enrique Osorio de La Sierra, respectivamente, contratación de la labor indicada, condición de trabajador del demandante y términos de la misma para los efectos de las condenas concretas producidas por el **a-quo** y mantenidas por el **ad-quem** respecto del contratista independiente, no constituyen materia del presente recurso.

Y acerca del asunto principal, estima la Sala que la siembra en examen no debe apreciarse en la forma como lo hizo el sentenciador, pues aunque ella se efectuase en aquellas partes de la finca calificada como no aptas para la agricultura ni para pastos, y aunque la actividad principal de Osorio de La Sierra fuera la lechería, y el cultivo

de avena, maíz y cebada —que no el de árboles— la complementaria de aquélla, dicha siembra no es extraña a la agricultura y mucho menos a la explotación económica de la finca en donde se realizó o empezó a realizarse, a pesar de que su propietario no sea propiamente un arborizador; ni cabe estimarla, en sí misma, a la manera del **ad-quem**, cuando se demostró no sólo que "en los últimos años se habían llevado a cabo siembra de árboles" según los dichos testimonios, sino que por el tiempo calculado para su ejecución —dieciocho meses— tal labor carecía del carácter ocasional que el artículo 6º del CST. consagra como elemento para esa definición.

Erró por ello el sentenciador al deducir de los testimonios apuntados un hecho inexacto, ignorando, además, en este punto, el contrato celebrado entre Osorio de La Sierra y Eliseo Moreno Aguirre y la propia confesión del beneficiario de la labor, y su conclusión, informada en una mala apreciación de aquella prueba testimonial y en una falta de estimación de las otras probanzas, infringió por la vía indirecta señalada por el recurrente los preceptos que destaca en su demanda.

Debe, en consecuencia, casarse el fallo recurrido para que la Corte, como Tribunal de instancia, con base en las razones expuestas y en las de que la labor examinada no es extraña a la empresa o negocio del beneficiario de la obra ni puede reputarse como ocasional, decrete la condena solidaria del mismo con el contratista independiente, en la forma como la produjo el **a-quo**.

Conviene agregar, finalmente, que la acusación prospera a pesar de no haber señalado las normas laborales que consagran los derechos del trabajador, porque la decisión recurrida los declara y ordena sean satisfechas por el co-demandado Moreno. Entonces, no se requería el señalamiento indicado, ya que el artículo 34 del CST. estatuye acerca de la solidaridad del beneficiario del trabajo con el contratista "por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores". En otras palabras, la condena en contra del contratista Moreno define los derechos del demandante, y la solidaridad reconocida por la Sala encuentra ya precisado el campo de su operancia.

Debe, asimismo, anotarse que la Sala no puede revisar los términos de las condenas decretadas por el **ad-quem** —ni para aumentar, ni para disminuirlas, si en consideración de instancia encontrase fundamento legal para lo uno o para lo otro— porque de una parte, el recurso del trabajador demandante nada propone al respecto y porque, de la otra, Moreno no interpuso el que, en prosperando, habría permitido tal revisión.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de 23 de enero de 1956 del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, proferida en el juicio que promovió Luis Ernesto Moreno contra Eliseo Moreno Aguirre y Enrique Osorio de La Sierra, por cuanto modificó la sentencia de primer grado en el sentido de condenar sólo al contratista independiente, Eliseo Moreno Aguirre, absolviendo al beneficiario de la labor, Enrique Osorio de La Sierra, y en su lugar CONFIRMA la de primer grado de 27 de septiembre de 1955 del Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero H., Secretario.

FORMA DE PACTAR EL PLAZO EN EL CONTRATO VERBAL. — EL DESPIDO POR INEPTITUD COMPROBADA DEL TRABAJADOR, NO EXONERA AL PATRONO DE DAR O PAGAR EL PREAVISO

1.—No cabe argumentar que el primitivo artículo 38 del C. S. del T. (sustituido hoy por el artículo 1º del Decreto-Ley 617 de 1954) permitía pactar también verbalmente el término fijo del contrato, porque la contradicción que pudiera hallarse entre esta norma y el artículo 46 ibidem (hoy artículo 2º del Decreto citado), que exige que "el contrato celebrado por tiempo determinado debe constar siempre por escrito", tiene que resolverse, necesariamente, de acuerdo con los principios de hermenéutica contemplados en el artículo 5º de la ley 53 de 1887, en favor de la aplicación del artículo 46, por ser un precepto de carácter especial que, además, está consignado en artículo posterior. Por otra parte, el término absoluto "siempre" que emplea el artículo 46 obliga a interpretar el artículo 38 en el sentido de que cuando en un contrato verbal vaya a pactarse plazo fijo, no basta el simple asentimiento de las partes, sino que tal estipulación, para su validez, debe quedar registrada por escrito.

2.—De conformidad con el numeral 1º del artículo 62 del C. S. del T., el despido punitivo por ineptitud comprobada del trabajador, se condiciona a que por el patrono se dé o pague el preaviso fijado en esa norma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

La Corte va a decidir el recurso de casación que el apoderado de la parte demandada interpuso contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, dictada en el juicio que **Alvaro Pardo Castañeda** adelantó contra la sociedad **Matera & Lajud Ltda.**

Antecedentes

Alvaro Pardo Castañeda, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla a la sociedad Matera & Lajud Ltda., representada por sus gerentes señores Rafael Matera P., César E. Lajud y Carlos Lajud A., para que se la condenara a pagarle la suma de $ 11.640.80 por concepto de lucro cesante, daño emergente, preaviso, cesantía, horas extras y gastos de transporte. Pidió también condenación por salarios caídos a razón de $ 40.00 diarios desde el día del despido y hasta cuando se le cancele el valor de las prestaciones que reclama. Solicitó, además, se condenara en costas a la demandada.

Son hechos del libelo:

"1º—**La sociedad Matera & Lajud Ltda.** es una persona jurídica que constituyen los señores Rafael Matera y César Lajud, domiciliada en esta ciudad de Barranquilla donde tiene sus oficinas y almacén (calle 34 "Paseo Bolívar" número 42-70) para la venta de auto-motores, repuestos, ferretería y abarrotes; con no menos de diez trabajadores a su servicio y con un capital no inferior a los trescientos mil pesos ($ 300.000). (Este hecho fue corregido posteriormente afirmándose que la sociedad tiene un capital de $ 800.000.00).

"2º—El señor Alvaro Pardo Castañeda es un trabajador experto en contabilidad y administración de negocios como el que tiene la sociedad **Matera & Lajud Ltda.**, que trabajaba hasta el mes de septiembre del corriente año con la firma **Rodríguez & Gonpf - Ferretería Chapinero**", de Bogotá, devengando sueldo mensual de seiscientos pesos ($ 600.00) más el diez por ciento (10%) del valor de las ventas que efectuara.

"3º—En esas condiciones y en viaje que hiciera mi poderdante a esta ciudad el día 29 de agosto próximo pasado, fue contratado por los señores **Matera & Lajud Ltda.** para trasladarse definitivamente a esta ciudad y prestarles sus servicios como trabajador en su oficina y almacén, devengando un sueldo mensual de mil doscientos pesos ($ 1.200.00).

"4º—Celebrado entre las partes dichas el contrato consensual de trabajo, mi poderdante fue urgido por sus nuevos patronos a venirse rápidamente de Bogotá, hasta el punto de tener que precipitar su matrimonio que tenía proyectado para el presente mes de diciembre; renunciando su empleo en la capital de la República y viniéndose con su señora esposa, en viaje aéreo —vía Lansa— el día 19 de septiembre pasado.

"5º—El día 21 de septiembre próximo pasado entró Alvaro Pardo Castañeda a servir como empleado de la sociedad **Matera & Lajud Ltda.** de esta ciudad, contratado por una remuneración de **mil doscientos pesos** ($ 1.200.00) mensuales.

"6º—En las condiciones de trabajo del punto anterior sirvió mi poderdante **Pardo Castañeda** a la sociedad **Matera & Lajud Ltda.** por un período continuo que llegó hasta el día 16 de noviembre pasado, en que fue suspendido sorpresiva, unilateral e ilegalmente por sus patronos, sin pagarle previamente los salarios devengados y las prestaciones sociales correspondientes.

"7º—Nueve días después, el 25 de noviembre, recibió mi poderdante un cheque contra el Banco Francés e Italiano de Barranquilla, el número 24-C-6997, por valor de mil novecientos noventa y tres pesos ($ 1.993.30) con ochenta centavos, fechado el día 18 del mismo mes y destinado a cancelar el valor de un mes y veintiseis días de sueldos, más cincuenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 53.80) que reconocían los patronos como único valor de diez horas de trabajo extra nocturno.

"8º—La sociedad **Matera & Lajud Ltda.** ha cancelado unilateralmente, sin previo aviso y sin pago de las prestaciones sociales correspondientes, el contrato presuntivo de trabajo que venía cumpliendo con ellos mi poderdante, el señor Alvaro Pardo C.

"9º—La cancelación unilateral e ilegal del contrato presuntivo de trabajo entre los señores **Matera & Lajud Ltda.** y mi poderdante **Pardo Castañeda** ha ocasionado a éste serios perjuicios de orden profesional, moral y económico como los concernientes a su desempleo, su reciente matrimonio, su cambio de residencia, sus obligaciones adquiridas y su necesario e imperioso regreso hacia la ciudad de donde era vecino.

"10º—La sociedad **Matera & Lajud Ltda.** hizo más grave las consecuencias de la cancelación del contrato, por parte suya, demorando el pago de los salarios devengados, pues dio a su trabajador Alvaro Pardo la noticia de cesación el día 14 de noviembre y sólo el día 25 le entregó el cheque atrás determinado, que tenía fecha 18 y pagaba el salario hasta el día 16.

"11º—En la liquidación que hizo la sociedad **Matera & Lajud Ltda.**, caprichosamente, para despedir a su trabajador, reconoció tan sólo la suma de cincuenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 53.80) como valor de las diez horas de trabajo extra nocturno que le había prestado el empleado Pardo Castañeda, las cuales tienen el valor económico que se ha fijado en la petición **séptima** de esta demanda.

"12º—No obstante haberse convenido períodos mensuales para recibir sus salarios el trabajador, estos no se le habían pagado sino hasta un abono de trescientos pesos ($ 300.00), siendo lo demás cancelado globalmente el día en que lo liquidaron y despidieron en forma definitiva".

El apoderado de la demandada se opuso a las pretensiones del actor, aceptó los hechos 1º y 5º con aclaraciones y en cuanto a los restantes dijo no constarle unos y negó otros, y explicó: que Pardo fue contratado en Barranquilla, por un término de tres meses, acordándose que de allí en adelante las partes estudiarían las fórmulas que mejor convinieran a sus intereses; que en ejercicio de sus funciones, Pardo recibió de Carlos Dieppa tractores y arados que Matera & Lajud, le había comprado desde tiempo atrás; que como Pardo recibiera unos tractores viejos y dañados y unos arados en muy mal estado, Matera reclamó a Dieppa y éste aceptó la devolución de los tractores y se comprometió a pintar los arados y a ponerles las piezas que hacían falta; que por lo anterior, Matera, en su residencia, le manifestó a Pardo su inconformidad y que después de esta conversación Pardo no volvió más a las oficinas sino a reclamar sus sueldos y prestaciones sociales, por lo cual no es cierto que se le hubiera despedido ilegalmente; que fue Pardo quien resolvió el contrato incumpliendo lo pactado, pues desempeñó irregularmente sus funciones y abandonó el cargo; que posteriormente y con el propósito de preconstituir pruebas, Pardo se hizo expedir un certificado de Pablo Bustillo, jefe de la sección de ferretería y empleado de igual jerarquía que Pardo, certificado en el cual se dice que su "suspensión obedeció a motivos de economía en nuestros gastos generales"; y que Pardo recibió la suma de $ 2.209.80, cobrando horas extras a las cuales no tenía derecho.

El apoderado de la sociedad Matera & Lajud Ltda. contrademandó a Pardo Castañeda para que se condenara a éste a pagarle la suma de $ 9.600 por concepto de lucro cesante y daño emergente

derivados del incumplimiento contractual, y a restituírle la suma de $ 53.80 que le pagó por horas extras, sin que Pardo tuviera derecho a ellas. Fundó la contrademanda en los mismos hechos expuestos al contestar el libelo inicial y manifestó además, que a raíz de la contratación de los servicios de Pardo, Matera & Lajud intensificó el volumen de sus compras con el propósito de aumentar las ventas de maquinaria agrícola, sin haber conseguido esto último por cuanto Pardo incumplió lo pactado, abandonando el cargo. El contrademandado se opuso a la reconvención calificando la acción de temeraria y simplemente dilatoria, y explicó que él se limitó a recibir la mercancía que "desde tiempo atrás" Matera le había comprado a Dieppa; y que no abandonó el cargo, sino que dejó de asistir a las oficinas desde la fecha en que por carta se le comunicó que se prescindía de sus servicios.

En fallo de 20 de octubre de 1954, el Juez del conocimiento desató la litis, así:

"1º—Condénase a la Empresa Matera & Lajud representada por el señor Rafael Matera y en este juicio por el doctor Hernando Julíao Moreno, a pagarle al señor Alvaro Pardo Castañeda o a su representante judicial doctor Rafael Díaz Herrera la suma de ($ 186.58) **ciento ochenta y seis pesos con cincuenta y ocho centavos moneda legal**, conforme viene ordenado en la parte motiva de esta providencia.

"2º—Absuélvese al señor Rafael Matera, representante de Matera & Lajud, de los demás cargos de la demanda instaurada por el señor Alvaro Pardo Castañeda por intermedio de su apoderado doctor Rafael Díaz Herrera.

"3º—Absuélvese al señor Alvaro Pardo Castañeda, representado en este juicio por el doctor Rafael Díaz Herrera, de todos los cargos instaurados en la demanda de reconvención seguida por el señor Rafael Matera en su calidad de Gerente de Matera & Lajud Ltda., representado en este juicio por el doctor Hernando Julíao Moreno.

"4º—Sin costas".

El Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, al conocer en apelación interpuesta por el apoderado de Pardo Castañeda, reformó el fallo del a-quo y, en su lugar, dispuso:

"1º—Condénase a la Empresa Matera & Lajud Limitada representada judicialmente por el señor doctor Hernando Julíao Moreno a pagar al señor Alvaro Pardo Castañeda o a su apoderado judicial doctor Rafael Díaz Herrera la suma de **cuatro mil novecientos sesenta pesos** ($ 4.960.00) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios por la violación del contrato presuntivo de trabajo.

"2º Confírmase los numerales 1º y 3º de la sentencia apelada.

"3º—Sin costas".

El recurso

A través de un cargo principal y otro subsidiario, persigue la casación parcial de la sentencia indicada, para que la Corte, como tribunal de instancia, revoque la condenación contenida en el ordinal 1º de la misma y, en su lugar, confirme el ordinal 2º de la sentencia de primer grado. En subsidio pide que una vez casada parcialmente en cuanto al aludido ordinal 1º, la condenación por lucro cesante se liquide sobre la base de un sueldo de $ 1.000.00 mensuales y únicamente hasta el 31 de diciembre de 1953.

Primer cargo (principal)

Está formulado así: "Dicha sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 64 y 47 del CST, en relación con los artículos 32, 33 y 46 del mismo, por errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras. Las mal apreciadas fueron: la carta de f. 30, el certificado de f. 31, las liquidaciones de fls. 27 y 29, las posiciones de Matera (5ª a 8ª), la declaración de Carlos Dieppa (5ª a 6ª) y la declaración de Pablo Bustillo (fs. 6ª a 6ª). Las no apreciadas fueron la carta del actor (32), los certificados bancarios de fs. 56 y 57 y la declaración de Nell Peña (6ª a 6ª)".

Como errores de hecho, señala:

"a) Tener por demostrado, sin estarlo, que Pablo Bustillo era representante del patrono frente al actor;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el término del contrato de trabajo era hasta el 31 de diciembre de 1953;

"c) Tener por demostrado, sin estarlo, que el salario pactado era de $ 1.200.00 mensuales, en vez de $ 1.000.00 mensuales.

"d) Dar por demostrado que hubo despido, sin estarlo".

Para sustentar el cargo el recurrente expresa: "Matera, en posiciones, explica que Bustillo era administrador de la Ferretería y Pardo el de Maquinaria Agrícola, lo que Bustillo confirma en su declaración. Sin embargo, el sentenciador entiende que entre dos empleados de igual categoría, el

uno puede despedir al otro. Las instrucciones de Matera, afirmadas por Bustillo para favorecer a su amigo, no están demostradas, y ni siquiera Bustillo alude a ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar al respecto. En cambio, Peña presenció el incidente y contradice a Bustillo.

"No hubo, pues, despido. Pero es que, además, el salario era de $ 1.000.00 y no de $ 1.200.00.

"Las liquidaciones de fls. 27 y 29 ni tienen firma, ni están reconocidas; la declaración de Diepa habla de $ 1.000.00, y el monto de lo pagado por un mes y veintiseis días se relaciona con $ 1.000.00 mensuales. Finalmente, el certificado de f. 31 no fue consultado con Matera, según lo dice el mismo Bustillo. Y el término del contrato era hasta diciembre de 1953, conforme el propio actor lo reconoce a f. 32.

"Tan evidentes errores condujeron, fatalmente, a aplicar indebidamente el artículo 32, sobre representantes del patrono y 64, sobre indemnización, en relación con las normas sobre plazo fijo y presunto".

El opositor critica la demanda por falta de técnica, pues dice que el recurrente no hace un examen discriminado de las pruebas a fin de demostrar el error de hecho imputado; que no es procedente tampoco que se sostenga en un cargo que determinadas pruebas, por defectuosa o ninguna apreciación, permiten establecer la existencia o no existencia de unos hechos, y en el texto de otro cargo distinto, se afirma que con base en las mismas pruebas se tenga que deducir la presencia de hechos opuestos y contrarios a los inicialmente señalados; que por otra parte, la prueba testimonial y documental demuestra que Pardo fue despedido injustamente y que su salario era de $ 1.200.00; y que es inaceptable la tesis de la empresa sobre que existió un vínculo a término fijo de tres meses porque ello hubiera requerido un contrato escrito que no existe ni ha existido.

Se observa:

La impugnación puede estudiarse, pues, el acusador concreta debidamente en qué consisten los errores de hecho que le atribuye al Seccional, individualiza las pruebas que, en su concepto, fueron mal apreciadas y otras dejadas de apreciar, y de la breve sustentación de los cargos, sí aparece indicada con absoluta claridad la incidencia de dichos errores en la decisión recurrida. Tampoco existe la contradicción de lógica que anota el opositor entre el primero y segundo cargos, pues este último es subsidiario y parte del supuesto de que al no prosperar el primero, que sostiene que la empresa no produjo el despido del actor, la Corte, en consecuencia, admita que Pardo Castañeda sí fue despedido por la demandada, se declare, entonces, que la empresa tuvo justa causa para hacerlo sin preaviso.

Se considera el cargo:

Terminación del contrato.—Sobre este extremo, en el aspecto que acusa el cargo, dijo el sentenciador:

"Tal comunicación (se refiere a la carta de fecha 14 de noviembre de 1953, firmada por Pablo Bustillo R., que obra a fls. 30 del cuaderno primero), fue desestimada por don Rafael Matera al absolver posiciones, aseverando que don Pablo Bustillo procedió sin orden expresa de la Gerencia para despedir al señor Pardo Castañeda. No empece lo afirmado por el señor Matera en posiciones, el testimonio del señor Pablo Bustillo es muy claro al afirmar que en su calidad de administrador de la firma sí recibió orden expresa de despedirlo y por lo tanto expidió la comunicación referida. Por otra parte, el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo establece que son representantes del patrono todos aquellos empleados que ejerzan funciones de dirección y administración, tales como Directores, Gerentes, Administradores, Mayordomos, etc., y si por otra parte está probada la calidad de Administrador del señor Pablo Bustillo por expresa confesión de don Rafael Matera en posiciones es apenas lógico y natural admitir que la comunicación que figura a folios 30 es la nota de despido del actor Pardo, expedida por quien podía hacerlo y por lo tanto obliga legalmente a la empresa".

Respecto a este primer punto, de las pruebas que cita el cargo se examinarán, en lo pertinente, las que tienen conexión con él, o sean, la carta de fls. 30, las posiciones del Gerente Matera, la declaración de Pablo Bustillo y el testimonio de Nell Peña, cuya mala apreciación en las tres primeras y falta de apreciación en la última, hicieron incurrir al Tribunal, según el impugnador, en los errores de hecho consistentes en "a) Tener por demostrado, sin estarlo, que Pablo Bustillo era representante del patrono frente al actor", y "d) Dar por demostrado que hubo despido, sin estarlo".

En la carta de fls. 30, de fecha 14 de noviembre de 1953, debidamente reconocida por su signatario, Pedro Bustillo usando el carácter de Administrador de la demandada, le dice a Pardo Castañeda: "Estimado amigo: Por orden de la Ge-

rencia nos permitimos comunicarle que debido a la forma en que han sido recibidos las máquinas e implementos agrícolas por usted al señor Carlos Dieppa en condiciones que no han sido aprobadas por nuestro don Rafael Matera, además de la necesidad urgente de reducir los gastos del negocio en un 50%, pues las perspectivas es de pérdidas progresivas, por disminución de las ventas en el futuro; por estos motivos, repetimos, nos vemos en la penosa necesidad de prescindir de sus servicios. Le rogamos pues pasar a nuestra oficina el lunes 16 del corriente para arreglarle su cuenta y pagarle lo que tiene a su favor. De usted servidores y amigos (firmado), P. B. R. Hay un sello que dice 'Matera & Lajud Ltda.'—Administrador".

El Gerente Matera, al ser interrogado en posiciones sobre el contenido de la referida carta de 14 de noviembre, dice (fls. 50, 52, 53, 54): "No es cierto y aclaro. Jamás he autorizado a Pablo Bustillo para que pasara esa carta y le dije a él que el señor Pardo no era el hombre que habíamos contratado porque carecía por completo de la preparación para administrar las maquinarias agrícolas por haber recibido en pésimo estado los implementos y maquinarias al señor Carlos Dieppa, pero de ninguna forma ordené que se le escribiera carta, y menos que se les despidiera y solamente en este momento es que conozco esa carta". (Respuesta a la pregunta primera). Al contestar la pregunta séptima del pliego sobre cómo era cierto que Pardo Castañeda fue suspendido de su cargo el 16 de noviembre de 1953, con sólo el aviso anticipado de la carta referida en la que se cancelaba su contrato de trabajo y sin haberle pagado previamente sus prestaciones y salarios, dijo: "No es cierto y aclaro: El señor Alvaro Pardo C. fue a mi casa de habitación con el señor Nell Peña, Ricardo Gómez y Carlos Moreno por llamado que le hice para tratar sobre el recibo que (sic) maquinarias y útiles recibidos por él a don Carlos Dieppa y en esa ocasión y en presencia de los citados señores le manifesté que no me explicaba cómo un técnico como él (con ese carácter fue contratado el señor Pardo) pudiera haber recibido una maquinaria en tan mal estado que los tractores no funcionaban, los arados todos escarchados y en estado de miseria que hubiera sido imposible la salida de ellos, que yo consideraba que ningún empleado por más hábil que hubiera sido recomendado por el señor Dieppa hubiera podido conseguir de que se le recibiera esos implementos y maquinarias, y que lo que ningún empleado señor Dieppa (sic) hubiera podido conseguir lo había hecho él siendo empleado nuestro y devengando sueldo nuestro. Que dos dilemas se me presentaban o que él no era la persona técnica que habíamos contrado (sic) o que habría obrado de mala fe en beneficio del señor Dieppa por gratitud de haberle conseguido el puesto. El reconocimiento de que sí recibió las maquinarias en estado lamentable es que al día siguiente el señor Dieppa sin ser obligado por nuestra imposición sino porque a simple vista se veía que eso no se podía recibir nos aceptó los tractores y algunos implementos nuevamente. La discusión se agrió y el señor Pardo manifestó que él no se moría de hambre y salió en compañía de don Nell Peña. No regresó al trabajo si no (sic) tres o cuatro días después a que le liquidaran la cuenta y ahora presumo a dejarse extender un certificado de un empleado señor Bustillo que no tiene ninguna autoridad para extenderlo por no ser la persona autorizada y por no ser de mayor categoría más bien de menor categoría a la que el señor Pardo tenía".

A la novena pregunta relacionada con la forma y tiempo en que se le vino a pagar al actor el salario de todo el tiempo servido en la empresa, el absolvente se negó a responder por considerar que no era clara la pregunta, pero advierte: "... lo que sí es cierto es que se le cancelaron sus salarios al señor Pardo hasta el día en que dejó su puesto voluntariamente, después de la discusión o aclaración que tuvimos en mi casa a raíz de haber recibido las maquinarias e implementos al señor Dieppa". Y por último, a la pregunta décima sobre cómo es verdad que Bustillo R. ejercía el cargo de Administrador de la Sociedad demandada o lo desempeñaba en noviembre de 1953, el absolvente respondió: "No es cierto y aclaro: el señor Pablo Bustillo R. desempeñábaba en ese entonces, pues y no (sic) es nuestro empleado, la jefatura y si se quiere llamar la administración de las ventas de ferretería de Matera & Lajud y no la Administración de Maquinarias agrícolas que es cosa muy diferente y que la desempeñaba en ese entonces es decir, en el mes de noviembre el señor Pardo Castellañada (sic). Anteriormente al señor Pardo Castañeda la desempeñaron el señor Melchor, el señor Nell Peña y don Pablo Bustillo siempre desempeñó la jefatura de las ventas de la ferretería como se puede constatar a su debido tiempo".

Por su parte **el testigo Pablo Bustillo,** ex-administrador de la Sección de Ferretería de la sociedad demandada, al ser preguntado respecto de la

carta-despido ya citada y sobre si tenía instrucciones precisas de Matera para firmarla en la forma y términos que la distinguen y si reconocía la firma y contenido de dicho documento, declara (fls. 62 y 63): "Como lo dice la carta de retiro ella fue formulada por orden del Gerente de la firma señor Rafael Matera y en ella está consignada la causa del retiro del empleado del (sic) señor Alvaro Pardo...". "Si recibí instrucciones precisas del Gerente de la firma Matera y Lajud señor Rafael Matera" ... "Ambas firmas son mías (se refiere tanto a la carta-despido, como a un certificado de fecha 7 de diciembre de 1953 que obra a fls. 31), es decir las uso en mis actos públicos y privados. Y el contenido que tienen cada una de ellas son exactos. La primera como ella misma lo dice se formuló por orden expresa de la Empresa Matera y Lajud Ltda., dadas por su Gerente señor Rafael Matera, y el certificado por solicitud personal del señor Alvaro Pardo al declarante..." Preguntado sobre la naturaleza y funciones del cargo que el testigo desempeñara en la empresa demandada en el mes de noviembre de 1953 y sobre la fecha hasta la cual prestó sus servicios en ese cargo y si, en vista de los varios documentos que aparecen en los autos firmados por él como Administrador de Matera y Lajud Ltda., ejercía el testigo en forma general esa facultad de firmar como Administrador o si era que acostumbraba hacerlo por su cuenta y riesgo, respondió: "Por la fecha de la pregunta desempeñaba el puesto de Administrador de la Sección de Ferretería de la sociedad de Matera & Lajud Ltda., y sólo por orden de la Gerencia y en ausencia del Gerente intervenía en los otros renglones de negocios de la Empresa" ... "Hasta el día 22 de enero de 1954"... "mi cargo en la Empresa era de Administrador de la Sección de Ferretería, pero previa autorización de la Gerencia me tocaba firmar muchas veces como Administrador General.". Interrogado el declarante sobre la naturaleza de las funciones que desempeñara Pardo Castañeda en la empresa citada y sobre las condiciones del respectivo contrato de trabajo entre aquél y ésta, dijo: "Si me consta, sus funciones era (sic) de dirección porque esa Sección no tenía ningún otro encargado de su manejo" ... "A este respecto sólo fui notificado por el señor Rafael Matera como Gerente de la Empresa que el señor Alvaro Pardo se encargaría de administrar el ramo de maquinaria agrícola en general...".

Nell Peña, después de relatar que al día siguiente del recibo de la maquinaria, el testigo, el gerente Matera y el mecánico Moreno se trasladaron a la finca "Carnaglicy" a chequear la mercancía, observándose entonces que Pardo había recibido de Dieppa maquinaria en abierta contradicción con las instrucciones de Matera, agrega (fls. 67 y 68): "En vista de esta circunstancia nos citó para que esa misma noche nos reuniésemos en su casa de habitación a fin de esclarecer la conducta seguida por el señor Alvaro Pardo: ya reunidos a eso de las ocho de la noche el señor Matera increpó al señor Alvaro Pardo más o menos en estos términos: 'Ha sido poco decoroza (sic) la forma como usted a (sic) procedido en el recibo de la mercancía que se encontraba en los Talleres del señor Dieppa, más parece que usted fuera empleado del señor Carlos Dieppa y no de la firma Matera Lajud'. Eso es todo lo que me consta en relación a lo que se ha preguntado".

Como puede observarse del aparte transcrito de la sentencia del Seccional, éste, para decidir sobre el despido del actor no solamente hizo la consideración de que Bustillo, por su carácter de administrador de la demandada podía expedir la carta de fls. 30, obligando legalmente a la empresa, sino que, en primer término y frente a las dos pruebas opuestas sobre la autorización para pasar la nota de despido, desechó la manifestación de Matera en posiciones de que nunca había autorizado a Bustillo para que produjera dicho documento y aceptó, por considerarlo muy claro, el testimonio de este último quien afirma haber procedido a expedirlo por órdenes precisas del Gerente Matera. La apreciación del Tribunal a este respecto no aparece equivocada, porque Bustillo declara sin vaguedades, en forma precisa y coordinada, sin contradicciones, aseverando un hecho (el de la autorización recibida) perfectamente compatible con su calidad de administrador de una de las secciones de la empresa y suficientemente explicable dado el antecedente de la gran contrariedad que produjo en Matera la actuación del demandante al recibir los elementos comprados a Dieppa, todo lo cual permite calificar el testimonio de Bustillo como plenamente responsivo y aceptar que no se diera por desvirtuado con la simple negativa del gerente de la demandada. En cuanto a la declaración de Nell Peña en nada contradice a Bustillo, pues Peña declara sobre un hecho distinto como fue la conversación habida en la casa de Matera, en la tarde del día en que se advirtieron las irregularidades del material recibido por Pardo, a la cual asistieron el testigo, Matera, Moreno y Pardo, con el objeto de esclarecer la conducta de este último

y en donde Matera interpeló al demandante, testimonio que en ninguna forma demuestra que la autorización que afirma Bustillo no le hubiera sido en verdad conferida.

La anteriormente expuesto lleva a concluir que el Tribunal, en cuanto dio por demostrado el despido del actor, no incurrió en el defecto de valoración probatorio ni en los errores de hecho que señala el recurrente, ni violó tampoco, en consecuencia, las normas legales que regulan la materia, por lo cual no prospera la impugnación en el aspecto que se examina.

Cuantía del salario.—A este respecto, dice el sentenciador:

"De autos está probado a fls. 31 del informativo que el demandante Pardo Castañeda sí fue trabajador de la empresa demandada en el ramo de maquinaria agrícola y que por el desempeño de su cargo la empresa le reconocía la suma de $ 1.200.00 mensuales. Tal certificación que está firmada por el señor Pablo Bustillo en su calidad de administrador de la firma demandada y debidamente reconocida por él en la diligencia de su testimonio dentro del proceso y que obra a folios 63, es una prueba fehaciente y completa no sólo de la existencia del consorcio laboral entre las partes, sino del sueldo devengado por el actor.

"De las pruebas que destaca el recurrente, tienen relación con el punto en estudio la certificación de fls. 31, las liquidaciones de fls. 27 y 29, los certificados bancarios de fls. 56 y 57 y, en lo pertinente, las declaraciones de Carlos Dieppa y Pablo Bustillo, cuya mala apreciación hizo incurrir al Seccional, según el acusador, en el error de hecho de 'dar por demostrado, sin estarlo, que el salario pactado era de $ 1.200.00 mensuales, en vez de $ 1.000.00 mensuales'".

Es verdad que las liquidaciones de fls. 27 y 29, en las que aparece tomándose un sueldo base mensual de $ 1.200.00, no tienen procesalmente valor probatorio, pues no fueron reconocidas en el juicio ni registran firma alguna. Pero es improcedente la acusación que hace el cargo respecto de su equivocada valoración por el Seccional, pues éste no se basó en ellas ni las tomó en cuenta para deducir el sueldo de Pardo Castañeda, para cuya prueba sólo atendió al certificado de fls. 31.

Carlos Dieppa, quien recomendó a Pardo ante la empresa demandada, al ser preguntado sobre si conocía las condiciones en que Pardo fue contratado, dice (fls. 60): "Después que recibí las cartas de Gustavo Hernández, Pardo vino a Barranquilla y habló con el señor Rafael Matera de Matera y Lajud Ltda., conversación que tuvieron ellos dos en la casa del señor Rafael Matera y el señor Matera le ofreció el puesto de Jefe de Venta en Barranquilla con un sueldo fijo de mil pesos. Como dije antes, la conversación entre el señor Matera y Pardo a la cual yo asistí, fue en la residencia del señor Rafael Matera, por lo tanto no sé las condiciones definitivas del contrato de trabajo entre la firma Matera y Lajud y Pardo". Esta declaración no evidencia sino que Matera le ofreció a Pardo un sueldo de mil pesos, pero no indica que ésta fuera la base aceptada por Pardo, ni que sobre ella se convinieran definitivamente el contrato, por lo cual no es prueba que sirva para demostrar que el sentenciador se equivocó al dar como acreditado con otros elementos probatorios un salario mayor.

El certificado de fls. 31, de fecha 7 de diciembre de 1953, que fue el documento que sirvió al Seccional para dar como probado el sueldo del actor, aparece suscrito por Pablo Bustillo como Administrador de la demandada y en él se dice que Pardo Castañeda "prestó sus servicios a esta casa en su calidad de empleado, en el ramo de Maquinaria Agrícola por un lapso de un mes 26 días con un sueldo de $ 1.200.00 mensuales", agregándose que "durante este tiempo observó conducta y honorabilidad intachables y su suspensión obedeció a motivos de economía en nuestros gastos generales". Matera, en posiciones, desconoce el contenido de este certificado, pues dice que "es firmado por el señor Pedro Bustillo que como empleado es de menor categoría para lo que se contrató al señor Alvaro Pardo, ya por el sueldo diz que gana y por el volumen de negocio que debió administrar".

Pablo Bustillo, al ser preguntado sobre si había recibido instrucciones de alguno de los gerentes de la demandada para firmar tal certificado de 7 de diciembre, después de explicar que la carta de retiro de 14 de noviembre (fls. 30) si había sido formulada por orden de Matera, agrega (fls. 62 a 64): "...pero posteriormente el señor Pardo me solicitó en forma personal y amistosa que le formulara un certificado que él pudiera presentar en caso necesario en cualquier empresa comercial sin que le causara perjuicios por los términos en el estuviera concebido (sic). Como en realidad la conducta del señor había sido intachable y perfectamente honorable y sólo su falta de conocimientos y experiencia en el ramo de maquinarias agrícolas había sido la causa de cualquier error que sufriera al recibir las máquinas o implementos entregados por don Carlos

Dieppa yo convine en darle un certificado haciendo caso omiso de la causa real de su despido, previa aclaración del señor Pardo que dicho certificado sólo le serviría para hacer (sic) presentado en cualquier empresa en donde él solicitara trabajo". Preguntado si reconocía la firma y el contenido de la certificación respondió afirmativamente, recalcando que la había expedido a solicitud personal de Pardo y con los fines anotados anteriormente y "sin que mediara nueva consulta con la gerencia". Y al contestar a la pregunta sobre si conocía las condiciones del contrato, dice: "Desconozco del término preciso del contrato de trabajo acordado entre el señor Pardo y la Empresa, así como el sueldo que le fue asignado, el cual o del cual sólo tuve noticias al formularle su liquidación definitiva en la fecha de su retiro".

Para el acusador, el testimonio de Bustillo establece que el certificado de que se viene hablando no fue consultado con Matera y que Bustillo lo expidió sin estar autorizado expresamente para ello, lo que resulta claramente cierto, pero esa circunstancia, por sí misma, no es apta para evidenciar que el sentenciador se equivocó ostensiblemente al fijar en $ 1.200.00 mensuales el sueldo del actor, pues dicha estimación resulta también al relacionar otros elementos probatorios con los propios certificados bancarios de fls. 56 y 57 que el recurrente señala como no apreciados. En efecto, en el hecho 12º de la demanda inicial se afirma que durante el ejercicio del contrato, el actor solamente recibió $ 300.00 y que el resto del salario sólo se le vino a pagar a la terminación del vínculo; en el hecho 7º se afirma que a Pardo se le pagó la suma de $ 53.80 por horas extras (hecho que aparece confirmado por la empresa en la petición 3ª de la contrademanda); en el mismo hecho 7º se dice que solamente nueve días después de su despido el demandante recibió un cheque contra el Banco Francés e Italiano de Barranquilla por valor de $ 1.993.80 destinado a cancelarle sus salarios durante el mes y 26 días servidos, más los $ 53.80 de las horas extras; al contestar este hecho, la empresa dice: "No me consta. El señor Alvaro Pardo recibió la suma de $ 2.293.80 cobrando horas extras a las cuales no tenía derecho por ser su trabajo de dirección y responsabilidad"; el salario del actor, calculado sobre la base de $ 1.200.00, valdría en el mes y 26 días trabajados, la cantidad de $ 2.240.00, que agregada a los $ 53.80 de las horas extras, arroja exactamente la suma de $ 2.293.80 que confesó la empresa había percibido el demandante. El hecho de que el actor hubiera recibido $ 300.00 durante el ejercicio de su contrato, explica por qué la suma pagada en el cheque a que se refieren los certificados bancarios de fls. 56 y 57 fuera únicamente del saldo, o sea de $ 1.993.80. Lo anterior indica, en contrario de lo sostenido por el recurrente, que lo pagado a Pardo Castañeda por un mes y veintiseis días se relaciona con un sueldo de $ 1.200 y no con uno de $ 1.000 mensuales.

Asimismo, aparece indiscutible que la empresa aceptó en la contestación de la demanda el sueldo de $ 1.200.00 afirmado por el actor. En efecto, en el hecho 3º del libelo se dice que en viaje que hiciera Pardo a Barranquilla el 29 de agosto de 1953 fue contratado por la demandada para trasladarse definitivamente a dicha ciudad y prestarle sus servicios, devengando un sueldo mensual de $ 1.200.00, y la empresa lo contestó así: "El señor Alvaro Pardo fue contratado ante testigos por un término de tres meses y de allí en adelante las partes estudiarían las fórmulas que mejor convinieran a sus intereses; por consiguiente no acepta este hecho en la forma escueta como viene redactado, pues el señor Pardo fue contratado en esta ciudad de Barranquilla a donde vino por iniciativa propia o por sugerencia de terceros". Y al hecho 5º que dice que el 21 de septiembre de 1953 entró Pardo a servir como empleado de la demandada, "contratado por una remuneración de **mil doscientos** pesos ($ 1.200) mensuales", la empresa respondió: "Es cierto, con las aclaraciones hechas al punto tercero y que doy por reproducidas aquí", y como tales aclaraciones no versan sobre la cuantía del sueldo afirmado, ni se oponen a ella, sino que se refieren al término de vigencia del contrato y a unas futuras mejores condiciones que podrían llegarse a pactar, es obvio concluir que del contenido del hecho 5º, lo referente al sueldo de $ 1.200.00 fue materia confesada como cierta por la empresa. No se configura tampoco respecto a este punto de la litis la equivocada apreciación probatoria, ni el error de hecho, ni la violación de los textos legales pertinentes que acusa el impugnador.

Pero es que además de lo dicho, existe una circunstancia procesal que hizo perder a la empresa el interés jurídico para recurrir en casación en busca de reducir el salario tomado por el **ad-quem** para hacer su condena por lucro cesante. Tal remuneración de $ 1.200.00 fue la misma que se encontró probada y se aplicó en el fallo de primera instancia para liquidar la cesantía del actor, providencia de la cual no apeló la empresa de-

mandado, manifestando así su conformidad con este extremo del **quantum** del salario. Por otra parte el pedimento del acusador está contra el principio de la **reformatio in pejus** consagrado expresamente en el Código de Procedimiento Laboral, porque al reducirse el salario a $ 1.000.00 mensuales se desmejoraría la situación de Pardo, único apelante de la sentencia de primer grado.

Por todo lo anterior, no prospera este aspecto del cargo.

Plazo o término del contrato.—Para el Tribunal el contrato que existió entre las partes de esta litis fue verbal, de término indefinido y, por lo tanto, regulado por la presunción del plazo semestral de que trata el art. 47 del C. S. del T.

De las pruebas que destaca el cargo tiene incidencia con este extremo la carta, de fls. 32, cuya falta de apreciación, según el acusador, hizo incurrir al Tribunal en el error de hecho de "b) No dar por demostrado, estándolo, que el término del contrato de trabajo era hasta el 31 de diciembre de 1953".

La carta citada, de fecha 18 de noviembre de 1953, dirigida por el actor al gerente Matera, dice: "Apreciado señor Matera: Don Pablo Bustillo me ha comunicado hoy que tiene instrucciones suyas para liquidarme mi sueldo a razón de $ 1.000.00 mensuales. Usted recordará, y así me lo ha manifestado varias veces, que nuestro contrato fue por $ 1.200.00 mensuales, ya que yo no hubiera podido venirme por una suma menor, y de enero en adelante estudiaríamos una fórmula sobre sueldo y comisión, una vez que el negocio hubiera tomado incremento en su desarrollo y ventas. Sobre este aspecto estoy perfectamente tranquilo, ya que usted me afirmó enfáticamente que su palabra se cumplía por encima de todo ya que "valía por todo el papel sellado". Esta no tiene otro objeto que dejar aclarada esta pequeña confusión, con el objeto de que usted autorice se me arreglen prontamente mis asuntos, pues necesito trasladarme a mi ciudad a buscar el sostenimiento de los míos y el propio".

La empresa al contestar el libelo inicial sostuvo que había contratado a Pardo, ante testigos, por un término de tres meses y que de ahí en adelante las partes estudiarán las fórmulas que mejor convinieran a sus intereses; y en el hecho 2º de la demanda de reconvención expresó que se había acordado que Pardo prestara sus servicios entre el 20 de septiembre de 1953 y el 31 de diciembre del mismo año, fecha en que las partes tomarían una determinación en consonancia con el desarrollo del negocio y con la capacidad que demostrara Pardo, y citó como testigo presencial del convenio al señor Carlos Dieppa. Pero la demandada no llevó al juicio ninguna prueba testimonial al respecto y el mismo Dieppa, como puede verse de su declaración transcrita en un pasaje anterior del presente fallo, manifiesta ignorar las condiciones definitivas en que las partes hubieran celebrado el contrato.

El único documento que puede prestarse para una interpretación sobre el particular es la carta citada del actor, que según el recurrente constituye un reconocimiento por parte de Pardo de que el término de su contrato era hasta diciembre de 1953. Pero en verdad del texto de dicho documento no podría deducirse con plena certeza, como para que apareciera ostensible el error del Seccional, que Pardo hace dicho reconocimiento, pues él habla únicamente de que se había convenido que de enero en adelante se estudiaría una fórmula de sueldo y comisión para modificar su salario fijo, pero nada obliga a pensar que dicha modificación en la forma de integrar el sueldo del actor condicionara también el término del contrato, porque los cambios de salario bien pueden producirse dentro de un mismo ejercicio contractual.

Pero por el aspecto estrictamente normativo también se sostiene la decisión del Tribunal, aún en el caso de que se le diera a la carta mencionada la interpretación que quiere el recurrente, pues como en ninguna forma ese documento demuestra que hubiera habido acuerdo escrito sobre el término fijo del contrato, como perentoriamente lo exigía el primitivo artículo 46 del C. S. del T. aplicable al tiempo de los hechos (exigencia que mantiene el artículo 2º del Decreto-Ley 617 de 1954 que sustituyó al artículo 46 citado), sino que, cuando más, llegaría a evidenciar que lo que hubo fue acuerdo verbal sobre dicho plazo del contrato con un sueldo fijo cuyo reconocimiento estaría reclamando por escrito el actor, no puede aspirar el recurrente a que se le dé validez a una convención (la de plazo fijo) que de haberse concluido aparecería celebrada de un modo desautorizado por la ley.

Y no cabe argumentar que el primitivo artículo 38 del C. S. del T. (sustituido hoy por el artículo 1º del Decreto-Ley 617 de 1954), permitía pactar también verbalmente el término fijo del contrato, porque la contradicción que pudiera hallarse entre esta norma y el artículo 46 ibidem, que exige que "el contrato celebrado por tiempo determinado debe constar siempre por escrito", tiene que resolverse, necesariamente, de acuerdo

con los principios de hermenéutica contemplados en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en favor de la aplicación del artículo 46, por ser un precepto de carácter especial que, además, está consignado en artículo posterior. Por otra parte, el término absoluto "siempre" que emplea el artículo 46 obliga a interpretar el artículo 38 en el sentido de que cuando en un contrato verbal vaya a pactarse plazo fijo, no basta el simple asentimiento de las partes, sino que tal estipulación, para su validez, debe quedar registrada por escrito.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a declarar que el ad-quem, al decidir sobre este último aspecto del cargo, no incurrió en el error de hecho ni en las infracciones legales que le atribuye el impugnador.

No prospera la acusación.

Segundo cargo (subsidiario)

Está presentado así: "Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 64 y 47 del C. S. T., en relación con los artículos 38, 46 y 66 del mismo, y por falta de aplicación de los artículos 58, ordinal 1º, y 62, ordinal 8º ibidem, por errores de hecho cometidos por mala apreciación y falta de apreciación, respectivamente, de las mismas pruebas enunciadas en el cargo anterior".

Como errores de hecho, indica:

"a) No dar por demostrada, estándolo, la justa causa del despido que se invocó, y

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, un salario de $ 1.200.00 mensuales y un término indefinido del contrato".

Para sustentar el cargo, dice el recurrente: "Con las declaraciones de Dieppa, Peña y el mismo Bustillo (en el evento de que se admitiera que este último podía despedir al actor) se evidencia la culpa gravísima de Pardo en el recibo de la maquinaria de Dieppa contra las instrucciones expresas de Matera. Aún en ese supuesto, el despido habría sido, pues, justificado.

"Al condenar el fallo cesante (artículo 64) el sentenciador dejó de aplicar los artículos 58 y 62 que justificaban el despido. Y en todo caso, como el salario era de $ 1.000.00 y el contrato expiraba en diciembre de 1953, la aplicación del artículo 64 sería siempre indebida".

El opositor sostiene que no existe en los autos demostración de que mediaba motivo legal para la terminación del contrato por parte de la demandada, sino que antes bien existe prueba en contrario, como se infiere de la declaración de Dieppa.

Se considera:

De los problemas que presenta el cargo sólo se estudiará el relacionado con la justa causa del despido que invoca el recurrente, pues en cuanto al salario y término del contrato son cuestiones que por haber sido planteadas también en el cargo anterior, quedaron resueltas en su oportunidad.

Para responsabilizar a la empresa por el despido del actor, el Seccional expresó:

"En primer lugar, las justas causas de despido están consagradas en la ley sustantiva laboral de los artículos 62 y 63 y en ellas no se encuentra debidamente catalogada una de las razones aducidas por la empresa cual es la de reducción de gastos en el negocio, que si bien podía catalogarse como una imprevisión por parte de la empresa y dar lugar a una revisión del contrato de trabajo, como lo estatuye el artículo 50 del C. S. del T. no es el caso analizado, puesto que tal reducción de gastos y perspectivas de pérdidas alegados por la empresa fueron presentados por ella como una razón o motivo justificativo para la terminación del contrato de trabajo. Como tal razón o motivo no está catalogado como una justa causa para dicha terminación, la conclusión a sacar es obvia: que tal razón no es justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

"Pero, la empresa alegó también algún incidente en el recibo de una maquinaria agrícola que el propio Pardo Castañeda fue encargado de verificarlo de manos del señor Carlos Dieppa, y en donde le achacan como de su exclusiva responsabilidad la circunstancia de que tales implementos no hayan sido entregados en forma satisfactoria y útiles para el comercio. En realidad, en el expediente está demostrado que tales implementos fueron vendidos por don Carlos Dieppa a la firma Matera & Lajud Limitada con mucha anterioridad a la entrada del señor Pardo Castañeda a la empresa y que éste sólo tuvo como misión el recibo de ellos para depositarlos en los depósitos de su patrono. En la declaración rendida por don Carlos Dieppa, que figura en el proceso a folios 58 y ss., admite como cierta la circunstancia analizada, pero también afirma que Matera & Lajud Limitada le exigieron la reparación de los implementos inservibles que fue verificado por el señor Carlos Dieppa a entera satisfacción. Como se aprecia, aún en el caso de

ser ciertos los motivos indicados en la carta despido, no se deduce responsabilidad directa a cargo del señor Pardo Castañeda, puesto que según lo afirma el propio vendedor de tales implementos ellos fueron reacondicionados para cumplir con el convenio con los señores Matera & Lajud Limitada.

"A lo largo del proceso la empresa trata de presentar un interés egoísta y proclive por parte del actor al admitir y recibir los implementos dañados por la circunstancia de que fue el propio don Carlos Dieppa quien sirvió de intermediario entre Matera & Lajud Ltda. y la empresa con quien normalmente venía trabajando el señor Pardo en Bogotá. Tal aseveración carece del más pequeño asidero probatorio a lo largo del proceso y por lo tanto el Tribunal la desestima".

De las pruebas que puntualiza el recurrente, tienen relación con la materia en estudio la carta de despido de fls. 30, el testimonio de Bustillo, las posiciones de Matera y las declaraciones de Nell Peña y Carlos Dieppa. Las tres primeras probanzas, en lo pertinente, aparecen reproducidas en apartes anteriores de este fallo, y sólo resta transcribir lo que al respecto afirman Nell Peña y Carlos Dieppa.

El testigo Peña dice (fls. 67). "En reiteradas ocasiones el señor Rafael Matera nos había ilustrado acerca de la forma como debíamos recibir del señor Carlos Dieppa la maquinaria destinada para la firma Matera & Lajud Ltda., haciéndonos hincapié en el hecho de que por ningún motivo recibiésemos aquella maquinaria que le faltase algún implemento para su correcto funcionamiento y sobre todo maquinaria de difícil venta puesto que ello implicaría el reconocerle al señor Dieppa intereses sobre la maquinaria recibida que no fuera de fácil salida redundando naturalmente en perjuicio de los intereses de la firma. El señor Alvaro Pardo fue comisionado por el señor Matera para recibir los implementos agrícolas y la maquinaria que estaban en poder del señor Carlos Dieppa y le ordenó su traslado a la finca 'Camagüey' en donde se hayan (sic) los depósitos de la firma Matera y Lajud; al día siguiente del recibo nos trasladamos el señor Carlos Moreno, mecánico de la casa, don Rafael Matera y el suscrito a chequear la mercancía recibida por el señor Pardo. El señor Matera inmediatamente ordenó al mecánico de la casa señor Moreno procediera a revisar los implementos agrícoles y la maquinaria sorprendiéndonos el hecho de que la mercancía recibida en abierta contradicción con las instrucciones recibidas del señor Matera es decir, que el señor Alvaro Pardo había recibido maquinaria incompleta, e implementos agrícolas de difícil venta".

Dieppa dice (fls. 59): "No recuerdo exactamente la fecha en que fue retirada la maquinaria a que se refiere esta pregunta pero sí recuerdo que el señor Pardo fue una vez a recibir maquinarias para la firma Matera y Lajud Ltda., y que dicha maquinaria le fue entregada como de costumbre por el Jefe de la Sección respectiva. Varios días después los señores Matera y Lajud devolvieron parte de la maquinaria porque algunos tractores y posiblemente alguno (sic) implementos estaban incompletos y no estaban en perfecto estado de servicio. No tuve ningún inconveniente en recibir esta maquinaria el cual fue reparado (sic) y puesta al servicio en mi taller". También afirma que dicha maquinaria fue negociada antes de que Matera & Lajud Ltda., tomara los servicios del actor.

Del dilema, **mala fe o ineptitud**, que el Gerente Matera, según su propia confesión en posiciones, planteó a Pardo a raíz del incidente ocasionado por el recibo de la maquinaria defectuosa, el primer supuesto no está acreditado en forma alguna, y sólo razones de **ineptitud** aparecen alegadas desde la iniciación de la litis y continúa manifestándose a través de las diversas probanzas. La empresa al contestar el hecho 6º de la demanda y después de relatar que Pardo había recibido las maquinarias en mal estado, agrega: "En vista de lo anterior, don Rafael Matera le manifestó al señor Pardo su inconformidad por este proceder, recordándole que había venido a prestar sus servicios como jefe responsable de la sección de maquinaria agrícola por el carácter de técnico en la materia con que se había presentado"; y en el hecho 3º de la demanda de reconvención la Empresa dice: "...En vista de lo anterior don Rafael Matera le manifestó a don Alvaro Pardo su inconformidad por ese proceder no sin recordarle que la contratación de sus servicios como director responsable de la sección de maquinaria agrícola que se había hecho con motivo de su experiencia y técnica en la rama, y que al cumplir el encargo de recibir la maquinaria del señor Dieppa no había dado muestras de esa experiencia y técnica". El mismo Matera confiesa haberle dicho a Bustillo únicamente que Pardo no era el hombre que había contratado porque carecía por completo de preparación para administrar la maquinaria agrícola pues había recibido en pésimo estado la comprada a Dieppa, manifestaciones éstas que han de relacionarse con

la carta de despido para fijarle su completo entendimiento. Bustillo afirma que la conducta de Pardo fue intachable y perfectamente honorable y que sólo su falta de conocimientos y experiencia en el ramo de maquinaria agrícola había sido la causa del error sufrido al recibir los citados elementos. El que Pardo hubiera recibido máquinas incompletas e implementos agrícolas de difícil venta contrariando las instrucciones de Matera, como lo afirma Peña, es un hecho que, por sí solo, no afecta el presupuesto de su ineptitud, pues dentro de lo establecido en los autos, dicha inobservancia no encuentra otra explicación distinta a la falta de conocimientos técnicos que no le habrían permitido al actor cumplir a cabalidad tales instrucciones.

Pero en todo caso, el sentenciador sí erró al declarar sin responsabilidad a Pardo, pues habiendo sido éste contratado, según lo demuestran suficientemente los autos, como experto y conocedor del negocio de maquinaria agrícola y estando, además, advertido por Matera sobre las condiciones de recibo del material que era el acto cuya ejecución se le encomendaba, debió rechazar los elementos averiados o incompletos y los de difícil venta, y al no hacerlo así, dentro de la situación de autos patentizó su ineptitud para "prestar el servicio convenido", que lo hizo incurrir en una falta, en un incumplimiento culposo del contrato, que el Estatuto Laboral en su artículo 63 sanciona autorizando el despido del trabajador.

Mas no obstante la equivocación del Seccional, el fallo no podrá casarse para absolver a la empresa de la indemnización por lucro cesante, pues al convertirse la Corte en tribunal de instancia, encontraría que de conformidad con el numeral 1º del citado artículo 63 del C. S. del T., el despido punitivo por ineptitud comprobada se condiciona a que por el patrono se dé o pague el preaviso fijado en esa norma, requisito que la empresa no cumplió, o al menos no demostró que cumpliera, viciando así de ilegalidad su acto, por lo que el despido de Pardo aparecería, de todas maneras, injusto, obligando a la empresa a indemnizar el lucro cesante en igual cuantía que la liquidada por el Tribunal.

La tesis del recurso que pretende ubicar la situación jurídica del actor como un caso de despido no condicionado al preaviso de acuerdo con el numeral 8º del art. 62 del C. S. del T. en relación con el ordinal 1º del artículo 58 ibidem, alegando que Pardo no acató las instrucciones que le dio Matera, carece de fundamento en los autos, pues lo que éstos demuestran no es que Pardo desobedeciera impulsado por un sentimiento de indisciplina, por una intención irrespetuosa como para considerar que su conducta implicara un desacato a las órdenes e instrucciones superiores, sino que su falta se debió a la impericia o ineptitud para desempeñar las funciones propias de su cargo, es decir, que el demandante incurrió en la causal precisa del numeral 1º del artículo 63 del C. S. del T.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

EL SISTEMA DE PAGO PREFERENTE DE LO DEBIDO A LOS TRABAJADORES POR CONCEPTO DE CONTRATOS DE TRABAJO, ADOPTADO EN LA LEGISLACION SOBRE QUIEBRAS, SE REFIERE TAMBIEN A LOS DESPIDOS ANTES DE LA DECLARACION DE QUIEBRA.—EL SINDICO DE LA QUIEBRA PUEDE ATENDER A ESTOS PAGOS. — PERSONERIA DEL APODERADO EN EL RECURSO DE CASACION.—TECNICA DE CASACION

1.—Para la Sala, cuando el representante interviene en todas las actuaciones del proceso con poder "amplio y suficiente", no existe impedimento en cuanto a la aceptación de la personería del apoderado en el recurso de casación. Distinto el caso en que se confiere en forma especial un poder, para una de las instancias o para determinado incidente.

2.—Cuando el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940 establece como "gastos que deben ser pagados de preferencia, la remuneración debida a los empleados y obreros por razón de sueldos y jornales, y todas las prestaciones sociales incluyendo el auxilio de cesantía, en caso de que la quiebra imponga el despido" —obsérvese bien: GASTOS QUE DEBEN SER PAGADOS DE PREFERENCIA— no está refiriéndose a la quiebra declarada, ni hace distinción alguna entre despidos producidos antes o después de la declaración. Simplemente hace referencia, a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", de que trata el artículo 1º del mencionado decreto. Hay que aceptar, que el estatuto dio un régimen preferencial a las prestaciones sociales de los trabajadores, sin que pueda entenderse que se refiere a situaciones anteriores o posteriores a la declaración; es un régimen especial, basado en la misma naturaleza del contrato de trabajo y de las obligaciones que de él nazcan.

3.—Cuando el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940 dice que "las prestaciones sociales de los trabajadores en caso de que la quiebra imponga el despido, son gastos que deben ser pagados de preferencia", está relacionado lo ordenado, con lo preceptuado en el art. 23 anterior, que entre las funciones del Síndico de la quiebra, coloca en el ord. 4º, la facultad de "elaborar y someter a la consideración del Juez el presupuesto de gastos mensuales". Con ello quiere significar, bien se observa, su atención inmediata a los pagos por distintos conceptos, entre los cuales no habría razón valedera para negar la inclusión de las prestaciones debidas a los trabajadores, sin esperar a que ellas sean tenidas como créditos con la prelación establecida en los juicios de quiebra.

4.—El recurrente no puede conformarse con la enunciación de normas de carácter adjetivo, sin mencionar de qué manera el procedimiento seguido pudo incidir sobre la violación de normas sustantivas que, de otra parte, imprescindiblemente hay que citar en toda acusación para la prosperidad del recurso.

5.—Cuando un incidente sobre excepción de pleito pendiente fue resuelto negativamente en la instancia sin que la decisión hubiera sido apelada por el excepcionante, quedó en tal forma definida la competencia de la jurisdicción especial del trabajo, y no es la casación la oportunidad para revivir el incidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Raúl Jaramillo Vélez, mayor y vecino de Medellín, demandó por medio de apoderado y por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, a la masa de la quiebra de "Compañías Unidas de Transportes S. A." con domicilio en Bogotá y representada por su Síndico, José Vicente Morales, para que fuese condenada al pago de las siguien-

tes prestaciones e indemnizaciones dentro del término que se fije en la sentencia:

"a) Auxilio de cesantía a razón de un mes por cada año de servicio o fracción, por el lapso comprendido entre el 5 de julio de 1945 y el 30 de mayo de 1952, con base en un sueldo mensual de $ 850.00;

"b) Vacaciones en dinero por los últimos cuatro años;

"c) Prima de servicios por el lapso comprendido entre el 1º de enero y el 30 de mayo de 1952, en proporción al salario de una quincena por semestre;

"d) El equivalente de los salarios correspondientes al período comprendido entre el 30 de mayo de 1952 y el 7 de junio del mismo año, como valor faltante para el cumplimiento del contrato presuntivo;

"e) Indemnización por mora en el pago de las anteriores prestaciones, con base en el salario último del trabajador, o sea la suma de $ 28.33, por cada día de mora, desde el 30 de mayo de 1952 hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones;

"f) Las demás prestaciones, salarios e indemnizaciones que resultare deber el demandado".

En subsidio de la petición e), condenación al pago del interés corriente de la suma total a que ascienden las prestaciones desde que se debió hacer el pago hasta cuando éste se verifique, a título de indemnización de perjuicios por mora, o al interés legal de la misma suma durante el mismo lapso.

Señala como hechos:

1º—Que Jaramillo Vélez estuvo vinculado con "Compañías Unidas de Transportes S. A." por un contrato de trabajo que el demandante ejecutó entre el 5 de julio de 1945 y el 30 de mayo de 1952;

2º—Que el contrato terminó por despido del empleado que tuvo lugar en la última fecha citada en el hecho anterior, a causa de insolvencia de la Sociedad;

3º—Que la Compañía fue declarada en quiebra por decisión del Juez 2º del Circuito en lo Civil de Bogotá, el 15 de julio de 1952 y es Síndico de la quiebra el doctor José Vicente Morales;

4º—Que Jaramillo Vélez ha hecho gestiones ante el Síndico para que se le paguen las prestaciones a que tiene derecho, pero éste, no obstante el precepto legal que establece que los salarios y prestaciones del personal al servicio del quebrado "son gastos que deben ser pagados de preferencia", no ha hecho el pago;

5º—Que el último salario devengado por el actor fue de $ 850.00 mensuales en el desempeño del cargo de Gerente o Administrador de los negocios de la Compañía, en la ciudad de Medellín;

6º—Que Jaramillo Vélez servía a la Empresa con un contrato de duración indeterminada, cuyo último semestre debía vencer el 7 de julio de 1952;

7º — Que el demandante no recibió ni pago del tiempo faltante para el vencimiento del contrato presuntivo, ni prima de servicios, ni auxilio de cesantía, ni vacaciones de los últimos cuatro años;

8º—Que no obstante ser estas prestaciones indiscutibles no han sido pagadas hasta ahora, ni se ha hecho consignación de su valor en la forma prevenida por la ley.

La demanda correspondió al Juez 4º del Trabajo de Bogotá y al ser admitida y corrido el traslado, fue contestada por el apoderado del "Síndico representante de la demandada", con escrito en que aceptó seis de los hechos con aclaraciones, excepción del tercero y quinto que fueron simplemente aceptados, y la negación del cuarto y el octavo.

Presentó este representante otro escrito, para formular la excepción dilatoria de pleito pendiente, fundada en que el demandante se hubiera presentado en tercería a cobrar dentro del juicio universal de quiebra de la Compañía, las prestaciones sociales cuyo título busca en el juicio ordinario laboral.

El Juez de instancia abrió el procedimiento y decretó la práctica de las pruebas, que al aceptar la excepción dilatoria propuesta suspendió para correr traslado del escrito de excepción a la parte actora.

Declarada no probada la excepción dilatoria, con fundamento en que el Juez 2º Civil del Circuito no tiene competencia para dirimir peticiones sobre prestaciones laborales, continuó la tramitación, y llegado el momento del fallo el a-quo produjo la siguiente sentencia:

"Primera.—Condénase a la masa de la quiebra de 'Compañías Unidas de Transportes S. A.' representada legalmente por su síndico José Vicente Morales, a pagar a partir de la ejecutoria de esta providencia, al actor en el juicio de autos, Raúl Jaramillo Vélez, las cantidades que a continuación se relacionan, por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones, conforme a la parte motiva de este fallo, así:

"a) Por concepto de cesantía..... $ 6.398.58

"b) Por concepto de vacaciones..... 1.700.00

"c) Por concepto de primas de servicio.. 394.17
"d) Por concepto de presuntivo..... 991.65

"**Segunda.**—Condénase a la masa de la quiebra de las 'Compañías Unidas de Transportes S. A.' representada legalmente por su Síndico, a pagar a partir de la ejecutoria de esta providencia a Raúl Jaramillo Vélez, salarios caídos a razón de **veintiocho pesos con treinta y tres centavos** ($ 28.33) diarios a partir del primero de junio de 1952, hasta el día en que se verifique el pago de las prestaciones sociales a que se contrae este fallo.

"**Tercera.**—Costas a cargo de la parte demandada".

El fallo del a-quo fue apelado por la parte desfavorecida y el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en sentencia de 23 de septiembre de 1955, lo confirmó en todas sus partes, con la consideración de que la decisión del Juez fue correcta al aplicar el artículo 24 del Decreto 750 de 1940, sobre quiebras, que es la disposición que debe regular el caso sometido a decisión.

Condena en costas al apelante.

Contra la sentencia del Tribunal, el apoderado de la Compañía demandada, interpuso recurso de casación, que pasa a decidirse.

La demanda de casación

Persigue "la revocatoria del fallo del ad-quem, para que en su lugar se dicte el que absuelva de la condena de las obligaciones, toda vez que se hacen efectivas dentro del juicio de quiebra, de la misma manera que se absuelva de la condena por concepto de salarios caídos".

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, acusa la sentencia recurrida por violación de la ley sustantiva por varios conceptos que concreta en cuatro cargos.

A su vez el escrito de la parte opositora, solicita que la Sala "deseche la demanda" porque sostiene que la personería del recurrente, según el poder conferido, no le autoriza para extenderla al recurso de casación.

Para la Sala, cuando el representante interviene en todas las actuaciones del proceso con poder, como reza el escrito "amplio y suficiente", no existe impedimento en cuanto a la aceptación de la personería del apoderado en el recurso de casación. Distinto el caso en que se confiere en forma especial un poder, para una de las instancias o para determinado incidente. Con esta sola consideración, se adelanta el estudio.

Primer cargo

Acusa el recurrente, violación del artículo 24 del Decreto 750 de 1940, al ser erróneamente interpretado por el sentenciador en su aplicación. "Porque para el Tribunal la solución depende de los textos legales que en el caso sub-judice deben ser aplicados, los cuales tienen un carácter aparentemente contradictorio entre sí (se refiere al artículo 24 del Decreto 750 de 1940, y a los artículos 345 del C. S. del T. y 1º de la Ley 165 de 1941, que modificó el artículo 2495 del C. C.). Por una parte el C. C. y el C. S. del T., incluyen los salarios y las prestaciones dentro del grupo cuarto de los créditos de la primera clase y, por otro lado, el Decreto orgánico sobre quiebras les da un tratamiento similar al de los gastos que ordinariamente requiere la masa del quebrado". Para el Tribunal no cabe duda que la norma que en justicia debe aplicarse, es el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940.

Al continuar la sustentación del cargo dice que, al producirse una declaración judicial de esta naturaleza con respecto al personal de trabajadores, pueden presentarse dos casos: a) personal despedido antes de la declaratoria de quiebra, y b) personal que está en funciones cuando se produce tal declaración, vale decir, el personal que encuentra el Síndico, como representante legal de la masa de bienes y cuyo despido le imponga la quiebra.

Es precisamente a este segundo personal, agrega, al que se aplica el artículo 24 del Decreto 750, que establece que "la remuneración debida a los empleados y obreros por razón de sueldos y jornales y todas las prestaciones sociales, incluyendo el auxilio de cesantía, en caso de que la quiebra imponga el despido, son gastos que deben ser pagados de preferencia", y no al personal de que trata el caso a). Al entrar en funciones el Síndico debe quedar dotado de medios para solucionar problemas laborales a los cuales tiene que dar solución inmediata. Como Jaramillo Vélez no fue despedido por la Sindicatura, según afirman los hechos primero y segundo de la demanda, el artículo 24 fue erróneamente interpretado, y por tanto, el Tribunal violó la norma al darle aplicación y hace que la sentencia, por este aspecto, deba caer.

El opositor, aunque sostiene que la formulación del cargo no es clara, acepta que del escrito del recurrente se desprende, que acusa la violación por interpretación errónea del artículo 24 del citado Decreto 750 de 1940.

"Efectivamente, agrega, la formulación de esta acusación consiste en sostener que el artículo 24 del Decreto citado debe interpretarse en el sentido de que los salarios y prestaciones de los trabajadores despedidos con posterioridad a la declaración judicial de la quiebra, se pagan como gastos de la masa, en tanto que las de los trabajadores despedidos antes de tal declaración son deudas del quebrado que entran, como las demás, en el concurso general".

Observa, sin embargo, que aparte de los defectos de técnica el cargo no concluye, ya que debió desembocar en la acusación de la violación de los textos legales relativos a la condena por salarios caídos, es decir, debió también acusar la violación del artículo 65 del C. del T., porque en el supuesto de que así fuera, no bastaría la enunciación de la errónea interpretación del artículo 24 que se ha mencionado.

Por otra parte, continúa argumentando, la declaración de quiebra no es más que la protocolización del estado de quiebra. En el caso analizado, existe una aplicación rigurosa del art. 24, porque no es posible someter a los trabajadores a las consecuencias de un concurso de quiebra, pues el trabajador tendría que iniciar acción laboral contra la quiebra y obtener una sentencia antes de la expiración del término que tienen los acreedores para hacer valer sus créditos en el juicio.

Se observa:

Aunque el recurrente persigue, según el alcance de su impugnación que se ha transcrito, la absolución de las condenas por los distintos conceptos producidas por el Juez del conocimiento y confirmadas por el fallo del ad-quem, incluyendo la de indemnización por falta de pago, la Sala advierte que dicho interés quedó fijado por el mismo recurrente, ante el Tribunal Seccional, en audiencia de 24 de agosto de 1955, cuando al final de su alegación pidió únicamente la revocatoria del literal d) del punto 1º, y la del punto 2º del fallo del a-quo, según se lee al folio 61 del expediente, fijación que aparece aún más evidente en la petición subsidiaria formulada al Juez del conocimiento, en memorial que corre a folios 31 y 32, en que manifiesta su conformidad con una condena que pudiera producirse para la Compañía, de lo aceptado en la contestación de la demanda, es decir, una condena por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicio, peticiones éstas que son las mismas de la tercería intentada en el juicio de quiebra, según se observa en el certificado del Juez 2º del Circuito de Bogotá, que obra al folio 11 de los autos.

Se desprende de lo anterior, que únicamente no está aceptada la condena por concepto de presuntivo y la indemnización por falta de pago.

Así lo entendió el Tribunal de segunda instancia, al expresar en el fallo que, "el apoderado de la demandada acepta implícitamente la sentencia proferida por el Juez del conocimiento en lo que se refiere a las condenas por prestaciones sociales y por vacaciones no disfrutadas por el trabajador demandante" y porque "impugna la sentencia en cuanto decreta para su representada la obligación de indemnizar los perjuicios provenientes de la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y la sanción con los salarios caídos a que hace relación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como lo hace notar el opositor el cargo es además incompleto, pues no concluye con la impugnación, como debió hacerlo, al artículo 65 del C. S. del T., relativo a la condena de indemnización por mora en el pago, como tampoco, agrega la Sala, extiende esa impugnación al artículo 64 del mismo Código, aplicado en lo que respecta a la condena al pago por tiempo faltante del contrato presuntivo, extremos según quedó indicado, cuya revocatoria persigue para que en su lugar se dicte la absolución de ellos.

Sentado lo anterior, se estudia:

Estando claramente determinado en el cargo, que para el recurrente la interpretación errónea del artículo que acusa como violado consistió, en que el ad-quem lo estimó aplicable porque dicho precepto incluye como gastos de la quiebra lo debido al trabajador por los distintos conceptos provenientes del contrato de trabajo, aunque hubiese sido despedido antes de la declaración de quiebra, ha de estudiarse por la Sala la legalidad de esta apreciación, para mantener la decisión, o revocarla si en forma contraria, como lo sostiene el recurso, tales obligaciones deben quedar como créditos privilegiados por no corresponder a despidos producidos con posterioridad a la declaración de quiebra.

No existe la interpretación errónea del artículo 24, del Decreto-Ley sobre quiebra, porque cuando el precepto establece como "gastos que deben ser pagados de preferencia, la remuneración debida a los empleados y obreros por razón de sueldos y jornales, y todas las prestaciones sociales incluyendo el auxilio de cesantía, en caso de que la quiebra imponga el despido —obsérvese bien:

GASTOS QUE DEBEN SER PAGADOS DE PREFERENCIA—, no está refiriéndose a la quiebra declarada, ni hace distinción alguno entre despidos producidos antes o después de la declaración. Simplemente hace referencia, a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", de que trata el artículo 1º del nombrado decreto. Hay que aceptar, que el estatuto dio un régimen preferencial a las prestaciones sociales de los trabajadores, sin que pueda entenderse que se refiere a situaciones anteriores o posteriores a la declaración: es un régimen especial, basado en la misma naturaleza del contrato de trabajo y de las obligaciones que de él nacen.

Pero es más. Para el recurrente, el Síndico de la quiebra sí puede atender el pago de las prestaciones de los trabajadores despedidos, después de la declaración de quiebra, porque a este personal se refiere el artículo 24 del Decreto 750 de 1940.

Pero si esto fuera así, no existiría razón aceptable para no afirmar que, con más derecho quedaran incluídos los trabajadores despedidos del servicio a consecuencia del "estado anterior de quiebra". Porque en este caso, existe una situación de hecho que puede dar lugar o no a una "quiebra declarada", con consecuencias que no tiene por qué soportar el trabajador, si se considera que por obligación legal, se le deben cubrir sus prestaciones en el momento mismo de terminar el contrato, máxime si esto ocurre por la sola determinación del patrono.

Cuando el artículo 24 del Decreto mencionado, dice que "las prestaciones sociales de los trabajadores en caso de que la quiebra imponga el despido, son gastos que deben ser pagados de preferencia", está relacionando lo ordenado, con lo preceptuado en el artículo 23 anterior, que entre las funciones del Síndico de la quiebra, coloca en el ordinal 4º, la facultad de "elaborar y someter a la consideración del Juez el presupuesto de gastos mensuales". Con ello quiere significar, bien se observa, su atención inmediata a los pagos por distintos conceptos, entre los cuales no habría razón valedera para negar la inclusión de las prestaciones debidas a los trabajadores, sin esperar a que ellas sean tenidas como créditos con la prelación establecida en los juicios de quiebra.

En cuanto a los artículos 345 del C. S. del T., y 1º de la Ley 165 de 1941, que reformó el artículo 2495 del C. C., el sentenciador no podía estimarlos aplicables, por cuanto en el caso **sub-judice**, no se trata de un crédito de los sometidos a prelación en juicio, bien sea, ejecutivo, concurso de acreedores, de quiebra, etc., que pueden tener como lo establece el artículo 2495 del C. C., distinto origen, y entre los cuales, se aclara, quedan comprendidas las obligaciones originadas de un contrato de trabajo, provenientes de despidos ocurridos antes del estado de quiebra. Porque, ya se dejó explicado, que lo debido por concepto de remuneración y prestaciones sociales de despido de trabajadores impuesto por el estado de quiebra, son gastos atendibles por el Síndico de ésta, según la interpretación que debe dársele al artículo 24 del Decreto 750 de 1940. La preferencia que establece el Decreto, para cubrir las obligaciones nacidas del consorcio laboral, es apenas consecuencia de la tutela estatal de que goza el trabajador, en interés de la misma sociedad. Porque el salario que recibe como contraprestación del esfuerzo creador, mira además de la subsistencia del trabajador, a la de su familia, a la de todas aquellas personas vinculadas por una u otra causa a su vida.

Fuera de todas estas razones, suficientes para no acceder a la prosperidad del cargo, resta agregar que el recurrente carece de interés jurídico para un planteamiento en casación con base en el art. 24, que estima erróneamente interpretado en su aplicación por el sentenciador, por aceptar que el precepto sí faculta al Síndico para atender estos pagos con fondos de gastos mensuales, según se desprende de la declaración hecha al sustentar el recurso de apelación en la segunda instancia, que corre al folio 81 del expediente y que textual se transcribe:

"Le fue concedido el derecho al uso de la palabra al apelante, doctor Cabrera M., a fin de que sustente el recurso interpuesto contra el fallo del inferior. Manifestó:

"Aun cuando el artículo 24 de este Decreto-Ley habla de que los salarios y prestaciones se paguen como gastos, es obvio que el Síndico puede hacer tal clase de pagos cuando hay dinero a su disposición para ello; pero al mismo tiempo el Síndico está obligado a tomar en cuenta el hecho de existir otras personas como la demandante que se encuentra en igual caso; esto quiere decir que para el Síndico se impone la necesidad de esperar a la sentencia de que habla el artículo 27 del Decreto-Ley 750 del 40, toda vez que él no puede hacer un pago que excluya a personas que se encuentran en el mismo caso; en otras palabras, el Síndico debe velar porque la justicia distributiva tenga plena aplicación: no se puede

pensar en pagarle a un trabajador todos sus salarios y prestaciones dejando en descubierto a otros trabajadores que tienen el mismo derecho que el demandante, dígase por ejemplo: por lo tanto, la sentencia de prelación de créditos es de una necesidad inobjetable dentro del juicio de quiebra. El señor Jaramillo, como ya he anotado, se presentó como tercerista en el juicio de quiebra; por lo tanto, en dicho juicio debe esperar que se produzca la sentencia de prelación de créditos mediante la cual la sindicatura podrá hacerle el pago preferente que ordenan las normas antes citadas. La quiebra se produjo a solicitud de uno de los muchos acreedores de mi mandante: la razón para no haberle pagado al señor Jaramillo sus salarios y prestaciones pendientes se debió, en el fondo, a una situación de fuerza mayor, situación que culminó con la declaratoria judicial de quiebra; en toda quiebra deben avaluarse los bienes para poder saber con qué activo se dispone para la prelación de créditos". El cargo no prospera.

Segundo cargo

Acusa la infracción directa de los artículos 345 del C. del T., 1º de la Ley 105 de 1941, que modificó el artículo 2495 del C. C., y 27 del Decreto 750 de 1940, por falta de aplicación de estas normas.

Para sustentar la acusación dice que, los hechos 1º y 3º de la demanda establecen el despido del trabajador en fecha anterior a la declaración de quiebra, y el documento del folio 11 del expediente prueba el cobro de lo debido a Jaramillo Vélez, dentro del juicio de quiebra. El sentenciador al aplicar erróneamente interpretado el artículo 24 del Decreto 750, consideró lo debido al actor como gasto de la masa de los bienes de la quiebra, y se abstuvo de considerar tal obligación como crédito privilegiado de la primera clase, que como todo crédito, debe correr la suerte de la ley del dividendo o de la ley de prelación de créditos.

Trae en apoyo de su tesis conceptos del tratadista mejicano Pallares, que hacen distinción entre "acreedores en la masa" y "acreedores de la masa", para argumentar que a estos últimos se refiere el artículo 24 del Decreto 750 aludido, que habla de despidos impuestos por la quiebra, es decir, por actos del representante legal de la masa de bienes, porque los primeros sufren la ley del dividendo y no pueden promover juicios independientes. Y concluye: "de no prosperar el cargo se llegaría a una doble situación: por una parte, el señor Jaramillo Vélez que está haciendo efectivo su crédito dentro del juicio universal de quiebra, pues su tercería fue admitida; y por otra, el procedimiento de que dá cuenta este expediente, por medio del cual el mismo señor Jaramillo Vélez trata de obtener una situación de privilegio con respecto a los demás acreedores al mismo tiempo que trata de evitar la ley de prelación de créditos".

Se observa:

El planteamiento de este segundo cargo, sostiene la misma tesis presentada en el primero y decidido desfavorablemente, con fundamento en que lo debido al actor no corre la contingencia de la prelación de créditos, de conformidad con el artículo 24 del decreto 750, que señala un régimen preferencial como se vio, para las obligaciones nacidas del contrato de trabajo. Además, sirven los mismos argumentos que se dejaron expuestos, sobre la carencia del interés jurídico de la parte del recurrente, para un planteamiento con fundamento en el artículo 24 y a través del certificado expedido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, que corre al folio 11 del expediente. Con estas consideraciones, se desestima el cargo.

En cuanto a la sugestión de la doble situación hecha al final del cargo, será analizada al decidir el cuarto por corresponder la decisión de él, a un planteamiento ya concreto de esa situación hecha por el recurrente, según se verá.

Tercer cargo

Acusa violación por aplicación indebida del artículo 65 del C. S. del T., porque si la deuda al trabajador es un crédito privilegiado que sólo puede exigirse a partir de la ejecutoria de la sentencia definitiva, sobre reconocimiento de acreedores, según el artículo 27 del Decreto 750 de 1943, el demandado recurrente no está en mora, y por tanto no era el caso de aplicar la condena por salarios caídos. Por este aspecto, concluye, la sentencia es violatoria de la ley sustantiva aplicable al caso.

Se observa:

Con los mismos argumentos acreditados para el cargo que precede, el recurrente parte del supuesto de que los derechos del actor en la de-

manda inicial, son créditos privilegiados sometidos a la ley del dividendo, aspecto decidido desfavorablemente al estudiar el primer cargo. El cargo se desestima.

Cuarto cargo

Acusa violación de los artículos 32 y 145 del Decreto 2158 de 1948 (C. P. del T.) en relación con el artículo 334 del C. Judicial. Y agrega: "está visto que lo debido al actor es un crédito de la primera clase que está haciéndose efectivo dentro del juicio universal de quiebra de mi mandante, y no se justifica el procedimiento de que da cuenta el expediente para buscar la efectividad de lo que ya se aceptó y ordenó tramitar según documento que consta al folio 11. El a-quo al abstuvo o mejor, se negó a aceptar el derecho de oposición, derecho que surge aquí como un hecho claro e incontrovertible".

El opositor al referirse a este cargo, manifiesta que en el caso de autos, se ha demandado el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y la indemnización por mora, asuntos que corresponden privativamente a la Jurisdicción Especial del Trabajo; y aunque en un principio, equivocadamente se presentó una tercería al juicio de quiebra, para el reconocimiento de las prestaciones del actor, es evidente que esta tercería no podía prosperar, por no tener como base un título ejecutivo. A este agrega, que el asunto de la tercería fue objeto de un incidente especial dentro del juicio laboral y la decisión del Juez, que no fue apelada por el demandado recurrente, constituye cosa juzgada. Mas ahora se busca ser fallado en casación, un incidente de pleito pendiente, cuando el actor se conformó con la decisión del Juez de primera instancia, sin que se hubiera interpuesto recurso alguno contra ella.

Se estudia:

El cargo hay que desestimarlo, porque el recurrente se conformó con la enunciación de normas de carácter adjetivo, sin mencionar de qué manera el procedimiento seguido pudo incidir sobre la violación de normas sustantivas que, de otra parte, imprescindiblemente hay que citar en toda acusación para la prosperidad del recurso.

Como lo expresa bien el opositor, en el cargo se plantea el incidente de pleito pendiente, que fue resuelto negativamente sin que la decisión hubiera sido apelada por la parte demandada. Quedó en tal forma definida la competencia de la jurisdicción especial del trabajo, y no es ésta la oportunidad para revivir el incidente.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 23 de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que es objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constain — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

ACCION SOBRE PAGO DE UNAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Eudoro Botero Mejía demandó por medio de apoderado a Darío Arango Tamayo, ante el Juez del Trabajo de Bucaramanga para que por los trámites legales se le condenara al pago de las siguientes prestaciones:

a) Por concepto de 5 meses de salarios a razón de $ 800.00 mensuales, tiempo que faltó para cumplirse el plazo del contrato presuntivo de trabajo..... $ 4.000.00

b) Por concepto de 45 días de preaviso por despido intempestivo y sin justa causa 1.197.00

c) Por concepto de los salarios que se causen durante todo el tiempo que transcurra entre el despido y el pago de las prestaciones.

d) Por concepto de perjuicios ocasionados con el rompimiento unilateral del contrato, de acuerdo con la tasación que fijen los peritos.

e) Por concepto de traslado y viaje desde Medellín a Bucaramanga del demandante y su familia..... 1.200.00

Fundamentó estas peticiones en los siguientes hechos: Darío Arango Tamayo, propietario de los Almacenes "Wolco" de la ciudad de Bucaramanga, situados en la carrera 17 número 35-19, contrató verbalmente los servicios del señor Eudoro Botero Mejía quien residía entonces en Medellín. Este contrato se celebró el día 26 de agosto de 1954. En virtud de él, Botero Mejía desempeñaría las funciones de administrador de los citados almacenes. Se acordó una remuneración de $ 800.00 mensuales y el 20% sobre las utilidades. En estas condiciones y de acuerdo con las instrucciones recibidas de su patrono, se trasladó de Medellín a Bucaramanga el día 28 de agosto de ese mismo año. El 1º de septiembre viajó a esa ciudad, la señora de Botero. Los gastos de viaje corrieron por cuenta de este último. Inició sus actividades el 1º de septiembre de 1954, bajo la dependencia y subordinación de Eduardo Mejía Botero quien ejercía las funciones de gerente de la firma en Bucaramanga. Estuvo desempeñando su cargo hasta el 20 de septiembre, día en que fue despedido por orden de su patrono Arango Tamayo. Rindió sus cuentas y entregó mercancías y dineros a plena satisfacción de sus superiores. Las causales alegadas por el patrono para el despido fueron ciertas diferencias surgidas entre el gerente Mejía Botero y el trabajador, a las cuales este último hizo alusión en cartas dirigidas a Arango Tamayo, con anterioridad al despido. Aunque Botero trabajó un mes al servicio del patrono, no le fueron cubiertos en su totalidad sus salarios, ya que sólo recibió la suma de $ 670.00 por tal concepto. El demandante afirma que le fueron causados serios perjuicios y que el demandado se negó a pagarle los salarios y demás prestaciones sociales.

Fundamenta la demanda en los artículos 22, 23, 47, 48 y otros del C. S. del T. El demandado al contestar la demanda, estima que de los cargos formulados, tres deben probarse y niega los demás.

Conoció del negocio en primera instancia el Juez del Trabajo de Bucaramanga, quien lo falló condenando a Darío Arango Tamayo a pagar a Eudoro Botero Mejía las siguientes sumas: $ 3.920.02 por concepto de presuntivo; $ 209.98 por concepto de salarios y $ 159.00 por gastos de viaje. Es decir un total de $ 4.289.00. Lo absolvió en lo demás sin hacer condenación en costas.

Contra dicho fallo, el representante del demandado interpuso el recurso de apelación, que decidió el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en sentencia de fecha 17 de octubre de 1955, por medio de la cual reformó rebajando a la suma de $ 103.34 la condenación por salarios y confirmó en lo demás.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra esta última sentencia, que pasa a decidirse.

El recurso

Se propone obtener la infirmación de la sen-

tencia de segundo grado proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en cuanto confirma la de primera instancia dictada por el Juzgado del Trabajo de la misma ciudad, para que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado y absuelva al señor Darío Arango Tamayo de todos y cada uno de los cargos contenidos en el libelo.

Unico cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria de los preceptos legales sustantivos consagrados en los artículos 47, 57 (regla octava), 64 y 144 del C. S. del T. por vía indirecta, por haber incurrido el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga en error de hecho manifiesto al apreciar equivocadamente las siguientes pruebas: las copias de las cartas, folios 13, 14, 15, 16, 19, 20, 26; la declaración del demandado (fl. 48 vto.); el acta de entrega (fls. 28 y 29); inspección ocular (fl. 55 vto.); y los testimonios de Eduardo Mejía Botero, Guillermo Jaramillo, Vicente Ríos, Gustavo Molina, Fernando Botero y Cipriano Aguilar (fls. 60, 61, 32, 40, 49, 54 y 55 respectivamente).

Sostiene el recurrente que el Tribunal al analizar las copias de las cartas citadas que provienen del actor "concluye que son pruebas suficientes de la existencia del contrato de trabajo y especialmente del salario y del despido del trabajador por orden del señor Darío Arango Tamayo, por considerar que fueron reconocidas como auténticas por el demandado"; que "no es cierto que Arango Tamayo al absolver posiciones hubiese admitido como evidentes las afirmaciones contenidas en las copias de las cartas ya mencionadas; que el demandado sólo se limitó a decir que recordaba haber recibido la carta suscrita por Eudoro Botero de fecha 20 de septiembre de 1954, pero no admitió que fuese verdad el contenido de dicha comunicación; que antes por el contrario, afirmó que existía otra comunicación que Botero se abstuvo de presentar en copia por no convenirle su contenido y que fueron anteriores a la comentada, escritas antes de la renuncia del señor Botero, agregando, en forma enfática, que la carta cuya copia se le ponía de presente fue escrita con ánimo desprevenido; que no existe pues, reconocimiento del contenido de las cartas relacionadas anteriormente por parte del señor Darío Arango Tamayo, ya que éste en el interrogatorio (fl. 48 vto. del expediente) desconoce los hechos fundamentales afirmados por el actor y por el contrario sostiene que Eudoro Botero Mejía renunció el cargo.

Por estas razones agrega el acusador "la mencionada correspondencia que analiza el H. Tribunal no puede considerarse como prueba de la existencia y condiciones de contrato de trabajo, puesto que los documentos no provienen del demandado ni se ha identificado con su contenido. Aceptando la interpretación dada por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga a dicha correspondencia se llega a la absurda conclusión de que cada uno puede preconstituir sus pruebas a su antojo y sin intervención de la contraparte. Hay, pues, un manifiesto error de hecho del Tribunal sentenciador al estimar el valor probatorio de las cartas que se han individualizado.

En el análisis del interrogatorio formulado a Darío Arango por el Juez del Trabajo de Medellín por comisión del de Bucaramanga, el impugnador deduce que en ningún folio del expediente aparece el reconocimiento del demandado de que sean verdaderas las afirmaciones hechas en las cartas mencionadas y que no conforman siquiera un indicio sobre las condiciones del contrato de trabajo que se afirma existió entre las partes. El error de hecho, repite, "consiste concretamente en que da por demostrado —con unos papeles que no fueron reconocidos en su contenido y firma ni aceptados por mi representado en ningún tiempo— el salario, el despido y obligaciones a cargo de Darío Arango Tamayo en favor de Eudoro Botero Mejía".

En cuanto a la inspección ocular practicada en los libros y comprobantes de los Almacenes "Welco" de la ciudad de Bucaramanga (fl. 56 v.), el recurrente considera que se estableció que Eudoro Botero Mejía retiró por concepto de utilidades la suma de $ 670.00 en dos partidas: una por $ 290.00 y otra por $ 380.00 en el mes de septiembre de 1954, pero que allí no aparece la prueba del salario acordado por las partes ni constancia de que se hubiera señalado una suma mensual como sueldo, ni el porcentaje de que habla el demandante; que esta diligencia lo único que dice es que Eudoro Botero Mejía "tenía derecho a hacer retiros de dinero por concepto de utilidades", pero que "se ignora el monto de ellas y el sistema empleado para liquidarlas". Además afirma que no puede establecerse que el salario devengado por Botero Mejía fuese de $ 800.00 ya que lo único que existe es la demostración del "recibo de $ 670.00 a cuenta de utilidades". De todo lo cual deduce el recurrente que el Tribunal Seccional

de Bucaramanga incurrió en el error de hecho al "aceptar como demostrado un salario de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, cuando la verdad es que tal punto no fue acordado ni definido por las partes".

Respecto al testimonio del señor Eduardo Mejía Botero sostiene el acusador que la interpretación que el Tribunal da a esta prueba no es exacta, ya que no se ajusta a la verdad procesal, incurriendo así en error de hecho manifiesto al considerar que el testigo ha declarado que Eudoro Botero Mejía tenía un salario mensual de $ 800.00, siendo así que lo que dice el testigo es que oyó "que Botero podía retirar mensualmente hasta $ 800.00", sin saber si era por concepto de sueldo ese retiro; que el testigo afirma también que Eudoro Botero resolvió entregar el almacén porque él no seguía trabajando, manifestando en forma clara que podían buscar un empleado para que lo reemplazara, testimonio que acredita la renuncia del cargo por parte del actor.

Al referirse al acta de entrega, y en particular a las salvedades hechas por el empleado Botero, y por el Gerente, dice así el recurrente: "Estas constancias deben analizarse en conjunto, pues no es equitativo ni justo ni legal atender únicamente a lo dicho por el demandante y desestimar lo afirmado por el Gerente señor Eduardo Mejía Botero. Esta diligencia de entrega no prueba nada en relación con el despido alegado por el actor ni sobre la verdad acerca de las diferencias suscitadas por el Gerente señor Mejía Botero. El Tribunal incurre en error de hecho manifiesto al considerar que el acta en mención acredita el despido del señor Eudoro Botero M. y que la nota del Gerente es parcial o apasionada. Conviene observar que en ninguna parte del expediente existe la demostración sobre las diferencias suscitadas entre el Gerente señor Mejía Botero y Eudoro Botero M. ni menos que el trabajador tuviese razón para desatender las órdenes de su inmediato superior". Considera también el recurrente que la desobediencia de las órdenes superiores por el inferior, constituyen un caso grave de indisciplina, que no se demuestra en forma alguna el despido, y que por el contrario con las mismas afirmaciones del demandante y el testimonio de Eduardo Mejía Botero está acreditado el hecho de que Eudoro Botero M. renunció por no aceptar la dirección del Gerente; y que la simple lectura de las cartas del actor al demandado Arango Tamayo, denotan un estado de inconformidad de Eudoro Botero, su permanente desagrado con la presencia del gerente de los Almacenes, señor Mejía.

Acerca de los otros testimonios dice el recurrente: que Guillermo Jaramillo declara de oídas, sin ningún valor, pues afirma que no le consta si Eudoro Botero cumplía su oficio a cabalidad, y sólo sabe por habérselo contado el mismo demandante que a éste le era imposible dar rendimiento en su trabajo porque Eduardo Mejía trataba de ponerle trabas en las labores que pensaba desarrollar; que la declaración de Vicente Ríos sólo demuestra que el gerente don Eduardo Mejía B. no hostilizaba al demandante sino que por el contrario, le enviaba dinero cuando éste lo solicitaba; que Gustavo Molina Cuartas declara sobre hechos que no le constan personalmente y hace una curiosa estimación de perjuicios por la suma de $ 10.000.00, por lo cual su testimonio carece de valor para la materia de la controversia; que la declaración de Fernando Botero tampoco reviste valor, pues el testigo no explica la razón de su dicho y se limita a dar opiniones personales sin referirse a hechos concretos y sin que nada le conste, manifestando que cree que la causa del retiro del demandante fue un disgusto que tuvo con el administrador; y que de lo declarado por Cipriano Aguilar sólo se deduce que el testigo no sabe nada de nada ni tiene remota idea de las relaciones contractuales que pudieron existir entre el actor y el demandado.

Concluye el acusador que de las pruebas analizadas no se puede deducir que Eudoro Botero fuese despedido por Arango sin justa causa ni que su salario estuvo acordado en la suma de ochocientos pesos mensuales, por lo cual pide que para la estimación de éste se dé aplicación al artículo 144 del C. C. del T.

Se estudia el cargo:

El trabajador Eudoro Botero Mejía envió a su patrono Arango Tamayo dos cartas, copias de las cuales obran a los folios 43 y 44 del expediente, cuyo contenido precisa destacar, ya que el Tribunal las analiza y fundamenta en parte su fallo en esta correspondencia. Dice así la primera:

"Bg. septiembre 20 de 1954—Señor Darío Arango T.—Medellín.—Apreciado señor y amigo: Hoy esperaba su visita, anunciada por don Eduardo, pero en vista de su tardanza, me veo en la necesidad de comunicarle en carta, lo que debía decírselo personalmente. Se trata de mi inconformidad en este negocio, me encuentro con los brazos caídos y sin ninguna autonomía para trabajar;

todo cuanto hago es rechazado por el señor Gerente, carezco de viajero y de dinero para salir personalmente a impulsar ventas, todo esto debe ser de acuerdo con don Eduardo, pero él jamás está de acuerdo conmigo; su proceder con sus órdenes dictatoriales a cuestas de la responsabilidad ajena, me impiden efectuar cualquier negociación. Se han presentado casos como este: Despacharle un muestrario con la respectiva remisión, la que me debía quedar como comprobante, después de firmada, y en vez de devolverla firmada, la destruye. Pedirle que me dé algunos datos de clientela, como capital, cumplimiento, etc., para anotarlas separadamente, y se ha negado; de tal suerte que sólo puedo venderle a la clientela que él desee referenciar; en fin, fuera de todo esto me siento incapaz de soportar el trato de él, me molesta tratarlo, porque cada respuesta es descortez (sic) y autoritaria, aun cuando la razón indique lo contrario de sus órdenes.

"Me encuentro en dificultades para trabajar, aun cuando mis ánimos son los mejores, puesto que el progreso del negocio implica el progreso mío, pero no puedo iniciar nada porque sé que todo está en mi contra; ni siquiera puedo renunciarle porque los muchos gastos ocasionados con el viaje me lo impiden.

"Perdone que le exponga este problema, pero no encuentro cómo resolverlo correctamente y de buenas maneras, como es mi deseo, pero con don Eduardo es imposible hacerlo así, como usted bien lo sabe. Esperando su visita, me es grato suscribirme, Atto. y ss. (firmado), Eudoro Botero M."

Dice así la segunda carta, de fecha 29 de septiembre de 1954: "Apreciado señor y amigo: De acuerdo con convenio personal, el día de nuestra conversación en el Hotel Bucarica, fuí a consultar con un abogado el caso que se nos presenta, cuyos motivos bastante conocidos, fueron causa para que usted me ordenara la entrega del Almacén de su propiedad. Esta orden fue verbal, y de acuerdo con ella estoy procediendo, además esta orden fue dada como consecuencia únicamente de reclamos expuestos a usted por el suscrito, en carta de septiembre 20, en la que le informaba sobre el proceder del señor Eduardo Mejía, su representante en esta ciudad, quien a la vez tiene el cargo de Gerente del citado negocio y quien en ningún momento permitió la buena marcha, obstaculizando hasta donde le era posible ventas, organización, etc., ocacionando (sic) con ello no sólo un perjuicio para usted sino el que ocasionaba a mí, puesto que el arreglo formal que hicimos, tendría como base un porcentaje del 20 % sobre las utilidades, o un sueldo mínimo de $ 800.00 cuando estas utilidades no llegaran a cubrir esa suma" ... "Como mis aspiraciones en todo momento era devengar una suma mayor al sueldo asignado, y en vista de los obstáculos que el señor Mejía me puso, era muy natural sentirme engañado y defraudado, por lo tanto a la única persona que podría manifestarle esto, era a usted, como propietario del negocio". ... "En vista de que su reacción fue completamente contraria a lo que yo esperaba o sea tratando de solucionar el problema anterior, prefirió nombrar otro empleado para que me reemplazara quedando de hecho destituído".

Seguidamente le refiere que el abogado le manifestó que tenía derecho al pago de los salarios faltantes para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato, a los gastos de traslado y a la prima de servicios hasta diciembre. Termina así la carta que se viene transcribiendo: "Quiero manifestarle nuevamente que en ningún momento pensé renunciarle, puesto que soy un hombre pobre que vivo honradamente de mi trabajo, pero lamentablemente usted decidió reemplazarme en la forma como lo ha hecho".

En relación con los documentos transcritos dice el Tribunal: "De esta correspondencia, el señor Arango Tamayo reconoció en su declaración rendida ante el Juez 3º del Trabajo de Medellín, la carta fechada el 20 de septiembre de 1954, es decir, que sí conservaba en su poder el original de la copia que le acababan de leer, que para las otras cartas de que se hablaba no tenía plena seguridad de conservar los originales, pero que pedía plazo para verificar esta búsqueda y presentarla, y sin embargo, después de dos plazos que le concedieron manifestó que no había encontrado tales documentos".

"Es la oportunidad de examinar el contenido de esta correspondencia, la carta mencionada del señor Eudoro Botero Mejía, empleado administrador de los Almacenes Welco, puesto que en ella explica este señor las condiciones del contrato verbal que celebró con el señor Darío Arango Tamayo, para que le organizara o le fundara estos almacenes en Bucaramanga, y al efecto, en el parágrafo primero de esta correspondencia, refiriéndose precisamente al arreglo o contrato que celebraron estos señores, dice en lo pertinente: "puesto que el arreglo que hicimos, tendría como base un porcentaje del 20% sobre las utilidades o un sueldo mínimo de $ 800.00 cuando estas utilidades no llegaran a cubrir esta suma". "Como

este carta es auténtica y libre de tacha por cuenta de la parte demandada, quien la aceptó en su integridad, desde luego que confesó tener en su poder el original, lo que en ella se dice constituye al menos un indicio que debe apreciarse en relación con las demás probanzas".

La apreciación que hace el Tribunal de la carta de fecha 20 de septiembre resulta equivocada ya que, como lo reconoce, lo que acaba de expresar no se encuentra en tal documento sino en la carta de fecha 29 de septiembre, "pues en la 20 del mismo mes apenas le planteó el problema de la discordia que se había fomentado con el señor Gerente don Eduardo Mejía Botero, quien le tenía muy mala voluntad y le ponía obstáculos en la buena marcha y gestión de los negocios del almacén, en el cual estaba bien interesado porque tenía derecho a utilidades, y en estas cartas le hace de presente que no se hallaba en condiciones de renunciar el puesto, por su pobreza y falta de recursos para regresar a su tierra".

En el acta de entrega del Almacén Welleo, de fecha 29 de septiembre, aparecen dos constancias, una suscrita por el trabajador y otra por el Gerente, las cuales precisa transcribir a continuación.

La del trabajador dice: "En esta acta hago constar que le he entregado al señor Gerardo Porras, de acuerdo con órdenes verbales de don Darío Arango Tamayo, dueño del negocio, y que fui reemplazado sin haber presentado renuncia de mi cargo".

El Gerente dice: "Constancias: 1º Se anota que el señor Eudoro Botero Mejía, se dirigió al señor Darío Arango Tamayo pidiéndole su venida para arreglar ya que le hera (sic) imposible trabajar con el señor Gerente. — 2º El señor Arango Tamayo llegó el viernes 24 del presente y después de hablar con el señor Botero Mejía le dio plazo hasta el lunes 27 para que definiera su situación. El lunes fue llamado el señor Gerente para informarle que después de vencido el plazo el señor Botero Mejía insistía en su retiro por no poder trabajar con el señor Gerente y de acuerdo con el señor Arango Tamayo y la Gerencia se convino en hacer entrega del negocio al señor Gerardo Porras, quien ha recibido las existencias y demás".

El Tribunal estima que la constancia del Gerente "puede ser parcial o apasionada", habida consideración de las divergencias personales entre éste y el trabajador y de las aclaraciones del demandante en su correspondencia al patrono, en las cuales le advierte sobre los obstáculos que impiden el progreso del negocio y le solicita oportuna intervención, expresándole por qué no estaba en condiciones de renunciar el cargo. Considera el **ad-quem** que son más imparciales las manifestaciones del trabajador y de todo ello deduce que Botero Mejía no se retiró voluntariamente de la administración de los Almacenes Welleo".

Pero hay otra razón que advierte la Corte para que se desestime la constancia del gerente: es la contradicción que existe entre el testimonio de éste (f.s. 61 y 61 vto.) y dicha constancia, como a continuación se verá. Al preguntársele al gerente sobre las causas que motivaron el retiro del empleado contesta: "La causa del retiro, según carta que Botero escribió a Arango Tamayo, fue la de que Botero no la pudo ir conmigo, es decir, que no nos entendíamos los dos... Dejo constancia de que en una fecha que no recuerdo, en todo caso el año pasado, en un viaje que hizo el señor Arango Tamayo a esta ciudad estuvo conferenciando durante todo un día y parte de la noche con el señor Botero. No supe la conversación que ellos sostuvieron. Eso fue en un sábado y al lunes siguiente charlamos los tres, Botero, Arango y el suscrito y en la charla me dio orden Arango Tamayo de que le proporcionara los gastos de regreso a Botero y a su familia a Medellín: oí en esa misma conversación a Darío Arango que le dijo en mi presencia a Botero que era tiempo de que se organizara, que se pusiera de acuerdo conmigo y que le daba tres días de plazo para que lo resolviera y entonces a los tres días, Botero dijo que entregaba el almacén y que podían buscar empleado".

Al comparar este dicho con lo manifestado por el mismo Gerente en la diligencia de entrega, se destaca claramente lo siguiente: mientras en la declaración sostiene que el plazo de tres días concedido al demandante para que "definiera su situación" fue a partir del lunes 27, en la constancia afirma que tal plazo venció ese mismo día. Si se tiene en cuenta que el acta de entrega se efectuó el 29 de dicho mes, es lógico deducir que el plazo convenido de tres días corrió a partir de la primera fecha. Y esta contradicción permite aceptar lo optado por el Tribunal al dar mayor credibilidad a la constancia del empleado.

La errada alusión del fallador en el análisis de la correspondencia del trabajador al patrono, no alcanza a desvirtuar la conclusión relativa al retiro no voluntario de aquél. Es por lo tanto correcta la apreciación del **ad-quem** al darle pleno crédito a "la manifestación y diversas constancias y aclaraciones que al respecto hizo el em-

pleado de Wellco". Estas circunstancias, contenidas en los documentos de que se viene hablando, y relacionadas entre sí, constituyen indicio vehemente del despido y llevan a la Corte a considerar que no hay error ostensible en la valoración del Tribunal, ya que tales probanzas revelan que el trabajador fue siempre reacio a presentar renuncia. Si bien es cierto que el patrono no ha reconocido la verdad de los hechos que refiere la carta del 20 de septiembre, relacionándo la confesión de su recibo con el viaje a Bucaramanga y la diligencia de entrega de los almacenes, es plenamente aceptable lo resuelto por el fallador respecto al hecho debatido, a saber, el despido del demandante.

Tampoco es equivocada la apreciación del **ad-quem** cuanto al testimonio de Eduardo Mejía Botero (fl. 60 y 61 v.) y a la inspección ocular, en relación con el monto del sueldo devengado por el trabajador. Al preguntársele a este testigo, cuya declaración reviste importancia por ser en esa fecha gerente del almacén mencionado, si Eudoro Botero devengaba un sueldo mensual mínimo de ochocientos pesos con los porcentajes, dice: "Eso de que Botero ganara $ 800.00 no me consta; convinieron sí verbalmente, cosa que yo pude captar, que Botero podría retirar mensualmente hasta $ 800.00, no pude saber si era por concepto de sueldo que se autorizó Tamayo a Botero el retiro de dichos $ 800.00". Este testimonio guarda estrecha relación con el acta de inspección ocular al Libro de Gastos Generales del negocio (fs. 56 v. y 57), en el cual se constata el retiro de dos sumas montantes a la cantidad de $ 670 00 para el trabajador, por concepto de "sueldos". De modo que el dicho del Gerente establece la suma que mensualmente podía retirar el demandante y los libros del almacén indican el concepto por el cual retiraba dinero éste. Es claro que tales datos relacionados, y estimados así por el Tribunal para acreditar el sueldo mensual del actor, no permiten que se configure el error ostensible de hecho que acusa el recurrente.

Establecido lo anterior, no tiene razón el cargo al solicitar la aplicación del artículo 149 del C. S. del T., ya que esta norma se refiere a una situación distinta, esto es, cuando no se ha pactado salario. Y por el otro aspecto indicado por el impugnador, no interesa que no se hayan probado las utilidades del negocio, porque el sentenciador lo que encontró acreditado fue un sueldo fijo de $ 800.00.

Cuanto a los dichos de los testigos Jaramillo, Ríos, Molina, Botero y Aguilar, acerca de los cuales, según afirma el recurrente, "no permiten concluir como lo hizo el Tribunal sentenciador y el **a-quo**, que el señor Eudoro Botero M., fuese despedido por su mandante sin justa causa ni que su salario estuvo acordado en la suma de ochocientos pesos mensuales", debe advertirse que, si bien estos testimonios no demuestran condiciones principales del contrato, como sueldo y despido, el fallo se fundamenta en otras pruebas ya analizadas, cuya valoración hecha por el **ad-quem** se mantiene en vista de las consideraciones expuestas.

Como el recurrente reclama que no hay pruebas sobre la iniciación de labores del actor, conviene analizar la declaración de Vicente Ríos (fs. 40 v. y 41), la cual estima en su valor procesal el fallador, para afirmar que el demandante empezó a trabajar el 1º de septiembre de 1954. Dice así el testigo: "Yo entré a trabajar el 1º de septiembre de 1954 y todavía estoy trabajando allá". Al preguntársele si Botero administró el negocio de Arango Tamayo en Bucaramanga, contesta: "Sí señor, sé porque estuve trabajando con él en el Almacén Wellco". Al preguntársele si lo organizó y trabajó desde su iniciación, dice: "Sí señor, él inició el almacén y lo dejó organizado cuando se retiró". Tan concluyente dicho de un testigo, a quien personal y directamente le constan los hechos, no deja duda al menos que el 1º de septiembre de dicho año ya se hallaba trabajando el demandante. Y la terminación de sus labores se desprende de la fecha del acta de entrega, ya examinada.

En lo relacionado a gastos de viaje, cuya condena impugna el recurrente, alegando una vez más el retiro voluntario de Eudoro Botero, se advierte que, manteniéndose la decisión del **ad-quem** sobre el despido del trabajador, carece de base la acusación.

No habiendo incurrido el Tribunal en los errores manifiestos de hecho ni en el quebrantamiento de las normas legales indicadas, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Rafael Baquero Herrera, Secretario.

SITUACION JURIDICA DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE CONTRATISTAS POR ADMINISTRACION DELEGADA PARA LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS

La doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo tiene definido que el contrato de administración delegada es uno de los procedimientos de ejecución de las obras públicas, en el que la Administración no actúa directamente sino por medio de un tercero a quien se le entrega la dirección técnica y administrativa de la obra, pero siendo ésta adelantada por cuenta y riesgo del Gobierno. El contratista por administración delegada es un simple intermediario de la Administración y su presencia no desdibuja el carácter público de la obra, que sigue siendo una manifestación de la actividad estatal, con las consecuencias jurídicas propias de tal situación.

Consecuente con este principio doctrinario, la legislación laboral colombiana, desde el año de 1935, calificó como del servicio oficial, a los empleados de los contratistas de obras que se ejecutaran por cuenta de las entidades públicas, cuando tales contratistas no fueran más que agentes de las obras, y los sueldos fueran pagados con fondos oficiales (artículo 4º del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la ley 19 del mismo año). Tiempo después este criterio legislativo fue ratificado, ya más concretamente por el artículo único del Decreto 3153 de 1951.

Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su artículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos de la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: uno, sometido en lo general a las normas propias y especiales del derecho público, y otro, por vía de excepción, quedó gobernado, también en lo general, por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo.

Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo citado, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo de Trabajo, oficiales y particulares" (artículo 3º), excluyó expresamente de su régimen "las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los estatutos especiales que posteriormente se dicten" (artículo 4º ib.) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y "al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (artículo 481 ib.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, recaída en el juicio que Miguel Insignares adelantó contra la sociedad **Raymond Concrete Pile Company of South America.**

Antecedentes

Por medio de apoderado, Miguel Insignares demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de esta ciudad, a la Compañía Raymond Concrete Pile Company of South America, representada por el señor Jorge Mejía Salazar, para que se la condenara a pagarle la suma de $ 17.037.50 por concepto de diferencia de salarios y salario adicional. Pidió, además, el reajuste de sus prestaciones, el valor de los perjuicios materiales y morales de acuerdo con regulación judicial, y la condenación en costas para la demandada.

De los hechos en que se basa la acción, interesa resumir los siguientes: Que entre la Nación y la Sociedad Raymond se celebró un contrato de administración delegada para la ejecución de unas obras en el Puerto de Buenaventura, que aparece publicado en el Diario Oficial número 27948 de 5 de julio de 1952; que en la cláusula 7ª de ese contrato se estipuló lo siguiente: "El contratista organizará y administrará el trabajo en la forma que considere más aconsejable y económica. Por lo tanto queda facultado para determinar el personal de las obras y podrá libremente nombrar, remover, reducir o suprimir el personal de empleados, técnicos o administrativos, y obreros, que a su juicio requieran los trabajos, ya sea este personal colombiano o extranjero, SUJETANDOSE A LA LISTA Y CONDICIONES (son mayúsculas del recurrente) que se indican en el anexo número 3, el que podrá ser modificado con aprobación de la Dirección de Navegación y Puertos del Ministerio de Obras Públicas"; que en el mencionado anexo número 3 se detalla el personal de trabajadores "necesarios para la ejecución de la obra", y se fijan los respectivos salarios o sueldos, figurando entre dicho personal el **mecánico jefe**, o **Master Mechanic**, o sea el **Jefe de Talleres**; que en virtud de un contrato de trabajo celebrado entre la Sociedad demandada y el actor, éste le prestó sus servicios, primero como Capitán de la Draga Colombia entre el 19 de marzo de 1952 y el 30 de junio de 1953, y luego, entre el 1º de julio de 1953 y el 15 de julio de 1954, como Jefe de Taller (master mechanic) y encargado de la Planta de Balasto K. 24; que en el cargo de Jefe de Taller o "master mechanic" el demandante reemplazó al señor George Silk, percibiendo una remuneración mensual de $ 950.00 que incluía la suma de $ 150.00 por concepto de alimentación y alojamiento; que Silk devengaba en dicho cargo de Jefe de Taller la suma de $ 1.755.00, incluyendo en esta cantidad la de $ 500.00 por concepto de alimentación y alojamiento; que además la Sociedad le adscribió al demandante las funciones de Encargado de la Planta de Balasto, sin modificarle el salario; que las funciones de Jefe de dicha Planta de Balasto fueron desempeñadas, hasta el día en que se encargó de ella al actor, por el señor Edward Walker, quien percibía también un sueldo mensual de $ 1.755.00, en la misma forma que Silk; que por razón de la diferencia de salarios que se desprende del contenido de los hechos anteriores, Insignares presentó reclamaciones escritas a la Sociedad sin obtener que se le reconociera el reajuste solicitado, pues la empresa, a través de su representante legal, en carta del 21 de junio de 1954 le negó el reclamo, alegando que las labores ejecutadas por Insignares no podían considerarse iguales a las desarrolladas por Silk, ni en cantidad ni en calidad de trabajo y porque las aptitudes, experiencia y eficiencia de Silk eran infinitamente superiores a las del actor, advirtiendo también que la disminución del ritmo de trabajo en la planta de balasto, permitió que se le adscribieran las funciones del jefe de ésta al jefe de talleres, sin que ello constituyera un recargo excesivo en el trabajo que obligara a un aumento de salario; que el actor sí realizó un trabajo, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia, si no iguales, superiores al desarrollado por Silk, como se deduce de las constancias del Superintendente de la Sociedad; que por razón de sus funciones Insignares tuvo que trabajar en horas extras, labor que le fue pagada de conformidad con el cuadro de liquidaciones firmado por el Superintendente de la demandada; que la Sociedad debe al actor la diferencia de salarios como Jefe de Talleres (master mechanic) a razón de $ 800.00 mensuales, en 12 y medio meses, así como también el reajuste de su trabajo extraordinario sobre la misma base anterior y el salario

adicional que le corresponde por la dirección técnica de la planta de balasto K. 24, en 11 meses, a razón de $ 312.50 mensuales, o sea, el 25% del sueldo que devengaba el Jefe anterior de la planta, señor Walker; y que la conducta de la Sociedad al negarse a pagar a Insignares los salarios a que tiene derecho, en la forma expuesta, le causó a éste graves perjuicios de orden económico y moral que deben serle indemnizados.

El procurador judicial de la empresa aceptó unos hechos, negó otros, explicó que entre la Raymond y la Nación existió un contrato de administración delegada, y propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad de personería de la parte demandada y de petición antes de tiempo, que fundó así: La primera "en el hecho de que siendo el Gobierno Nacional el verdadero patrono del señor Miguel Insignares, la demanda sólo podía promoverse contra la Nación. En efecto, la Raymond ha sido una mera intermediaria, sin responsabilidad solidaria, porque el demandante desde el principio tuvo conocimiento de que iba a trabajar para el Gobierno Nacional y sometido, de consiguiente, al régimen de los trabajadores oficiales". Y la segunda "en el hecho de que, de conformidad con el artículo sexto del Código de Procedimiento del Trabajo, el señor Insignares tenía que agotar previamente el trámite administrativo para promover esta acción. No lo ha hecho así, porque hasta ahora no se ha dirigido al Gobierno Nacional, luego su acción judicial es prematura y, por este aspecto, debe ser igualmente rechazada".

El Juez del conocimiento, en fallo de 22 de marzo de 1955, desató la litis declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, fundándose en que el patrono no era la empresa sino la Nación y que por consiguiente se había dirigido el juicio contra persona distinta de la obligada, ya que aun cuando en cláusula del contrato de administración delegada aparecía estipulado que las prestaciones de los trabajadores corrían a cargo de la empresa, ésta advirtió al actor que obraba en carácter de simple intermediaria y que no ingresaba a su servicio sino al de la Nación, sin que el demandante pueda invocar dicha cláusula contractual entre la empresa y la Nación, pues tal estipulación es para él "res inter alios acta", un hecho de tercero, que no le perjudica ni le daña. Además, condenó en costas a la parte actora.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al decidir por apelación que interpuso el apoderado de Insignares, en sentencia de 30 de junio del mismo año, después de extenderse en diversas consideraciones que, en lo esencial, respaldan las tesis del inferior, confirmó en todas sus partes la providencia apelada, y condenó en costas a la parte apelante.

El recurso

Con invocación del ordinal 1º del artículo 87 del C. de P. del T., persigue la casación de la sentencia indicada, para que reemplazando la Corte al Tribunal Seccional y al Juzgado de primera instancia, dicte fallo acorde con las peticiones de la demanda inicial.

Cargo único

Acusa violación indirecta, del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y de los artículos 10, 13, 14, 21, 22, 23, 24, 27, 32, 37, 38, 41, 43, 54, 55, 57, 65, 74, 127, 129, 142, 143, 144, 158, 159, 161, 186, 193, 249, 253 y 306 del C. S. del T.

El recurrente después de enunciar el contenido de las normas legales citadas, para indicar que ellas definen los derechos demandados, fundamenta el cargo así:

a) Que el Tribunal cometió error de hecho al apreciar indebidamente tanto la cláusula séptima como el conjunto de normas que encierra el contrato de administración delegada celebrado entre la sociedad referida y la Nación; que dicha cláusula séptima imponía a la sociedad demandada la obligación de pagar al trabajador, por cuenta de la Nación y con los fondos de la obra, su salario completo y legal y las prestaciones sociales correspondientes, pero que únicamente pagó al actor parte de ese salario y parte de esas prestaciones sociales; que como la cláusula séptima pertenece a la zona reglamentaria o general del contrato de administración delegada, es un evidente error jurídico del Tribunal decir que tal cláusula, es res inter alios acta, que no comprende a terceros.

b) Que el Tribunal cometió error de hecho al no apreciar debidamente la prueba testimonial, documental y de confesión (que individualiza) y que según lo afirma el recurrente, demuestra: la denominación del cargo, tiempo de servicios, salario y forma satisfactoria, eficiente y responsable como el actor cumplió con sus obligaciones: los reclamos de salario que a la empresa hizo el demandante; las disculpas dadas por la sociedad para no hacer el reconocimiento solicitado, que

no consistieron en decir que la Nación fuera la obligada, sino en otros efugios; el concepto del Ministerio de Trabajo sobre los derechos reclamados por el trabajador colombiano; la aceptación por parte del Interventor del Ministerio de Obras Públicas sobre el derecho que asistía al demandante para que se le nivelara su salario; la capacidad técnica adquirida por Insignares desde tiempo atrás; la jornada extraordinaria laborada por el actor, que sirve para evidenciar, en contrario de lo dicho por el representante de la sociedad, que la actividad de ésta, en las obras delegadas, antes de disminuir, aumentaba; el reconocimiento que hizo la empresa de que estaba obligada a pagar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores vinculados a la obra recibida en administración delegada, con los fondos **entregados por la Nación a la Sociedad para el objeto del contrato**; las labores o funciones que realizó el actor en el mismo cargo que desempeñó el trabajador extranjero Silk; y el salario percibido por Silk en el desempeño de las funciones que tuvo posteriormente el demandante.

c) Que "el hecho de que el trabajador demandante haya estado vinculado al servicio de una empresa oficial, no excluye la existencia del contrato de trabajo, a la luz del texto legal del artículo 4º del Decreto número 2127 de 1945". Afirma el recurrente que tan cierta es esta conclusión, que el Ministerio del Trabajo, en concepto que transcribe, ha sostenido de que a los trabajadores oficiales "**vinculados por contrato de trabajo, se les aplican las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto no haya disposiciones especiales para ello**", concepto que aparece ratificado por otro de la misma Entidad oficial, de fecha 15 de junio de 1954, que dice: "**El hecho de que la Empresa expresada en su consulta tenga un contrato de administración delegada con el Ministerio de Obras Públicas, no la libera de sus obligaciones, que son las del Código Sustantivo del Trabajo, a falta de norma especial**".

Y concluye así el recurrente:

"Los errores de hecho anotados, indebida apreciación o errónea apreciación de la prueba mencionada en el aparte a) y falta de apreciación de las pruebas mencionadas en el aparte b), llevaron al Tribunal a violar indirectamente las normas sustantivas invocadas, así:

"1º—Al interpretar o apreciar indebidamente el contrato de administración delegada celebrado entre la Nación y la sociedad demandada, concluyó aceptando la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, exonerándola de la obligación de reconocimiento y pago de lo pedido;

"2º—Consecuencialmente, se abstuvo de aplicar las normas del Código Sustantivo del Trabajo que definen los derechos del trabajador colombiano demandante, y en especial el de nivelación de salarios con el percibido por su antecesor extranjero y el reajuste correspondiente de sus prestaciones sociales, y desde luego, el de indemnización de perjuicios;

"3º—Con el criterio opuesto, habría tenido que condenar a la sociedad demandada al pago de lo pedido, conforme al escrito de demanda;

"4º—Y esto, por cuanto ese contrato de administración delegada no excluye el contrato de trabajo entre demandante y demandada, con todas las obligaciones sociales que de él se desprenden".

El opositor sostiene que en el caso sub-lite se presenta un claro dilema, pues a Insignares o le son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, o no le es aplicable dicho Estatuto sino que su situación se gobierna por el régimen de los trabajadores oficiales; que si se acepta lo primero, entonces de acuerdo con el artículo 35 del Código el reclamo de cualquier derecho debe hacerlo a la Nación, ya que la empresa cumplió con los requisitos señalados en el inciso 3º del mencionado precepto; que si se acepta lo segundo, la acción se habría agitado en el vacío, porque la aplicación del principio a que ha pretendido acogerse el demandante sólo tiene cabida en tratándose de trabajadores particulares, más no de los oficiales, para quienes no existe disposición consagratoria expresa de tal derecho; que además, como el recurrente no señala como infringida ninguna norma sustantiva en virtud de la cual sea aplicable dentro del campo de los trabajadores oficiales, con o sin contrato, aquel principio, el planteamiento de la impugnación queda sin piso. Que la calidad de trabajador oficial que tuvo el demandante es indiscutible frente a lo dispuesto por el Decreto 3153 de 1953, que por ser una norma de carácter interpretativo de las disposiciones laborales sobre trabajadores oficiales, debe entenderse incorporada en ellas, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 14 del C. C. y 58 del C. de R. P. y M., debiendo además, aplicarse de inmediato a los contratos que estuvieren en curso en el momento de su vigencia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 del C. S.

del T. Que por la cláusula 7ª del contrato de administración delegada, la empresa se obligó a pagar los salarios y prestaciones de los trabajadores con fondos de la Nación o por cuenta de ésta, pero que ello no quiere decir que la empresa quedara capacitada para afrontar, en nombre y representación de la Nación, las consecuencias de un juicio laboral como el que se adelanta, porque los representantes de las entidades de derecho público para esta clase de juicios son los agentes del Ministerio Público, como lo establecen los artículos 16 y 34 del C. de P. del T.; que aun cuando lo anterior fuera discutible, la sola circunstancia de haber hecho conocer al trabajador y haber aceptado éste que su verdadero patrono era la Nación, dejó a la empresa sin responsabilidad solidaria y sin posibilidad de representar a la Nación en esta controversia, según la previsión del inciso 3º del artículo 35 del C. S. del T.; y que, además, si el ad-quem dio a la cláusula 7ª una apreciación distinta a la querida por el recurrente, no puede la Corte, en presencia de las dos versiones, modificar aquella estimación, porque no se configura de manera evidente y notoria el error de hecho. Que por otra parte, el recurrente no acusa la apreciación del Seccional sobre las pruebas demostrativas del conocimiento que se dio a Insignares de que su verdadero patrono era la Nación y que, en consecuencia, la empresa había dado cabal cumplimiento a lo exigido por el inciso 3º del ya citado artículo 35 del Código, omisión ésta que por sí sola sería suficiente para que el recurso no pueda prosperar. Y que resulta extravagante la aspiración del actor, ya que no pueden equipararse las condiciones en que fue contratado y en que prestó sus servicios Silk, con las de Insignares, según diversas razones que expone; y porque no hubo simultaneidad o igualdad en el tiempo o época de los servicios del uno y del otro. Termina el opositor pidiendo que no se acceda a la solicitud de infirmación del fallo recurrido.

Se considera:

La doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo tiene definido que el contrato de administración delegada es uno de los procedimientos de ejecución de las obras públicas, en el que la Administración no actúa directamente sino por medio de un tercero a quien se le entrega la dirección técnica y administrativa de la obra, pero siendo ésta adelantada por cuenta y riesgo del Gobierno. El contratista por administración delegada es un simple intermediario de la Administración y su presencia no desdibuja el carácter público de la obra, que sigue siendo una manifestación de la actividad estatal, con las consecuencias jurídicas propias a tal situación.

Consecuente con este principio doctrinario, la legislación laboral colombiana, desde el año de 1935, calificó como del servicio oficial a los empleados de los contratistas de obras que se ejecutaran por cuenta de las entidades públicas, cuando tales contratistas no fueran más que agentes de las obras, y los sueldos fueran pagados con fondos oficiales, que es el caso del contrato administrativo que se examina; dijo el Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 del mismo año, en su artículo 4º: "Se entiende por empleado del servicio oficial aquel que trabaja por cuenta de las entidades públicas o a su servicio, u obra a nombre de ellas, y cuya remuneración es pagada, directamente por el Tesoro Nacional, los Tesoros Departamentales o Municipales, o por organismos creados por leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos o reglamentos legales. También se consideran como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecuten por cuenta de las entidades públicas, cuando los contratistas en la realización de los trabajos son meros agentes o patronos de las obras, y los sueldos son pagados con fondos oficiales". Años después este criterio legislativo fue ratificado, ya más concretamente, por el Decreto 3153 de 1958, cuyo artículo único dispuso: "Los empleados y obreros de obras que se ejecuten por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada, son trabajadores oficiales y por consiguiente están sometidos en sus relaciones laborales a las disposiciones que rigen para los trabajadores oficiales".

Que la sociedad Raymond Concrete Pile Company of South America celebró un contrato de administración delegada con el Gobierno para ejecutar, por cuenta de la Nación, diversas obras en el Puerto de Buenaventura y que el demandante Insignares fue contratado por dicha sociedad para que trabajara en tales obras, son hechos perfectamente establecidos en el juicio y sobre los cuales las partes no discuten. Frente a las normas reglamentarias indicadas, no cabe duda alguna que la situación jurídica del actor, al tiempo de los hechos, fue la de empleado público o del servicio oficial.

Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su ar-

tículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: Uno, sometido en lo general a las normas propias y especiales del derecho público, y otro, por vía de excepción, quedó gobernado, también en lo general, por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo. Como el demandante Insignares fue contratado para trabajar en la construcción de una obra pública, su vínculo con la Administración encaja dentro del segundo grupo, o sea, que le era aplicable el régimen de los trabajadores particulares en razón de la ficción legal explicada.

Con invocación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, sostiene el recurrente que "el hecho de que el trabajador demandante haya estado vinculado al servicio de una empresa oficial, no excluye la existencia del contrato de trabajo", y ello es así en virtud de lo ya expuesto, pero el Tribunal en ningún momento niega tal posibilidad jurídica, ni que el fenómeno anotado hubiera dejado de producirse en el caso sub-lite. Lo que el Tribunal advierte, para declarar que la empresa no debe responder por las obligaciones demandadas, es que habiendo tenido Insignares el carácter de trabajador oficial, su vínculo contractual se rigió por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo y no por las disposiciones de éste, en razón del expreso mandato de su artículo 492; que en estas condiciones no es aplicable al caso de autos la presunción de solidaridad entre el intermediario y el dueño de la obra que consagra el artículo 35 del C. S. del T.; que el régimen aplicable es el de los artículos 5º y 6º del Decreto 2127 de 1945, de cuyo contexto es fácil deducir que los contratistas por administración delegada pueden ser asimilados a la condición de simples representantes del patrono y que en tales condiciones obligan al beneficiario pero no se obligan a sí mismos; considera además el Seccional que debe tenerse también en cuenta "que el contratista al recibir al señor Insignares al servicio de la obra que adelantaba por cuenta de la Nación denunció expresamente al trabajador la calidad con que actuaba, calidad que éste aceptó expresamente como se ha probado con las transcripciones hechas atrás". Y agrega: "La convención de la cláusula séptima es cláusula convenida entre el contratista y la Nación: es res inter alios acta, que no afecta al trabajador por ser un hecho entre terceros". El razonamiento del ad-quem gira únicamente alrededor de un problema de personería, pero en ninguna forma desconoce que el vínculo de Insignares con la Administración hubiera de entenderse como de contrato laboral. En este aspecto no se configura infracción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 por parte del Tribunal.

Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares", según lo dice su artículo 3º, excluyó expresamente de su régimen "Las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los estatutos especiales que posteriormente se dicten" (artículo 4º ibidem.) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y "al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (artículo 491 ibidem).

Ya sobre este tema se había pronunciado en términos similares el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, como puede verse en la sentencia de 6 de marzo del presente año, que decidió el recurso de casación contra el fallo del Tribu-

nal Seccional del Trabajo de Medellín, dictado en el juicio que Reinaldo Aristeendi adelantó contra la Nación.

De todo lo explicado resulta con absoluta claridad que los derechos que reclama el demandante Insignares no tienen su fundamento legal en el Código Sustantivo del Trabajo, sino en las normas anteriores a éste, tales como la Ley 8ª de 1945, el Decreto 2127 del mismo año, las Leyes 64 y 65 de 1946 y demás disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha en que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, al cual pertenece el actor. Y siendo ello así, el cargo, que invoca además conceptos equivocados del Ministerio de Trabajo, resulta ineficaz para buscar el examen por la Corte de las cuestiones que plantea el recurrente, pues el Tribunal no pudo infringir, por falta de aplicación, ninguna de las normas del Código que cita y reclama el acusador, por la obvia razón de que dicho Estatuto no rigió la situación de autos. El cargo es absolutamente inestimable y no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — **Miguel Antonio Constaín** — Sergio Antonio Ruano — **Rafael Baquero Herrera**, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS AGENTES. — FUNDAMENTOS DE LA OBLIGACION DE REPARAR ESTOS DAÑOS. — ACCION PERSONAL DEL HEREDERO CUANDO EL DAÑO NO SE PRODUCE EN DESARROLLO DE UN CONTRATO

1.—El punto relativo a la obligación que se impone al Estado de indemnizar y responder por los daños causados a consecuencia de la actividad de quienes actúan en su nombre, es cosa que hoy nadie discute: todo daño imputable a culpa de otro, debe ser reparado. Solamente que para admitir la responsabilidad del Estado algunos lo hacen sobre la consideración de una culpa de su parte en la escogencia de las personas que actúan a su nombre, y otros la fundamentan en el principio de que todo daño causado a los ciudadanos con ocasión del funcionamiento inadecuado del servicio público, debe ser reparado.

2.—La responsabilidad que a la Nación podría deducírsele, cuando un avión que le pertenece ocasiona daños con ocasión de precipitarse a tierra, sería la indirecta, proveniente del hecho culposo de un dependiente suyo, conforme al artículo 2347 del C. C., y como una consecuencia natural de la obligación que le asiste de escoger y seleccionar el personal a su servicio. Porque el piloto de un avión es apenas un dependiente que actúa en acatamiento a órdenes superiores, sin que de él pueda afirmarse que constituye el asiento de la voluntad que dirige el servicio público, salvo el caso de vuelos realizados por directores o funcionarios cuya voluntad se confunde con la de la persona moral cuya representación ostentan, de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte en sentencia de mayo 15 de 1944 y abril 16 de 1955 (LVII, 781 y LXXX, 177).

3.—No siendo la causa que genera los perjuicios de origen contractual, de suerte que pudiera decirse que los derechos y acciones nacidos de contrato se transmiten a los herederos en razón de la muerte del damnificado; y no teniendo tales perjuicios el carácter compensatorio del patrimonio del muerto sino simplemente indemnizatorios encaminados a resarcir el daño causado a los más próximos parientes con ocasión de las víctimas, la demanda debe pedir directamente para ellos, únicos titulares del derecho a ser indemnizados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Alrededor de las tres de la tarde del día 8 de agosto de 1950, el avión número 872 F-47, de propiedad de las Fuerzas Aéreas Colombianas, cuando volaba sobre la ciudad de Medellín, piloteado por el Subteniente señor Álvaro de la Hoz, se precipitó a tierra. Al caer, se estrelló contra varias habitaciones y produjo, además de la muerte del piloto, la de las siguientes personas: María Rosalba, Germán, Fanny de Jesús y Marta Nora Uribe Jaramillo, todos menores, hijos legítimos de Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo de Uribe; la de Laura Rosa Sánchez de Jaramillo y la del niño Juan Guillermo Vélez Jaramillo, hijo legítimo de Bernardo Vélez y María Jaramillo.

A consecuencia del mismo accidente resultaron lesionados igualmente Lía Jaramillo de Uribe y la menor Elda Uribe Jaramillo, hija de la primera y de Pedro Luis Uribe; y los menores Amparo, Gustavo y Bernardo Vélez Jaramillo, hijos de Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez.

Parte de la casa y enseres que había dentro de ella, de propiedad del matrimonio últimamente mencionado, resultaron también destruidos.

Vivamente preocupado con el desastre, el Eje-

cutivo Nacional expidió el Decreto Legislativo número 0251 de fecha 2 de febrero de 1952, por el cual se autorizó al Gobierno para celebrar un contrato de transacción con las personas que sufrieron perjuicios a consecuencia del mencionado accidente.

Según afirman los demandantes en este juicio, la transacción a que se refiere el anterior Decreto no se ha efectuado; efectivamente, en el expediente no aparece prueba alguna al respecto, ni tampoco el señor Procurador Delegado la ha alegado.

La demanda

Fue así como el señor apoderado judicial de los señores "...Lía Jaramillo de Uribe, personalmente y como heredera de la señora Laura Rosa Sánchez de Jaramillo y de sus hijos menores María, Marta Nora, Fanny, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo; de Pedro Luis Uribe, como heredero de sus hijos legítimos María, Marta Nora, Fanny, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo y como representante legal de la menor impúber Elda Uribe Jaramillo; de Braulio Jaramillo Sánchez, en su carácter de heredero de su madre legítima Laura Rosa Sánchez de Jaramillo; de Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez, con el carácter de herederos de sus hijos Juan Guillermo Vélez Jaramillo y, el primero, además, como representante legal de sus hijos legítimos Amparo, Gustavo y Bernardo Vélez Jaramillo..." promovió acción ordinaria contra la Nación o Estado Colombiano, a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"1ª—Que la Nación Colombiana o Estado Colombiano es responsable civilmente de los perjuicios de orden moral y económico ocasionados con el siniestro aéreo acaecido el día 8 de agosto de 1950, en la ciudad de Medellín, consistente en el estrellamiento del avión F 47 número 872, perteneciente a las Fuerzas Aéreas de Colombia, piloteado por el Sub-Teniente de Aviación señor Alvaro de la Hoz, a consecuencia del cual perdieron la vida la señora Laura Rosa Sánchez de Jaramillo y los menores Juan Guillermo Vélez Jaramillo, María Marta, Nora, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo y sufrieron lesiones la señora Lía Jaramillo de Uribe y los menores Amparo, Gustavo y Bernardo Vélez Jaramillo, como también daños en su habitación y enseres los señores Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez.

"2ª—Que como consecuencia de la anterior declaración la Nación Colombiana o Estado Colombiano, está en la obligación de pagar a la sucesión de la señora Laura Rosa Sánchez de Jaramillo, representada por sus hijos legítimos Braulio, Lía y Lucila Jaramillo Sánchez, dentro del término que el H. Tribunal señale, el valor de los perjuicios de orden moral y económico, tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos nombrados en forma legal.

"3ª—Que como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral primero de la parte petitoria, la Nación Colombiana o Estado Colombiano, está en la obligación de pagar a las sucesiones de los menores María, Marta Nora, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo, dentro del término que el H. Tribunal señale, representados por los señores Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo de Uribe, el valor de los perjuicios de orden moral y económico tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos nombrados en forma legal.

"4ª—Que la Nación Colombiana o Estado Colombiano, como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral primero de la parte petitoria, está en la obligación de pagar a la señora Lía Jaramillo de Uribe el valor de los perjuicios económicos ocasionados con las lesiones que le fueron causadas en el accidente aéreo de que se hace mención en los hechos de la presente demanda, dentro del término que el H. Tribunal señale, tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos designados en forma legal.

"5ª—Que la Nación Colombiana o Estado Colombiano, como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral 1º de la parte petitoria, está en la obligación de pagar a la sucesión de Juan Guillermo Vélez Jaramillo, representada por los señores Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez, dentro del término que el H. Tribunal señale, el valor de los perjuicios de orden moral y económico, tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos nombrados en forma legal.

"6ª—Que la Nación Colombiana o Estado Colombiano está en la obligación, como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral primero de la parte petitoria, de pagar a la menor Elda Uribe Jaramillo, representada legalmente por el señor Pedro Luis Uribe, el valor de los perjuicios económicos causados por las lesiones producidas en el accidente aéreo que se deja mencionado, tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos designados en forma legal, dentro del término que el H. Tribunal señale.

"7ª—Que como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral primero de la parte

petitoria, la Nación Colombiana o Estado Colombiano, está en la obligación de pagar a los menores Amparo, Gustavo y Bernardo Vélez Jaramillo, representado (sic) por su padre legítimo señor Bernardo Vélez, dentro del término que el H. Tribunal señale, el valor de los perjuicios económicos por las lesiones producidas en el accidente aéreo que se deja mencionado, tasados dentro del juicio o fuera de él por peritos designados en forma legal.

"8º—Que la Nación o Estado Colombiano, como consecuencia de la declaración correspondiente al numeral primero de la parte petitoria, debe pagar al señor Bernardo Vélez, dentro del término que el H. Tribunal señale, el valor de los perjuicios económicos causados en su casa de habitación y enseres de la misma, tasados dentro del juicio o fuera de él, por peritos designados en forma legal".

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató el negocio mediante sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955); en ella se declara que la Nación es responsable de los fallecimientos, lesiones y daños materiales a que se refiere la demanda, y la condena a pagar las siguientes cantidades:

a) Dos mil pesos a cada uno de los señores Braulio y Lía Jaramillo Sánchez por la muerte de Laura Rosa Sánchez de Jaramillo;

b) Diez mil pesos a cada uno de los señores Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo de Uribe por el fallecimiento de sus hijos María, Marta Nora, Fanny, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo;

c) Dos mil pesos a cada uno de los señores Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez por el deceso de Juan Guillermo Vélez Jaramillo;

d) Trescientos setenta pesos a Lía Jaramillo de Uribe por los perjuicios materiales que se le ocasionaron;

e) Y setenta pesos a Elda Uribe Jaramillo por los perjuicios sufridos por ella.

Igualmente se condenó a la Nación a indemnizar los daños ocasionados a los menores Bernardo, Amparo y Gustavo Vélez Jaramillo, por las lesiones que sufrieron; los daños ocasionados en el inmueble perteneciente a Bernardo Vélez, y los daños ocasionados en los muebles de los cónyuges Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez.

Estas últimas condenaciones se hicieron en abstracto a fin de que su cuantía sea fijada mediante el procedimiento previsto por el artículo 553 del Código Judicial.

El recurso

El señor Fiscal del Tribunal apeló de la providencia anterior, y es así como el negocio ha llegado a la Corte, en donde, por haberse surtido los trámites legales, se procede a resolver.

Concepto del Procurador Delegado en lo Civil

En su concepto, el señor Procurador Delegado en lo Civil manifestó que por haberse acreditado el hecho mismo del siniestro aéreo, que el avión pertenecía a la Nación, que éste era conducido por quien prestaba servicios a la Fuerza Aérea Colombiana y que con motivo del accidente perdieron la vida varias personas, otras resultaron lesionadas y algunas habitaciones y enseres fueron destruidos; que por tratarse de una actividad peligrosa en la cual se presume la culpa civil, y por no existir en el informativo prueba alguna de que se hubiera celebrado el contrato de transacción que autorizó el Decreto Legislativo número 0241 de 1952, no se opone a las pretensiones de la demanda.

Las pruebas

Por considerarlas ajustadas a la realidad del proceso y conformes a la ley y a la doctrina aplicables a casos como el presente, se reproducen en seguida la relación de pruebas y la estimación y crítica que de ellas hace el Tribunal de instancia:

"La parte actora allegó al proceso en forma regular los siguientes documentos: constancia del Departamento Nacional de Aeronáutica Civil, en el cual se asevera que la aeronave F-47 número 872 no aparece en el respectivo registro "por tratarse de una aeronave nacional"; copia del Decreto Legislativo número 241 de 2 de febrero de 1952, por el cual se facultó al Gobierno para llevar a cabo un contrato de transacción con las personas que sufrieron perjuicios "a consecuencia del siniestro aéreo del avión F-47 número 872 de la Fuerza Aérea pilotedo por el Subteniente Alvaro de la Hoz Bonell, ocurrido el 8 de agosto de 1950 sobre un barrio de la ciudad de Medellín"... (f. 20 v. a 21 c. 2º); certificación del Ministerio de Guerra sobre que el Subteniente Piloto Alvaro de la Hoz Bonell prestaba sus servicios a la Fuerza Aérea Nacional el ocho de agosto de mil novecientos cincuenta (f. 26 c. 2º); co-

pia del Decreto número 3391 del 27 de octubre de 1949, por medio del cual se concedió el grado de Subteniente efectivo a Alvaro de la Hoz B. y se le destinó "al Escuadrón de Bombardeo de la Base Aérea Germán Olano" (f. 29 v. c. 2ª); copia del acta de posesión del prementado Subteniente (f. 30 ib.); copia del acta de servicios de dicho Subteniente y del Decreto por el cual se deploró su fallecimiento (f. 31, 32 ib.).

"Fuera de los documentos ya relacionados, la parte demandante trajo al juicio los testimonios de Fernando Díaz Vélez (f. 11 c. 2ª), Horacio Quirós Osorio (f. 12 ib.), Horacio Acevedo Alvarez (f. 13 ib.), Jaime Quirós Alvarez (f. 13 ib.), Aldemar Tabares Vélez (f. 15 ib.), Zabulón de J. Agudelo Q. (f. 16 v. ib.) y de otras personas, los que depusieron por conocimiento directo y personal, y en quienes no concurre alguna causal de impedimento o recusación (artículo 668 ss. C. J.). Todos estos deponentes afirman la realidad del accidente determinado en la demanda por haber tenido oportunidad de presenciarlo y coinciden en que él produjo hechos dañosos.

"Sin ningún género de duda, los elementos de convicción que se dejan enunciados constituyen una prueba completa de que en verdad el avión F-47 número 872 pertenecía a la Nación en el mes de agosto del año de mil novecientos cincuenta (1950) y era pilotado por persona al servicio de ésta al tiempo de realizarse el accidente del ocho (8) de agosto de dicho año, el que tiene una realidad indiscutible en los autos. Legalmente los documentos enumerados dan certidumbre sobre lo que se anota (artículo 632 edts. C. J.), y armonizan con su contenido las exposiciones de los testigos ya citados, las que vienen a revestir de más certeza la conclusión a que aquí se arriba (artículo 697 edts. C. J.).

"..... .....

"A la demanda se adjuntaron estas partidas de origen eclesiástico: del matrimonio contraído por Emilio Jaramillo y Laura Rosa Sánchez, en esta ciudad, en el mes de febrero de mil novecientos doce (f. 9 c. 1º); de nacimiento de Braulio Octavio y María Lía Jaramillo Sánchez, nacidos en los años de mil novecientos trece y mil novecientos quince, respectivamente (f. 8 ib.). También se trajo una partida de origen notarial que da cuenta del fallecimiento de la señora Sánchez de Jaramillo, el día ocho de agosto de mil novecientos cincuenta, en esta ciudad (f. 2 ib.).

"De lo anterior resulta que Braulio y Lía Jaramillo Sánchez poseen interés jurídico para accionar contra la Nación a causa del fallecimiento de su madre, quien pereció en el accidente ya citado, conforme lo acreditan el acta de necropsia cuya copia expidió la Oficina Central de Medicina Legal (f. 40 c. 2º) y las exposiciones de los testigos Fernando Díaz Vélez (f. 12 ib.), Horacio Acevedo Alvarez (f. 13 ib.), Aldemar Tabares Vélez (f. 15) y los otros declarantes que ya se mencionaron.

"Indudablemente que para los señores Jaramillo Sánchez la muerte de su madre implica un perjuicio de orden moral que no es dado desconocer y que ha de indemnizar la Nación, pues él se presume ya que es conforme a la naturaleza humana, que la consanguinidad próxima crea vínculos afectivos que hacen cierto el daño moral al descendiente por el fallecimiento de la madre suya (G. J. número 1998, pág. 770).

"Debe anotarse que en la demanda no reclamaron los mentados señores indemnización de perjuicios de carácter material por el deceso de su madre y que en el juicio tampoco fueron demostrados.

"Según las exposiciones de los testigos que ya se citaron (f. 11 ss. c. 2º) la señora Lía Jaramillo de Uribe sufrió heridas en el siniestro ya dicho, las que le ocasionaron una incapacidad de quince (15) días, en armonía con el reconocimiento hecho en la Policlínica Municipal y que obra en autos (f. 22 c. 2º). En el concepto de los peritos-médicos que actuaron durante el término probatorio aparece concretada la naturaleza de las lesiones sufridas por la prementada señora (f. 49 v. ib.), y el perjuicio material que ellas representan lo justipreciaron otros peritos en la cantidad de trescientos setenta pesos ($ 370.00), como aparece en su exposición (f. 55 v., 56 c. 2º). Los peritazgos ya mentados fueron practicados con acatamiento a la legalidad (artículo 705 ss. C. J.) y ellos fueron fundamentados (artículo 721 ss. C. J.), por lo que la Sala los acoge, respecto de la naturaleza de las lesiones y de su significación económica. De suerte que la Nación debe solucionar esa suma.

"Bernardo Vélez y María Jaramillo de Vélez accionaron para obtener la indemnización de daños sufridos en una propiedad suya a causa del accidente memorado y en los enseres que tenían en la misma. Sobre ello resulta que Rodolfo Gómez (f. 11 c. 2º), Jaime Quirós (f. 13 v. ib.), Alejandro García García (f. 14 ib.), Misael Pérez Montoya (f. 14 v. ib.), Antonio J. Castaño Yepes (f. 17 ib.) y otros, declararon que por consecuencia del accidente fue destruída parcialmente la casa de habitación de Vélez G., como también lo

fueron muebles y ropas que en ella tenía con su cónyuge. Se infiere entonces que el señor Vélez tiene derecho a ser indemnizado por los daños ocasionados en la propiedad suya, la que adquirió por medio de la escritura número mil seiscientos (sic) noventa y cinco (1695) del doce (12) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, registrada y aportada de modo regular al juicio (f. 1, 2 c. 2º) (artículo 638 ss. C. J.). Vale recordar que el señor Vélez y la señora Jaramillo de Vélez demandaron para los dos la solución de los daños ocasionados en el inmueble que individualiza aquella escritura, pero en atención a que ella determina como propietario al cónyuge, en su favor corresponde reconocer el derecho a ser indemnizado. Cabe agregar que en cuanto a bienes muebles sí procede reconocer el derecho de ambos cónyuges para que les sea pagado el respectivo perjuicio.

"Los peritos hicieron avalúo de tales daños, pero él no está sustentado en forma que lo haga atendible en un todo, entre otras cosas, porque no revela una exacta objetividad, porque no precisaron de modo cabal su exposición (f. 57 v. c. 2º), y de allí que sea del caso hacer una condena en abstracto para que luego se determinen las respectivas sumas (artículos 480, 553 C. J.).

"En las partidas de carácter eclesiástico que se adjuntaron a la demanda consta que el seis (6) de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937) contrajeron matrimonio católico Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo, y que el siete de junio de mil novecientos treinta y nueve (1939) nació la hija suya de nombre Elda de Jesús Uribe Jaramillo (f. 9 c. 2º). Dichas partidas integran prueba suficiente de que el señor Pedro Luis Uribe tiene la representación legal de su descendiente menor (artículo 240 edts. C. J., 62 edts. C. C.), en armonía con lo establecido por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, pues al tiempo de ese nacimiento aún no había sido puesta en ejecución la Ley 92 de 1938, como lo enseña el Decreto Ejecutivo número 178 del 31 de enero de 1940.

"Con prueba testimonial que obra en el juicio y que ya se ha mencionado, se estableció de modo fehaciente que la menor Elda Uribe Jaramillo sufrió lesiones en el accidente de aviación tantas veces citado, las que concretaron los peritos-médicos así: "le queda en la actualidad: una cicatriz de cuatro centímetros de longitud por tres milímetros de ancho máximo en la región dorsal del antebrazo derecho, y una cicatriz de un centímetro de longitud por dos milímetros de ancho en la región dorsal de la mano del mismo lado..." (f. 49 v. c. 2º). Los peritos designados para el avalúo del daño fijaron la suma de setenta pesos ($ 70.00) como representativa de lo invertido en drogas y en tratamiento médico. Empero, como falta prueba de que los respectivos gastos hayan sido hechos de cuenta de la menor, la Sala estima que por ese aspecto no es fundada la pericia, aunque tampoco es equivocado considerar que la suma dicha es acogible porque representa el valor del daño que en su integridad física padeció la menor, el cual es indiscutible. Por tanto, habrá de declararse obligada la Nación a solucionar dicha cantidad.

"Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo de Uribe acreditaron con la partida eclesiástica su matrimonio celebrado en el mes de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937) (artículo 22, Ley 57 de 1887) y la defunción de los menores María, Marta Nora, Fanny, Alba Rosa y Germán Uribe Jaramillo, pues las partidas de origen notarial, extendidas en la Notaría Tercera de Medellín, el nueve (9) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), así lo demuestran (Ley 92 de 1938, artículos 18, 19).

"En cuanto al nacimiento de los prementados menores, quisieron hacer valer los interesados unas partidas extendidas en la Notaría Cuarta de Medellín el catorce (14) de julio de mil novecientos cincuenta y tres (1953), por manifestación de Francisco de P. Benítez (fs. 3, 4, 6, 7, c. 2º). En realidad aparece que ellas se extendieron sin dar cumplimiento a lo previsto en la legislación para cuando una partida de nacimiento no se inscribe dentro del término señalado al efecto, pues las mismas fueron elaboradas sin previa recepción de testimonios ante juez competente y con citación del Agente del Ministerio Público (artículo 350 edts. C. C., artículo 13, Ley 92 de 1938, artículo 7, 42 Decreto 1003 de mayo 10 de 1939). Por consiguiente, sería impropio atribuir completo mérito de convicción a los aludidos documentos ya que no fueron extendidos con el lleno de las formalidades legales (artículo 1758 edts. C. C.).

"Fuera de lo anotado, los cónyuges adujeron varias partidas de origen eclesiástico, en las cuales consta lo siguiente: que María Rosalba Uribe Jaramillo nació el quince (15) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951); que el veinticinco (25) de junio de mil novecientos cuarenta y tres (1943) nació el once (11) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) (sic), que el

veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) nació Fany de Jesús Uribe Jaramillo; que el veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) nació Alba Rosa Uribe Jaramillo (f. 9 v., 10, 12 c. 1).

"Es de advertir que en todas estas partidas se señala a los cónyuges Uribe-Jaramillo como padres legítimos de los menores nombrados, lo que también ocurre en las actas civiles sobre el fallecimiento de ellos. Además no sobra observar que en las diligencias de necropsia de todos ellos aparecen determinadas edades que coinciden con las épocas de nacimiento señaladas en esas partidas y en cuanto a cada uno de los mentados (f. 38 ss. c. 1º).

"Dadas las modalidades de este proceso, las circunstancias que en él se contemplan, considera la Sala que es posible tomar las partidas eclesiásticas referidas como prueba del vínculo de consaguinidad que tuvo realidad entre los cónyuges demandantes y los menores fallecidos. Es verdad que las partidas civiles son la prueba principal del estado civil (artículo 18, Ley 92 de 1938), como lo expone la H. Corte Suprema (G. J. número 2138, p. 41), y que las otras, es decir, las eclesiásticas, sólo integran prueba supletoria (artículo 19, Ley 92 de 1938), más también lo es que la informalidad de que adolecen las actas civiles sobre el nacimiento de tales menores hace viable la operancia de aquéllas, lo que se hace de más fundamento si se considera que vienen a estar respaldadas en su contenido por otros documentos del expediente y por varias declaraciones de testigos. Una orientación distinta a la planteada en este caso conduce a excesivo rigorismo que desarmoniza con las normas de justicia y equidad y con los fines de los procedimientos civiles (artículo 472 C. J.). Racionalmente de las constancias procesales se desprende con certeza que del matrimonio de Pedro Luis Uribe y Lía Jaramillo nacieron los menores referidos, conclusión que no se presta a dudas y de allí que haya de tenerse por establecida una de las bases de la acción. Las exposiciones de varias declarantes habrían bastado para la inscripción extemporánea del nacimiento de los menores (artículo 13, Ley 92 de 1938) y con igual lógica puede expresarse aquí que concurren en respaldo del contenido de las partidas eclesiásticas y de la tesis de su estimación (de ellas) en la presente sentencia. Por los motivos brevemente expuestos, el Tribunal valora las partidas anotadas, para lo cual acaso no sobra dar alguna significación al hecho de que la parte demandada no planteó debate sobre el particular y que el C. Sustantivo del Trabajo autoriza la estimación directa de ellas (artículo 294). De suerte que está acreditada la calidad invocada por los cónyuges Uribe Jaramillo para demandar perjuicios por la muerte de sus descendientes, por lo que debe verse en seguida si su pretensión es fundada.

"De las exposiciones testimoniales de los señores Fernando Díaz Vélez, Horacio Quirós Osorno, Horacio Acevedo Alvarez, Jaime Quirós Alvarez y Aldemar Tabares Vélez (f. 11, 12, 13, 13 v., 15 c. 2º), se desprende nítidamente que los menores ya nombrados fallecieron por causa del accidente del ocho (8) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), pues los deponentes tuvieron oportunidad de presenciarlo, conocían a dichos menores y pudieron identificarlos cuando sus cadáveres fueron rescatados de las ruinas ocasionadas por tal accidente. No sólo de la prueba testimonial enunciada resulta que los menores aludidos sí fallecieron en el accidente que se ha venido mencionando sino también de las copias de las correspondientes diligencias de necropsia expedidas por la Oficina Central de Medicina Legal (f. 38 ss. c. 2º), con cuyo contenido armonizan las constancias del Cuerpo de Bomberos de esta ciudad (f. 43, 47, 48 ib.).

"Por tanto, es ajustado a derecho inferir que pesa sobre la Nación o Estado Colombiano la obligación de indemnizar a los cónyuges Uribe-Jaramillo de los perjuicios de carácter moral e inobjetables que sufrieron en gracia del fallecimiento de sus descendientes legítimos, los cuales son de una realidad indiscutible que no se presta siquiera a la menor duda, en armonía con lo sostenido por los doctrinantes y en la jurisprudencia reiterada de la H. Corte Suprema que no es preciso transcribir ahora.

"En cuanto a perjuicios morales objetivables y a los de carácter material cuya reparación fue deprecada, vale observar que los actores omitieron demostrarlos y de allí que no proceda declarar que los asista derecho a obtener el respectivo pago. Tratándose de una acción indemnizatoria es indispensable la demostración completa de la existencia del respectivo perjuicio, como bien lo enseñan las disposiciones legales (artículo 1757 ss. C. C., artículo 210, 593 ss. C. J.) y de allí que sea impropio imponer condena sobre el particular ya que los accionantes no satisficieron la carga probatoria.

"En el dictámen pericial rendido durante la tramitación del litigio, estimaron los peritos en distintas sumas el monto de perjuicios materiales

sufridos por los cónyuges Uribe-Jaramillo y en cuanto al fallecimiento de cada uno de sus hijos (f. 54, 55 c. 2º). Dicho concepto pericial, en cuanto a lo último, no merece acogimiento de la Sala, pues es falto de fundamentación que lo haga atendible (artículo 721 ss. C. J.). Los peritos entraron en consideraciones acerca de la vida probable de los fallecidos y de la ayuda que hubieran prestado a los padres suyos, criterio que es inacogible. El perjuicio indemnizable ha de ser cierto y no meramente conjetural o hipotético, simplemente posible, y fácil es ver que los peritos entraron en el campo de las suposiciones.

"Consta en los autos que los fallecidos eran personas de corta edad que aún no suministraban alguna ayuda a sus padres, de donde fluye que falta una base sólida para sostener que quepa afirmar la existencia de perjuicios materiales, pues para reconocerlos es menester un fundamento objetivo, el que no se encuentra en el simple hecho de la muerte, pues "...sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que por la sola muerte de una persona sus familiares fueran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de los animales pudiera ser objeto de derecho como ocurría en las prácticas observadas en tiempos remotos y que hoy están abolidas...". (G. J. 2145, pág. 488). Con insistencia se ha sostenido y demostrado en la jurisprudencia nacional que en el caso del fallecimiento de menores que aún no prestaran ayuda a sus padres no se configura el perjuicio material por este concepto, por lo que sobra hacer aquí exposición amplia sobre el particular (G. J. 1141, pág. 707, etc., etc.).

"Los cónyuges Bernardo Vélez y María Jaramillo, cuyo matrimonio fue celebrado en el mes de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939) conforme lo acredita la partida eclesiástica adjunta a la demanda (f. 14 c. 1º), accionaron para obtener el pago de perjuicios derivados de la muerte de Juan Guillermo Vélez Jaramillo (f. 16 c. 1º).

"Para demostrar su calidad de padres del menor presentaron una partida notarial extendida en la misma fecha y condiciones que las antes analizadas (f. 5 v. c. 1º), por lo que es deficiente para acreditar el parentesco. Empero, dicho parentesco puede considerarse acreditado con una partida eclesiástica en la cual consta que Juan Guillermo nació el treinta y uno (31) de julio de mil novecientos cuarenta (1940) en esta ciudad (f. 10 v. c. 1º). Lo expuesto en relación con otros menores nombrados en esta sentencia hace ver que es ajustado a derecho concluir que fue establecido el vínculo de consanguinidad que ligó a los cónyuges Vélez Jaramillo con Juan Guillermo.

"Resulta entonces que procede reconocerles derecho a ser indemnizados de los perjuicios morales que padecieron a causa de su deceso en el accidente del mes de agosto de mil novecientos cincuenta (1950). La partida de defunción presentada (f. 1 c. 1º), el acta de necropsia (f. 38 ss. c. 2º), otros documentos y prueba testimonial hacen evidente en los autos que su muerte fue causada por el accidente memorado, y ya se vio que la Nación es responsable del mismo. Desde luego que es improcedente el reconocimiento de derecho al pago de perjuicios materiales, por iguales motivos a los expresados al analizar la obligación surgida para el Estado como consecuencia del fallecimiento de los menores Uribe Jaramillo.

"El señor Bernardo Vélez demandó en interés de los menores Amparo, Bernardo y Gustavo Vélez Jaramillo (f. 26 c. 1º) y con el propósito de obtener la reparación de las lesiones que sufrieron en el accidente tantas veces mentado. Para acreditar su condición de ascendiente legítimo adjuntó su apoderado al libelo de demanda unas partidas notariales confeccionadas en la Notaría Cuarta de Medellín (f. 3 v., 4 v., 5º v., c. 1º), las que adolecen de igual deficiencia que otras que se adujeron, y de allí que por sí solas no acrediten la consanguinidad, sin que se precise repetir ahora el por qué carecen de eficacia probatoria.

"Fuera de tales partidas, se adujeron unas de carácter eclesiástico y en las cuales consta: que el diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941) nació María Amparo (f. 10 v. c. 1º); que el treinta (30) de octubre de mil novecientos cuarenta y dos (1942) nació Bernardo (f. 14 ib.); que el once (11) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) nació Gustavo (f. 11 ib.). En tales partidas aparece que son hijos legítimos de los cónyuges Vélez Jaramillo, cuyo matrimonio quedó demostrado. Por idénticas razones a las antes expuestas y en armonía con las diversas constancias procesales, considera la Sala que las partidas en referencia son demostración bastante del vínculo en razón del cual el señor Vélez pide en favor de Gustavo, Amparo y Bernardo Vélez Jaramillo, a quienes representa legalmente (artículo 62 cdts, C. C.).

"Los nombrados Vélez Jaramillo sufrieron lesiones en el accidente de que es responsable la

Nación, las que son de una realidad indiscutible, pues fueron determinadas por los peritos-médicos que actuaron en este negocio (f. 40, 50 c. 2º) y aseveradas por un número plural de testigos cuyas exposiciones ofrecen mérito. Los expertos que justipreciaron el monto de los perjuicios ocasionados con la tragedia ya dicha, estudiaron la significación económica de los daños padecidos por los menores en referencia, pero su experticio resulta inacogible porque comprendió el valor del tratamiento médico y en los autos no consta que hubiera sido satisfecho con el patrimonio de los lesionados. Además, desconoció el dictamen el perjuicio moral de los menores Vélez Jaramillo, el que tiene existencia cierta. Por tanto, el respectivo valor será fijado conforme a lo previsto por el artículo 553 del C. Judicial.

"Hasta aquí se han estudiado los aspectos sustanciales del negocio, aunque en forma concisa, y de ello resulta que no es necesario extender más la presente motivación que es conforme con las normas de justicia y equidad. No sobra advertir que no se resuelve sobre derecho que pueda tener Lucila Jaramillo Sánchez porque ella no compareció al juicio, y que tampoco corresponde condenar a la Nación por concepto de perjuicios materiales concretados en gastos de entierro y de tratamientos médicos que se hayan visto en condición de verificar los padres cuyos hijos fueron muertos y lesionados en el accidente, pues en la demanda no fueron reclamados expresamente y tampoco acreditados de modo concreto.

"Por último, debe anotarse que se fijará la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) como valor de perjuicios morales inobjetivables ocasionados a las personas cuyos consanguíneos fallecieron, para cada una de ellas y por cada uno de los fallecidos, siguiendo así la orientación jurisprudencial".

Consideraciones de la Sala

- I -

Trátase aquí de decidir sobre la responsabilidad de origen extracontractual en que haya podido incurrir la Administración Pública por el accidente aéreo ocurrido en Medellín el día 8 de agosto de 1960, por tratarse de un avión oficial piloteado por quien en ese momento ejercía funciones de la misma índole.

Como lo acepta el Tribunal sentenciador, los elementos de convicción anteriormente relacionados demuestran sin ningún género de duda y con la certidumbre de que el avión accidentado era de propiedad de la Nación, que estaba siendo pilotado por persona al servicio y por cuenta de aquélla. Por lo que puede entrarse sin vacilaciones en el estudio de la responsabilidad que se le imputa, para saber si está o no obligada a pagar la indemnización de perjuicios que de ella se solicita.

El punto relativo a la obligación que se impone al Estado de indemnizar y responder por los daños causados a consecuencia de la actividad de quienes actúan a su nombre, es cosa que hoy nadie discute: todo daño imputable a culpa de otros, debe ser reparado. Solamente que para admitir la responsabilidad del Estado algunos lo hacen sobre la consideración de una culpa de su parte en la escogencia de las personas que actúan a su nombre, y otros la fundamentan en el principio de que todo daño causado a los ciudadanos con ocasión del funcionamiento inadecuado del servicio público, debe repararse. Pero cualquiera que sea la posición que se adopte y cualquiera que sea el fundamento jurídico que se le asigne, lo evidente es que todos concuerdan en la afirmación de que el Estado se halla obligado a reparar esta especie de daños.

Sobre el particular se hace inoficioso mencionar por suficientemente conocida la reiterada jurisprudencia, conforme a la cual el Título 34 del Libro 4 del C. C. que consagra la culpa extracontractual contiene tres grupos de principios, a saber: el que consagra la responsabilidad delictual o cuasi delictual del hecho personal; el que configura la responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otras, y el que lo estatuye por el hecho de las cosas inanimadas y animadas.

Sobre el segundo de estos grupos, y más concretamente sobre la responsabilidad imputable a la Administración Pública, la misma jurisprudencia la tiene estructurada sobre la diferenciación que ha hecho entre directa e indirecta, según que la persona física autora del hecho culposo ostente la representación de la persona jurídica o sea un simple dependiente de ella. "La persona moral —ha dicho la Corte en sentencia de 15 de mayo de 1944 (G. J. LVII, 791)— habrá de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces es cuando puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos, ya no es ella misma la que actúa, sino son sus agentes, del propio

modo que obran los agentes o subordinados de una persona física". Y para distinguir entre **órganos y dependientes** de la Administración, en sentencia de 10 de abril de 1956 (G. J. 2153, pág. 177) adoptó el criterio siguiente: "Habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que dirige'": y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos".

Aplicando el criterio anterior habrá de afirmarse que en el caso de autos la responsabilidad que a la Nación podría deducírsele sería la indirecta, proveniente del hecho culposo de un dependiente suyo, conforme al artículo 2347 del C. C., y como una consecuencia natural de la obligación que la asiste de escoger y seleccionar el personal a su servicio. Porque el piloto de un avión es apenas un dependiente que actúa en acatamiento a órdenes superiores, sin que de él pueda afirmarse que constituye el asiento de la voluntad que dirige el servicio público, salvo el caso de vuelos realizados por directores o funcionarios cuya voluntad se confunde con la de la persona moral cuya representación ostentan.

En este orden de ideas, aceptado el principio de que la Administración, al igual que cualquiera otra persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, y siguiendo un principio universal sobre pruebas, correspondería ahora estudiar las propuestas por los actores para demostrar la culpa de la entidad demandada si no fuera porque el texto mismo de la disposición últimamente citada, consagra una presunción de culpabilidad a cargo del actor del daño, presunción que invierte los deberes probatorios e impone al reo, como lo tiene establecido la reiterada jurisprudencia, el deber de comprobar la intervención de un elemento extraño, fuerza mayor o el caso fortuito, si aspira a librarse de responsabilidad.

Esta presunción es aplicable al caso de autos porque la última parte del artículo 2347 establece que cesará la responsabilidad de las personas obligadas por el hecho de quienes estuvieren a su cuidado, cuando comprobaren que con la autoridad que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieren impedir el hecho, "lo cual está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa", o que el daño se debió a un hecho extraño, o fuerza mayor o caso fortuito: le es aplicable igualmente dada la misma naturaleza peligrosa de la actividad de que aquí se trata. "A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa, en caso de accidente", ha dicho la Corte en repetidas ocasiones.

Ahora bien: como lo dijo el señor Procurador Delegado en lo Civil en concepto que la Sala acoge, "En el negocio de la referencia, con los diferentes elementos de convicción traídos a los autos, se logró demostrar: el hecho mismo del siniestro aéreo; que el avión en realidad de verdad pertenecía a la Nación en la fecha en que ocurrió el accidente; que era conducido por el Subteniente Alvaro de la Hoz, quien en esa misma fecha prestaba sus servicios a la Fuerza Aérea Colombiana; y que con motivo de tal accidente perdieron la vida varias personas, otras resultaron lesionadas y algunas habitaciones y enseres fueron destruidos. Pero, en cambio, ninguna de las circunstancias exonerativas de responsabilidad aparece acreditada en el informativo".

Lo anteriormente expuesto conduce a la conclusión de que el Estado Colombiano tiene la obligación de indemnizar a los actores los perjuicios de carácter moral inobjetivables que sufrieron con ocasión del fallecimiento de sus familiares y los materiales que resultaron comprobados dentro del proceso a que se comprueben mediante el trámite previsto por el artículo 553 del C. J., todo conforme a lo dicho por el Tribunal sentenciador en la sentencia que se revisa.

- II -

Cabe observar que en la demanda con que se inició este juicio el señor apoderado demandó en interés y para las sucesiones de las víctimas del accidente, y que el Tribunal de instancia entendió que se pedía en beneficio directo de las personas que presentaron la demanda.

El error en que incurrió el señor apoderado es evidente, porque no siendo la causa que genera los perjuicios en el presente caso de origen contractual, de suerte que pudiera decirse que los derechos y acciones nacidos del contrato se trans-

mitieron a los herederos en razón de la muerte; no teniendo tales perjuicios carácter compensatorio del patrimonio del muerto sino simplemente el indemnizatorio encaminado a resarcir el daño causado a los más próximos parientes con ocasión del fallecimiento de las víctimas, la demanda ha debido pedir directamente para ellos, únicos titulares del derecho a ser indemnizados.

Sin embargo, la Sala acepta la interpretación que a la demanda dio el Tribunal sentenciador, porque de sus hechos se desprende que se quiso pedir para tales parientes: allí se afirma que fueron ellos quienes "soportaron las consecuencias trágicas del accidente" y quienes sufrieron la desintegración de sus hogares; la acepta igualmente porque en los poderes conferidos al abogado se faculta a éste para que "en nombre y representación de los poderdantes" "ejercite la acción de perjuicios respectiva contra la Nación, por causa del accidente de aviación ocurrido el 8 de agosto de 1950", y porque las leyes deben interpretarse siempre en orden a obtener la eficaz realización de los derechos en ellas consagrados.

- III -

No tiene tampoco la Sala observación ninguna que hacer a la cuantía de $ 2.000.00 señalada como monto de la indemnización por perjuicios morales inobjetivables, pagaderos a cada una de las personas perjudicadas y por cada uno de los fallecidos. Basada como está la sentencia en la jurisprudencia sentada en relación con el artículo 95 del C. P. y siendo éste uno de los casos en que el Juez debe resolver ex bibrio judicis, procede también confirmarla en esta parte, por haberse acreditado plenamente que a quienes la sentencia reconoce tal derecho son los parientes más próximos de las personas fallecidas, y que siguiendo el orden de la sucesión intestada, excluirían a cualquiera otra que pudiera presentarse a reclamar tal derecho. (Sentencia, octubre 16/54, G. J. 2149, pág. 395).

Lo mismo puede decirse de las condenaciones que por $ 370.00 y $ 70.00 se hizo a favor de las señoras Lía Jaramillo de Uribe y Elda Uribe Jaramillo, por los daños materiales que les fueron causados de acuerdo con las pruebas del proceso, y de las que en abstracto se hacen en los apartes f), g) y h) de la parte resolutiva de la sentencia, por las razones de orden probatorio que allí se expresan.

Decisión

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el presente juicio, con fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

Sin costas.

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

Manuel Barrera — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

EL INCIDENTE DE EJECUCION DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEBE ADELANTARSE ANTE ESA MISMA JURISDICCION

La regla general es la de que cada jurisdicción tiene sus normas especiales aplicables al cumplimiento y ejecución de fallos. Pero como puede ocurrir el caso de condenaciones a favor o en contra de la Administración que necesiten juicio especial para su cumplimiento, el legislador de 1941 proveyó lo conducente en el artículo 123 de la ley 167.

Esta disposición ha suscitado polémicas diversas porque evidentemente se presta a interpretaciones diferentes en cuanto a la competencia que por ella se consagra para conocer de los trámites conforme a los cuales ha de darse cumplida ejecución a los fallos que en abstracto dicte la jurisdicción contencioso-administrativa: hay quienes la interpretan en el sentido de que la competencia en estos casos corresponde a la justicia ordinaria, basados en la frase "la competencia la tienen los jueces ordinarios..." y con el argumento de que la ley es clara al respecto; otros, por el contrario, sostienen que como esta disposición manda categóricamente regirse por las reglas del Título 15, Capítulo 1º del C. J. y entre ellas se encuentra el artículo 550 que dispone que este incidente "corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia", para determinar la competencia debe distinguirse el caso en que sea necesario seguir un nuevo juicio de aquel en que se trate de un simple incidente del juicio principal.

La jurisprudencia de la Corte y la del Consejo de Estado se han inclinado siempre por la segunda de las interpretaciones propuestas considerando que reñiría contra los más elementales principios de organización judicial dividir la continencia de la causa al atribuir a una jurisdicción distinta el conocimiento de un incidente que por su propia naturaleza forma parte del juicio principal atribuido a la jurisdicción contenciosa. En realidad, nadie más indicado para resolverlo que el propio Juez o Tribunal que ha resuelto lo principal del negocio, que ha decidido sobre el derecho mismo que se discutía entre las partes y que se halla en mejores condiciones para determinar su extensión y su cuantía.

La claridad de los artículos 123 del C. C. A. y 550 del C. J. es incuestionable: si bien el primero remite al Código Judicial, también el segundo ordena que cuando no se requiere seguir otro juicio, la ejecución del fallo corresponde al juez o tribunal que conoció en primera o única instancia.

Por otra parte, no es menos evidente que cuando el artículo 123 del C. C. A. afirma que la competencia la tienen los jueces ordinarios, somete a éstos a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia al agregar que deben actuar "según las disposiciones comunes", y que entre éstas se comprenden no solamente las del Código Judicial encaminadas a dirimir las diferencias entre particulares, sino también las del Código Contencioso Administrativo enderezadas a dirimir las controversias entre el ciudadano y el Estado, y que atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todos los conflictos de contención administrativa. Lo anterior en desarrollo de la norma general de la Carta que ha dividido la jurisdicción o facultad de administrar justicia entre los diversos tribunales del país, llámense ordinarios, contenciosos o del trabajo, y atribuídoles a cada uno de éstos la competencia necesaria para conocer de los negocios según la naturaleza de éstos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Según se desprende de los documentos allega-

dos al presente juicio, la Gobernación del Departamento de Antioquia expidió el Decreto número 91 de 7 de febrero de 1952, por el cual trasladó a la señorita Nina Yepes Velilla del cargo de Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín al Liceo Departamental "Aurelio Mejía" de Yolombó.

Con fecha 9 de los mismos mes y año la misma señorita empezó a recibir la suma de $ 236.11 mensuales por concepto de jubilación hasta el 18 de septiembre de 1952.

De esta fecha en adelante hasta el 31 de diciembre de 1955, la señorita Yepes desempeñó diversos cargos en la Educación Departamental; percibió los sueldos correspondientes, y además, por concepto de jubilación, las cantidades de $ 95.00 mensuales entre el 19 de septiembre de 1952 al 31 de diciembre del mismo año y $ 80.00 entre el primero de enero y el 31 de diciembre de 1953 (f. 3 v. C. 2).

A pesar de lo expuesto, la señorita Yepes demandó de la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del Decreto número 91 citado atrás, y solicitó el pago de los sueldos dejados de devengar en el Instituto Central Femenino de Medellín.

No se sabe si el H. Consejo de Estado tuvo conocimiento de los hechos anteriores, y para el caso de autos sólo se sabe que esta Entidad puso término al juicio por sentencia de 20 de agosto de 1953 que declaró la nulidad de la disposición demandada y que para el restablecimiento del derecho ordenó a la Gobernación de Antioquia reintegrar a la demandante a su antiguo cargo y pagarle también los sueldos dejados de percibir por ella desde la fecha en que quedó desvinculada del cargo hasta que la restitución ordenada tuviera cumplido efecto.

Con fecha 10 de septiembre de 1955, y por conducto de apoderado legal, la señorita Yepes Velilla se dirigió al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín solicitándole que "previo el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., se fije la suma que el Tesoro Departamental debe pagar a la señorita Yepes Velilla, en cumplimiento de la sentencia dictada por el H. Consejo de Estado, a que se ha hecho referencia, así como los intereses legales desde la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta la en que se verifique el pago".

Según se afirma en el memorial de solicitud la Gobernación de Antioquia cumplió la sentencia en lo relativo al reintegro de la demandante a su antiguo cargo, más no así en cuanto al pago de los sueldos, lo cual —dice— obliga a la interesada a acudir "a las autoridades judiciales competentes para el cumplimiento del fallo respectivo" (hecho 4º).

Expresamente afirma el apoderado de la demandante que como el caso "queda perfectamente comprendido dentro de los términos del artículo 553 del C. Judicial, procede en seguida a hacer la liquidación motivada y especificada de la suma a que tiene derecho mi patrocinada". (Hecho 6º). Efectivamente hizo en seguida la liquidación anunciada.

Dando aplicación al artículo en referencia, el Tribunal dio traslado de la solicitud al señor Gobernador por el término de cinco días y luego se recibió el incidente a pruebas (f. 23 cuaderno principal).

Por último, en providencia de fecha 26 de abril del presente año puso término al incidente fijando en la cantidad de $ 6.857.75 la suma que el Departamento de Antioquia debe pagar a la señorita Nina Yepes Velilla.

Apeló el señor Gobernador y el negocio ha venido a esta Sala en donde para resolver, se considera:

Constituyendo la competencia presupuesto procesal indispensable para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo de la acción instaurada, se debe en primer término estudiar si la Justicia Ordinaria tiene o no la suficiente para conocer de los incidentes de la naturaleza del propuesto en el presente negocio.

Sobre el particular cabe advertir que dada la índole especial de la jurisdicción contencioso-administrativo, el Código de la materia —Ley 167 de 1941— contiene un capítulo especial, el XIV, sobre cumplimiento y ejecución de los fallos proferidos por el H. Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, lo cual indica que el Legislador quiso reglamentar la manera de darse cumplimiento a los fallos pronunciados por estas entidades, en forma diversa a la establecida para los fallos proferidos por la Justicia Ordinaria (Título XV, Libro II del C. J.).

En ese capítulo, además de ordenarse que las sentencias dictadas por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos deberán comunicarse a la Administración una vez que estén en firme (artículo 120), se ordena a ésta dictar las medidas conducentes al debido cumplimiento de lo resuelto dentro del término perentorio de 30 días; y para cuando hubiere condenación al pago de una suma líquida de dinero, se previene que deberá verificarlo en la forma que determinen

las disposiciones referentes al pago de las obligaciones y deudas a cargo del Estado, los Departamentos, Municipios y otras personas administrativas (artículo 122).

Este sistema de defecir a las Administraciones Públicas el cumplimiento de los fallos proferidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es bien distinto del establecido en el Título XV, Libro 2º del C. J., en donde, como norma general, se establece que habrá de seguirse un juicio distinto para ejecutar las resoluciones judiciales (artículo 550 del C. J.). Esta distinción no es caprichosa y obedece, sin duda, a la naturaleza de las decisiones proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, encaminadas siempre a dirimir los reclamos del ciudadano frente a la Administración Pública, de suerte que cuando se trate de decisiones condenatorias, se parte siempre del principio de que la buena fe de las Administraciones Públicas les dará cumplido acatamiento. No ocurre lo mismo con las decisiones de la justicia ordinaria encaminadas a dirimir las diferencias entre particulares ya que si dos ciudadanos se enfrentan en litigio, es porque se oponen recíprocamente, y al proferirse el fallo se hace lógicamente indispensable la intervención del juez para su ejecución.

La regla general es, pues, la de que cada jurisdicción tiene sus normas especiales aplicables al cumplimiento y ejecución de fallos.

Mas como puede ocurrir el caso de condenaciones a favor o en contra de la Administración que necesiten juicio especial para su cumplimiento, el legislador de 1941 estableció en el artículo 123 de la ley 167, lo siguiente:

"Las condenaciones de otro orden, en favor o en contra de la Administración, se regirán por las reglas del Capítulo 1º, Título XV, del Código Judicial. La Competencia la tienen los Jueces ordinarios, según las disposiciones comunes".

La anterior disposición ha suscitado polémicas diversas porque evidentemente la norma transcrita se presta a interpretaciones diferentes en cuanto a la competencia que por ella se consagra para conocer de los trámites conforme a los cuales ha de darse cumplida ejecución a los fallos que en abstracto dicte la jurisdicción contencioso-administrativa: hay quienes la interpretan en el sentido de que la competencia en estos casos corresponde a la justicia ordinaria, basados en la frase que dice: "la competencia la tienen los jueces ordinarios..." y con el argumento de que la ley es clara al respecto; otros, por el contrario, sostienen que como esta disposición manda categóricamente regirse por las reglas del Título XV, Capítulo 1º del C. J. y entre ellas se encuentra la del artículo 550 que establece que "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia", para determinar la competencia debe distinguirse el caso en que sea necesario seguir un nuevo juicio de aquél en que se trate de un simple incidente del juicio principal.

La jurisprudencia de la Corte y la del Consejo de Estado se han inclinado siempre, especialmente en los últimos tiempos, por la segunda de las interpretaciones propuestas considerando que reñiría contra los más elementales principios de organización judicial dividir la continencia de la causa al atribuir a una jurisdicción distinta el conocimiento de un incidente que por su propia naturaleza forma parte del juicio principal atribuido a la jurisdicción contenciosa. En realidad, nadie más indicado para resolverlo que el propio Juez o Tribunal que ha resuelto lo principal del negocio, que ha decidido sobre el derecho mismo que se discutía entre las partes y que se halla en mejores condiciones para determinar su extensión y su cuantía.

La claridad de los artículos 123 del C. C. A. y 550 del C. J. es incuestionable: si bien el primero remite al Código Judicial, también el segundo ordena que cuando no se requiera seguir otro juicio, la ejecución del fallo corresponde al juez o Tribunal que conoció en primera o única instancia.

Por otra parte, no es menos evidente que cuando el artículo 123 del C. C. A. afirma que la competencia la tienen los jueces ordinarios, somete a éstos a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia al agregar que deben actuar "según las disposiciones comunes", y que entre éstas se comprenden no solamente las del Código Judicial encaminadas a dirimir las diferencias entre particulares, sino también las del Código Contencioso Administrativo enderezadas a dirimir las controversias entre el ciudadano y el Estado, y que atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todos los conflictos de contención administrativa. Lo anterior en desarrollo de la norma general de la Carta que ha dividido la jurisdicción o facultad de administrar justicia entre los diversos Tribunales del país, llámense ordinarios, contenciosos o del Trabajo, y atribuídoles a cada uno de éstos la com-

petencia necesaria para conocer de los negocios según la naturaleza de éstos.

Por eso para delimitar la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa, dijo la Corte en sentencia de 26 de julio de 1944, G. J. Tomo LVII, pág. 339, lo siguiente:

"De las doctrinas transcritas de la Corte en Sala Plena, se deduce que esta corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y caen bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios.

"Tal doctrina de la Corte es la que más armoniza con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales del país".

Sentado lo anterior, cabe preguntarse para el caso de autos si el trámite establecido por el artículo 553 invocado por la parte actora constituye un juicio propiamente dicho o un simple incidente del proceso principal.

A este respecto, también la doctrina y la jurisprudencia han sido reiterados y constantes al considerar dicho trámite como simple incidente entre otras muchísimas razones por la poderosa de que la propia disposición así lo considera.

"Si la liquidación no es objetada —dice— el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba...".

Y para reafirmar que se trata de un incidente califica de auto a la providencia que le pone término y no de sentencia como hubiera sido lo indicado si se lo considerara como juicio especial.

Ha dicho la Corte:

"La naturaleza del incidente del artículo 553 del C. J. exige prontitud para la regulación de perjuicios" (G. J Tomo LIX, pág. 1188); "El cumplimiento de los fallos que contienen condenaciones referentes a cantidades ilíquidas por frutos, perjuicios y otras de la misma índole, se verifica de acuerdo con las reglas conocidas del artículo 553 del C. J. El conjunto de estas normas conforma el incidente de regulación...".

El profesor doctor Hernando Morales en su Curso de Derecho Procesal Civil, págs. 390 y ss., dice:

"Debe observarse, en primer término, que el artículo enunciado establece un incidente anexo al mismo juicio dentro del cual se dictó la sentencia in genere que tiene por finalidad liquidar ésta cuando versa sobre mejoras, perjuicios, frutos, sueldos, etc. Por tal causa, no es factible aducir la liquidación motivada en forma de juicio especial ante un juez distinto del que pronunció el fallo, ni ante el mismo juez que la dictó, en forma de demanda separada. Tampoco puede tratar de cumplirse la liquidación de la sentencia por medio de juicio ordinario ante el mismo o diferente juez. En todas estas hipótesis existiría incompetencia de jurisdicción que es improrrogable, pues un incidente como lo llama claramente el Código, no es posible desarticularlo del juicio a que pertenece". (Subrayas de la Sala).

Lo expuesto conduce a la conclusión de que el Tribunal Superior de Medellín —Sala de Decisión— no tenía competencia para conocer del incidente propuesto, como tampoco la tiene esta Sala para revisar el auto dictado por aquél, en ese negocio. Conclusión que se reafirma al considerar que si, como lo dice la parte actora, el Departamento de Antioquia se abstuvo de pagar los sueldos ordenados pagar, por decisión de última hora, es seguro que para ello se produjo una operación administrativa que hubo de culminar con una providencia de la misma índole, y que no podría la justicia ordinaria ocuparse de una operación de tal naturaleza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA el auto apelado de fecha 26 de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) proferido por la Sala de Decisión del II. Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar declara que no corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de los incidentes de la naturaleza del que en dicho auto se resuelve.

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara.

Jorge García Merlano, Secretario.

EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN EL CUAL SE TRAMITO LA PROPUESTA DE CONTRATO SOBRE EXPLOTACION DE UNOS YACIMIENTOS MINEROS NO PUEDE ADUCIRSE AL JUICIO ORDINARIO SOBRE DOMINIO DE DICHOS YACIMIENTOS. — DETERMINACION DEL INMUEBLE OBJETO DE ESTOS JUICIOS

Si el juicio no se origina en una oposición a la propuesta de contrato, con fundamento en la propiedad de los minerales, sino que se trata de un ordinario sobre dominio de yacimientos mineros incoado directamente ante las autoridades judiciales, se ve cómo existe fundamento para no acceder a la petición de que se pida al Ministerio de Minas y Petróleos el envío del expediente original de la actuación administrativa. Tal expediente forma parte de los documentos al cuidado y guarda del Ministerio y, por lo tanto, tal envío sólo puede hacerse cuando se ha formulado oposición, con el objeto de que el juzgador decida "si es el Estado o el opositor el dueño de los yacimientos de que se trata". (Artículo 1º, ley 85 de 1945).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez (10) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

La señora Paulina León de Alvarez Garzón y los señores Antonio José Meneses y Manuel López B., por medio de apoderado formularon demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, para que mediante los trámites del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la zona minera, compuesta de yacimientos de azufre, situados en el subsuelo de las haciendas 'Chimangual' y 'San Guillermo' y en el fundo 'Tercán', ubicadas las dichas haciendas en el Municipio de Sapuyes y este fundo en el Municipio de Mallama, Departamento de Nariño, comprendidos por los linderos determinados en esta demanda, zona que está localizada en los cráteres del volcán 'Azufral', en la cordillera occidental, y en la región de la 'Laguna Verde', es de propiedad privada de la señora Paulina León de Alvarez Garzón y de los señores Antonio José Meneses y Manuel López B., mis poderdantes, por cuanto estos inmuebles salieron del patrimonio del Estado Colombiano con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y, además, por cuanto sobre el dominio de ellos se han otorgado entre particulares títulos inscritos, con anterioridad a la Ley 200 de 1936, en los que constan tradiciones de dominio por un lapso superior al término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

"**Segunda.**—Por consiguiente, las estipulaciones contenidas en el contrato administrativo de concesión para explorar y explotar azufre en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios de Túquerres, Mallama y, posiblemente, Santacruz, contrato celebrado el 6 de febrero de 1953 entre el Gobierno Nacional y el doctor Manuel M. Granja O. y elevado a escritura pública número 1343 ante el Notario 5º del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 1953 no afectan el derecho de dominio que mis poderdantes tienen sobre los minerales de azufre materia del contrato.

"**Tercera.**—En consecuencia, la Nación Colombiana debe devolver a mis poderdantes las cantidades que reciban en el futuro del concesionario doctor Manuel Granja O., por concepto de la participación en la concesión de la exploración y explotación de las minas de azufre ubicadas en los inmuebles denominados 'San Guillermo', 'Chimangual' y 'Tercán', de propiedad de mis mandantes".

De conformidad con los hechos de la demanda, que sustentan las anteriores peticiones, el juicio tiene origen en la aceptación de la propuesta número 337 de los señores Francisco Carreras, Francisco Montúfar y Fernando Mosquera, para contratar la exploración y explotación de yacimientos de azufre en un globo de tierras baldías de mil doscientas hectáreas, situado en la región del vocán 'Azufral', en el Municipio de Túque-

tres, formulada el 3 de julio de 1942, que, aceptada por Resolución número 228 de 10 de julio de 1943 por el Ministerio de Minas, quedó sin embargo pendiente por haberse acogido el concepto de la sección jurídica de ese Ministerio, sobre la conveniencia de definir el aspecto legal a que pudiera dar lugar el error cometido al aceptar "una zona alinderada en forma distinta a la que aparece en el croquis presentado en la solicitud de concesión". Posteriormente los proponentes Carreras, Montúfar y Mosquera cedieron sus derechos en la propuesta a doctor Manuel M. Granja. El 5 de marzo de 1948, el Ministerio dictó la Resolución número 173, por la cual, considerando que no se había acompañado a la propuesta el croquis de la zona, resolvió no celebrar el contrato. El 19 de junio del mismo año, el doctor Granja cede sus derechos en la propuesta al señor Pedro Casís, y éste pide reposición de lo resuelto por el Ministerio, quien sostuvo la negativa a la celebración del contrato y dispuso conceder el término de treinta días para que los proponentes corrigieran la propuesta. El apoderado del señor Casís presentó la corrección y finalmente, por Resolución número 317 de 24 de abril de 1950, se aceptó, se elevó a escritura pública el contrato y se dispuso la entrega material de la zona contratada al doctor Manuel M. Granja O.

Así las cosas, la señora Paulina de Alvarez Garzón presentó un memorial al Ministerio de Minas y Petróleos, en el cual pedía que se dieran instrucciones precisas a los comisionados para efectuar la entrega, a fin de que no fueran a invadir las solfataras ubicadas en el municipio de Sapuyes, "pues había temores fundados de que eso pudiera ocurrir, puesto que los proponentes habían incluído en sus croquis y memorias tales solfataras de Sapuyes en los Municipios de Túquerres, Mallama y posiblemente Santacruz".

El Ministerio, interpretando tal manifestación como una oposición al contrato, la rechazó "por improcedente y extemporánea". La entrega al doctor Granja por los comisionados del Ministerio el 9 de noviembre de 1953 se hizo sobre el terreno "pero no en la zona contratada sino en una distinta, pues lo entregado comprende los yacimientos de azufre situados en el subsuelo del Volcán del Azufral..., el cual se encuentra ubicado en el municipio de Sapuyes, en parte, y en parte en el Municipio de Mallama". (Hechos números 5º a 20 de la demanda).

También se expresan los hechos relativos a la propiedad de los actores y a la posesión material de los terrenos, lo mismo que a los títulos por los cuales se dice que las tierras salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva de 1873.

Surtidos todos los trámites propios de la primera instancia, el Tribunal a quo falló el negocio el 18 de noviembre de 1955, absolviendo a la Nación de los cargos formulados en la demanda. El apoderado de los actores interpuso recurso de apelación de la expresada decisión, y los autos vinieron a la Corte, donde se le dio al recurso el trámite legal.

Tanto el apoderado de los demandantes como el señor Procurador Delegado en lo Civil presentaron sus alegatos de fondo, de que adelante se hará mérito. Procede, por tanto, decidir sobre el recurso interpuesto.

"Con el propósito de identificar la zona de la concesión y acreditar el hecho cardinal de que ella se superpone en los terrenos, cuya propiedad alegan los actores de la demanda, se solicitó, como prueba, la práctica de una diligencia de inspección ocular. Pero es el caso de que esa prueba, que decretó oportunamente el Tribunal y aún aplazó para fecha posterior, a instancia del apoderado de la parte actora, no se practicó por inercia de la misma parte, como consta en la anotación que hizo la Secretaría del Tribunal al folio 74 vts. del cuaderno 2o.

"En estas condiciones, no puede anticiparse el estudio de los títulos que adujeron las partes, porque esta cuestión se halla subordinada al hecho primordial de que se identifiquen, formalmente, tanto la zona de la concesión así como los terrenos que ella comprende. Si la identificación no existe, porque el actor de la demanda no quiso o no supo acreditarla, por medio de los elementos probatorios adecuados, ninguna otra determinación, distinta de la de absolver a la Nación demandada, puede tomar el Tribunal en esta instancia".

Cita a continuación el Tribunal como pertinente la doctrina sentada por esta Corte en sentencia de 13 de marzo de 1954, publicada en la GACETA JUDICIAL números 2138 y 2139, páginas 280 y 281, y concluye:

"Todo lo anterior constituye motivación suficiente del fallo absolutorio, en favor de la Nación demandada, por cuanto los actores de la demanda no comprobaron, como era su deber, uno de los hechos esenciales de la acción: La identificación formal del polígono de la concesión minera y de las tierras en donde ella está ubicada, por los linderos del respectivo contrato adminis-

trativo, confrontándolos, sobre el terreno, con los límites de la propiedad territorial de que dicen ser dueños los actores, a quienes correspondía la carga de la prueba de conformidad con los principios de los artículos 1757 del Código Civil y 593 del Código Judicial".

Es de hacer constar aquí que durante el trámite de la segunda instancia, los actores no adujeron ningún elemento nuevo de convicción que hiciera variar la situación jurídica de la acción de dominio declarada, situación que quedó analizada en las motivaciones del fallo recurrido, anteriormente transcritas.

Con base en estas circunstancias, el señor Procurador Delegado en lo Civil expresa lo siguiente en su concepto de fondo:

"Como en el negocio de la referencia, a pesar de haber sido decretada, en ninguna de las dos instancias se practicó la diligencia de inspección ocular, no se demostró por los medios técnicos adecuados que la zona territorial materia del pleito estuviera abarcado por el terreno de la concesión a que se refiere la demanda, ni de igual modo se identificaron y determinaron los dos predios (presupuesto legal obligatorio en estos casos). Por tal motivo, evidentemente, no podía prosperar la acción intentada.

"Con base en las breves consideraciones expuestas la Procuraduría estima que debe confirmarse la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 18 de noviembre del año próximo pasado".

El abogado de los actores nada dice en su alegato de conclusión con referencia al hecho procesal de la falta de determinación del globo de terreno de la propuesta de concesión minera y de los predios en litigio. Se limita él a poner de presente, en primer lugar, la circunstancia de que habiéndose formulado en la demanda una "petición prejudicial" consistente en solicitar al Tribunal que antes de admitir la demanda se pidiera al Ministerio de Minas y Petróleos el envío del expediente original contentivo de las diligencias administrativas relacionadas con la concesión correspondiente a la propuesta número 387, el Tribunal la negó diciendo simplemente que carecía de facultad legal para ello.

Argumenta el apoderado que tal decisión está en pugna con lo preceptuado en el artículo 207 del C. Judicial, "pues al pedir que se solicitaran las diligencias originales al Ministerio antes de decretar la admisión de la demanda, estaban manifestando los demandantes su intención de presentar con ella esas diligencias para fundamentar sus pedimentos y que pudieran estimarse posteriormente, siendo éste, precisamente el espíritu de la Ley 85 de 1945 y del Decreto 805 de 1947, máxime si de acuerdo con esos estatutos aquellas diligencias debían llegar de oficio al Tribunal.

Luego critica todo el trámite administrativo de la Propuesta 387 para concluir que el procedimiento fue irregular y violatorio de las normas que regulan la materia, y expresa: "Al insistir en la impugnación a la negativa del Tribunal Superior de Pasto referente a la solicitud hecha por el apoderado en primera instancia en el sentido de pedir el expediente original al Ministerio de Minas y Petróleos, no está en mi ánimo pretender que la Corte entre a decidir sobre la actuación del Ministerio, sino que, en armonía con lo que he venido sosteniendo a lo largo de esta exposición, quiero con la referencia de estos hechos demostrar la inobjetable importancia de llevar el expediente original al debate tal como lo prescribe la Ley."

Añade luego que la falta del expediente administrativo "hizo impracticables muchas de las pruebas pedidas, pues que allí se encuentran varios de los títulos suficientes para comprobar los derechos en que se funda la demanda, títulos de los cuales por su antigüedad y otros factores que los singularizan, no es fácil obtener nuevos ejemplares".

Y termina expresando:

"Sintetizando lo hasta aquí expuesto, se puede concluir con que el Tribunal, no habiéndose sujetado a imperativas normas de procedimiento, de lo cual la parte actora ha derivado grave perjuicio en sus derechos y se han trastornado elementales principios de justicia, toda la actuación de primera instancia se halla viciada de nulidad procedimental y en consecuencia deben volver los autos al Tribunal del conocimiento a fin de que se dé al negocio el trámite aconsejado por las leyes".

Impugna también el abogado el fallo de primera instancia, diciendo que no guarda armonía con los pedimentos de la demanda; que la primera petición se refiere al derecho de dominio que la señora Paulina de Alvarez Garzón tiene sobre las solfataras situadas dentro de su hacienda San Guillermo o Alsacia, en tanto que la segunda petición se refiere a una cuestión de hecho totalmente diferente que no ha sido considerada ni resuelta en la sentencia. Que en esta última se solicita la declaratoria de que el contrato celebrado entre la Nación y el doctor Manuel M. Granja O. sobre concesión para explorar

y explotar el azufre en el globo de tierras ubicado en los municipios de Túquerres, Mallama y posiblemente Santa Cruz, no afecta los derechos de la señora de Alvarez Garzón "radicados en una propiedad que se halla ubicada en un municipio completamente distinto de aquel en que se radicó la concesión hecha a Granja mediante el citado contrato". Que tal petición no es una consecuencia de la primera, como pudiera afirmarse, porque aquélla podía formularse con prescindencia de ésta, y porque la finalidad, la intención y los términos en que están concebidas una y otra son claramente diversos.

Termina el apoderado esta parte del alegato solicitando que, en subsidio de su petición relativa a la devolución del expediente para que se corrijan los errores anotados, se modifique el fallo resolviendo la segunda petición de la demanda, esto es, que el contrato de concesión "no afecta derechos de la demandante sobre las zonas sulfurosas no incluídas en los términos de dicho contrato".

Se considera:

De acuerdo con las peticiones de la demanda y los hechos que la sustentan, se establece claramente que los demandantes ejercitan la acción de dominio de unos yacimientos de azufre, situados en el subsuelo de las haciendas de "Chimangual" y "San Guillermo" y en el fundo de "Terán", situadas las primeras en jurisdicción del Municipio de Sapuyes y el último en el de Mallama, Departamento de Nariño.

Esta acción ordinaria fue promovida directamente ante el Tribunal de Pasto el 9 de noviembre de 1954, es decir, al vencerse el año en que se dice —pues esto no está demostrado en los autos— que el Gobierno Nacional hizo entrega de esa zona minera al doctor Manuel M. Granja por virtud del contrato de concesión celebrado entre ellos. El derecho a ejercer esta acción ordinaria está consagrado en el artículo 5º de la Ley 85 de 1945, cuyo texto es del tenor siguiente:

"Artículo 5º—El presunto dueño de los minerales o yacimientos materia de una propuesta que no formule oposición a ésta dentro del término señalado por el artículo 1º, perderá definitivamente su derecho si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".

Es indudable, y así lo reconoce expresamente el apoderado de la parte actora, que los demandantes no formularon oposición a la propuesta de contrato número 387 con fundamento en la propiedad de los minerales, pues por tal no puede entenderse el escrito que al Ministerio de Minas y Petróleos elevó la señora de Alvarez Garzón, transcrito en el hecho 17º de la demanda, y que dice: "...de manera muy respetuosa me permito solicitar al señor Ministro se sirva dar instrucciones precisas a los comisionados de ese Despacho para efectuar la entrega al doctor Manuel Granja O. con el fin de que la zona no vaya a invadir en manera alguna las solfataras ubicadas en el Municipio de Sapuyes, pues hay fundados temores de que esto pudiera ocurrir, toda vez que los proponentes han querido ubicar en sus croquis y memorias las solfataras de Sapuyes en los Municipios de Túquerres, Mallama y, posiblemente, Santa Cruz...".

Establecido así que el juicio no se origina en una oposición a la propuesta de contrato, con fundamento en la propiedad de los minerales, sino que se trata de un ordinario sobre dominio de yacimientos mineros incoado directamente ante el Tribunal, se ve cómo esta entidad tuvo fundamento para no acceder a la petición de la parte actora, de que se pidiera al Ministerio el envío del expediente original de la actuación administrativa. Tal expediente forma parte de los documentos al cuidado y guarda del Ministerio de Minas y Petróleos y, por tanto, tal envío sólo puede hacerse cuando se ha formulado una oposición, con el objeto de que el Tribunal respectivo, decida "si es el Estado o el opositor el dueño de los yacimientos de que se trata". (Artículo 1º de la Ley 85 de 1945).

De manera que si el demandante consideraba necesario acompañar a su demanda pruebas que obraban en el proceso administrativo, el medio para hacerlo era distinto al de pedir la remisión del expediente original sobre tramitación de la propuesta, puesto que tal expediente es o forma parte del archivo de documentos del Ministerio de Minas y Petróleos.

Si esto es así, como efectivamente lo es, toda argumentación que sobre el particular hace el abogado para deducir nulidades procedimentales en este juicio, carece de fundamento legal.

Fundada razón asiste al representante de la Nación demandada, cuando solicita la confirmación del fallo que se revisa, por la consideración de no haberse cumplido por parte del actor, en las dos etapas del presente juicio, con el requisito de la identificación de la zona minera que se dice es de propiedad de los demandantes.

Tal razonamiento lo apoya en citas jurisprudenciales que son pertinentes en esta clase de juicios sobre dominio, en los cuales es indispensable a la prosperidad de la acción, la prueba eficaz de la determinación del objeto sobre el cual ha de recaer la declaración de propiedad.

Estas citas, que son las mismas en que se apoya el fallo de la primera instancia, son las siguientes:

"El título originario, sea él una escritura pública, o las copias compulsadas como las de que aquí se trata, es, sin duda alguna, de mucha importancia para decidir, pero no es pertinente estudiarlo en esta alzada porque, no habiéndose hecho la determinación del terreno, presupuesto legal obligatorio en estos casos, sobrario o es innecesario tal estudio, ya que si el título fuera válido, no habría objeto material sobre qué aplicarlo". (G. J. LXXVII, número 2139, pág. 230), sentencia de 13 de marzo de 1954).

Y esta otra reproducida en el mismo fallo que se acaba de citar:

"No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte dé a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno u otro, con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación o identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no solamente el instrumento escriturario debidamente registrado, sino la prueba plena, inequívoca, acerca de la identidad del bien que reclama como propio". (Casación Civil, fallo de 27 de mayo de 1953).

Si, como se ha visto, el actor no satisfizo, por su culpa, como lo expresa el fallo de revisión, con el deber primordial de demostrar que el inmueble a que se refiere el título en que funda su derecho es determinable como cuerpo cierto, y si, como aparece de autos, tampoco cumplió con ese requisito dentro del trámite de esta alzada, es forzoso llegar a la conclusión de que la sentencia apelada debe confirmarse.

Por 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 confirmar el fallo proferido en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechado el 13 de noviembre del año pasado, materia del presente recurso.

Condénase a la parte apelante al pago de costas.

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo, José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara, Jorge García M., Secretario.

EN JUICIO SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR TRABAJOS PUBLICOS, EL ACTOR DEBE DEMOSTRAR QUE LA PERSONA DE DERECHO PUBLICO DEMANDADA ORDENO LA EJECUCION DEL TRABAJO Y LA CONSIGUIENTE OCUPACION DEL INMUEBLE. — ESTE REQUISITO SE RELACIONA CON LA PERSONERIA SUSTANTIVA O LEGITIMATIO AD CAUSAM DE LA PARTE DEMANDADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

En escrito que presentó en el Consejo de Estado el 18 de diciembre de 1953, formuló el apoderado judicial del señor Ernesto Cuéllar Tamayo, contra la Nación, "formal demanda de indemnización por trabajos públicos nacionales", para que en sentencia definitiva sea condenada a pagarle al actor o a quien sus derechos represente, la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.00.00), o en su defecto lo que legalmente se determine en el curso del juicio, por razón de la ocupación que el Ministerio de Obras Públicas hizo de una parte de su terreno ubicado en jurisdicción de este Municipio de Bogotá, y alinderado como se dijo al comienzo de este escrito, terreno que destinó a la construcción de una zanja o canal, y para cubrir el gasto de construcción y ocultación de un colector de mampostería. En la suma que reclamo para el señor Cuéllar —agrega el señor apoderado—, queda incluído lo correspondiente al lucro cesante".

Se afirma en la demanda que el carácter o título para reclamar la indemnización lo constituye la escritura pública número 129 de 30 de enero de 1942 por la cual el señor Ernesto Cuéllar Tamayo compró al Banco de Bogotá un lote de terreno de tres fanegadas y 1.787 varas cuadradas, ubicado en jurisdicción del municipio de Bogotá y distinguido por estos linderos: "Por el Norte, con los terrenos denominados "El Vergel" que fueron del doctor Manuel Antonio Cuéllar Durán; por el Occidente, con terrenos que fueron de propiedad del doctor Miguel Abadía Méndez; y, finalmente, por el otro lado, que viene a formar la base del triángulo, en toda su extensión, con zona ocupada por la actual línea de los Ferrocarriles del Norte y Nordeste".

Como hechos fundamentales de la demanda se expresan los siguientes:

"El día 5 de marzo de 1952 mi poderdante fue sorprendido con la entrada violenta y arbitraria que trabajadores de la obra de la Autopista de Bogotá a Chía hicieron en su terreno, donde comenzaron a excavar con el objeto de hacer una zanja o canal abierto, como en efecto lo hicieron, para dar paso a las aguas del Río Negro, cuyo antiguo cauce variaron con perjuicio del terreno de mi mandante. Por esa zanja o canal hicieron pasar, además, las aguas negras de las nuevas urbanizaciones situadas al norte de la ciudad.

"El canal o zanja en mención, que tiene una longitud de 138 metros y 6 metros de anchura, fue construído precisamente por el centro del terreno del señor Cuéllar, atravesándolo en su totalidad y dividiéndolo, por consiguiente, en dos partes.

"Con el canal se ocupó una área de 828 metros cuadrados del terreno del señor Cuéllar, sin que se le haya reembolsado o pagado el valor de ese terreno.

"Fuera de lo anterior, se causaron daños y perjuicios que pueden resumirse así:

"De inmediato y en forma permanente, se alteraron las condiciones de salubridad e higiene del inmueble, por lo cual debieron ser retirados los ganados que allí se mantenían y abandonados algunos cultivos.

"Los enormes montones de tierra que acumularon de lado y lado de la zanja desmejoraron la constitución del terreno y disminuyeron su capacidad.

"Debo manifestar concretamente que el canal fue abierto no sólo sin la anuencia del dueño del terreno, sino contra su expresa voluntad. Efectivamente, el dueño y su señora se opusieron, sin ser atendidos, a la ejecución de esa obra, y en general, a que su propiedad fuera vulnerada...".

Y más adelante sigue diciendo el demandante:

"Reclamo para mi mandante la suma de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00) como monto de la indemnización por los trabajos ejecutados en su terreno, suma que corresponde a las siguientes partidas:

"Valor comercial de la zona ocupada por el canal (aproximadamente 1.300 v2. a $ 8.00 cada una).....	$ 10.000.00
"Valor de las obras de construcción de un colector de mampostería.....	138.000.00
"Arreglo del terreno y tapado del colector con tierra	9.200.00
"Lucro cesante desde la perturbación hasta la fecha del pago (aproximadamente cuatro años en total).....	2.400.00
"Suma.....	$ 160.000.00

"Incluyo el valor de la construcción de un colector de mampostería, porque es obvio que de no llevarse a cabo esta obra, la totalidad del terreno de mi mandante quedaría inservible, bien para las labores agrícolas o de ganadería, bien para ser urbanizado. Y como el terreno debe volver al mismo estado en que estaba antes de la perturbación, de ahí la partida para tapar el colector y arreglar el terreno".

Con la demanda fueron presentados el poder otorgado por el señor Cuéllar Tamayo para el ejercicio de la acción; copia, debidamente registrada, de la escritura pública número 129 de 30 de enero de 1942, pasada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito; y copia heliográfica del plano del inmueble. Y como fundamentos de derecho se citan en el libelo los artículos 16 y 30 de la Constitución; las disposiciones del Cap. XXII del C. C. A. y sus concordantes; y las pertinentes del C. C.

Admitida la demanda por auto fechado el 1º de febrero de 1954, se dispuso dar traslado de ella al señor Fiscal del Consejo, quien se opuso a las declaraciones pedidas, negó los fundamentos de derecho, y en cuanto a los hechos manifestó que se atendría a las pruebas del proceso.

Dentro del término respectivo se practicaron las pruebas pedidas por la parte demandante; luego formularon sus alegatos de conclusión el señor Fiscal y el apoderado del actor, y finalmente se citó para sentencia. En ese estado, y de conformidad con el Decreto número 0293 del presente año, fue remitido el proceso a esta corporación.

El 19 de junio último y en auto para mejor proveer dispuso la Sala aclarar varios puntos oscuros y dudosos del dictamen pericial, y para ello ordenó un nuevo avalúo de los perjuicios o quantum de la indemnización, para lo cual los peritos nombrados en la misma providencia tendrían en cuenta las bases presentadas por el demandante, los documentos correspondientes traídos al proceso, la diligencia de inspección ocular, etc. Este ordenamiento quedó cumplido con el dictamen que obra a folios 7 a 10 del C. número 2, del cual se dio traslado a las partes sin que éstas formularan objeción alguna.

Así, pues, estando agotado el trámite de rigor, se procede a resolver. Con tal fin han de analizarse, cuidadosamente, los elementos de juicio.

Las pruebas

En el orden en que fueron allegadas al proceso, las pruebas pueden puntualizarse así:

1º—La escritura pública número 129, otorgada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 1942, y legalmente registrada, por la cual el señor Ernesto Cuéllar Tamayo compró al Banco de Bogotá "un lote de terreno que tiene una figura triangular y mide tres (3) fanegadas y mil setecientas ochenta y siete (1.787) varas cuadradas con cincuenta (50) centésimos de vara cuadrada, se halla ubicado en jurisdicción de este Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, está marcado en el plano levantado por el Ingeniero doctor Carlos Arteaga Hernández, del cual se protocoliza una copia en esta escritura, con el número 2 (II), y queda comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, con los terrenos denominados 'El Vergel', de propiedad del doctor Manuel Antonio Cuéllar Durán: por el Occidente, con terrenos que son o fueron de propiedad del doctor Miguel Abadía Méndez, y finalmente, por el otro lado, que viene a formar la base del triángulo, en toda su extensión, con zona ocupada por la actual línea de los Ferrocarriles del Norte y Nordeste".

2º—Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, expedido el 16 de julio de 1942, pero ampliado o adicionado en distintas fechas, con el cual se acredita la suficiencia de la escritura de que trata el punto anterior, de conformidad con el artículo 635 del C. J.

3º—Las declaraciones de los señores Francisco Chaves, Jaime Pombo Leiva, Eugenio Ferro Falla y Daniel Ucrós García. Los tres primeros afirman que el señor Ernesto Cuéllar Tamayo tenía en el

lote mencionado en el libelo cultivos de hortalizas y mantenía animales de su propiedad; que por el centro de aquel predio no existía canal alguno; que el 5 de marzo de 1952 vieron ellos, directa y personalmente, que los obreros al servicio de la construcción de la autopista estaban excavando la zanja de que da cuenta la demanda, y que con motivo de aquella obra el demandante se vio obligado a retirar los ganados y a abandonar los cultivos. El señor Ucrós García expone que él fue empleado del Ministerio de Obras Públicas y sirvió en la Autopista Bogotá-Chía desde el día en que empezaron esa obra hasta la fecha en que inauguraron el primer tramo, los primeros seis meses como dependiente de los contratistas y el resto del tiempo como dependiente de la Interventoría, habiendo desempeñado uno y otro cargo desde noviembre de 1952 hasta mayo de 1953; que conoce el predio del señor Cuéllar Tamayo; que le consta que por orden del Ministerio de Obras Públicas se ejecutó la apertura del canal o zanja; y que por insinuación del señor Cuéllar, él y el Interventor fueron varias veces a estudiar, sobre el terreno, los perjuicios que esa obra le causaba al propietario del inmueble, pero nada se pudo hacer para remediar la situación porque las órdenes eran terminantes.

4º—La diligencia de inspección ocular llevada a cabo con intervención de peritos el 31 de marzo de 1954. En ella se identificó plenamente el lote de terreno según los linderos anotados en la demanda y se comprobó la existencia de "un zanjón o canal de conducción de aguas negras que expide malos olores hasta alguna distancia, acequia que tiene a sus lados promontorios de tierra ya pastados y que atraviesa el predio".

5º—Los dictámenes de los peritos Camilo Villa C., Alfonso Ruiz Ojeda y José Eduardo Acuña, cuyo análisis se omite aquí por haber sido totalmente reemplazado con el dictamen que rindieron los nuevos peritos de conformidad con el auto para mejor proveer.

6º—Los oficios del Ingeniero Jefe del Departamento de Catastro y del Director del Plan Regulador; y

7º—El dictamen de los peritos doctores Guillermo Amaya Díaz y Alberto Arias de Greiff. En él se puntualizan varios hechos como la existencia del canal o zanja en el predio del demandante; el desmejoramiento y la desvalorización del terreno con motivo de aquella obra; el valor comercial de la zona ocupada, y la apreciación del lucro cesante. También se refieren los peritos a las obras que, en su concepto, es necesario hacer para devolverle al inmueble las mismas o parecidas condiciones que tenía antes de la apertura de la zanja, y para la construcción de su alcantarillado, para lo cual tienen en cuenta los expertos los proyectos, reglamentos, informes, etc., de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, entre otras razones por considerar que el precitado canal tiene, por cuestiones técnicas, carácter de solución forzosa puesto que se construyó sobre proyectos de dicha Empresa.

Los alegatos de conclusión

En su alegato ante el Consejo de Estado estudió el señor apoderado del actor las pruebas que, según él, demuestran de manera plena los elementos axiológicos, y especialmente analizó los dictámenes de los primeros peritos sobre los puntos en que discordaron, a fin de hacer ver cuáles de las conclusiones deben ser acogidas. También manifestó el señor apoderado que aceptaba las objeciones hechas por uno de los expertos a la pretendida construcción, por el actor, de un colector, y por tanto desistía de reclamar el valor que esa obra pudiera tener y optaba por la petición subsidiariamente hecha en la demanda al reclamar, en defecto de la suma de $ 160.000.00 en que él apreció el total de la indemnización, la que legalmente se determinara en el juicio. Igualmente, aludiendo al sujeto pasivo de la acción, dijo:

"Está probado que fueron trabajadores al servicio del Paseo de los Libertadores quienes realizaron el canal o zanja que motivó la demanda del señor Cuéllar. Además, en autos aparece establecido con la exposición de los peritos que esa obra o canal se hizo precisamente para desaguar los terrenos aledaños a la Autopista. Pero, por sobre todo, la obra la llevaron a cabo, se repite, trabajadores del citado Paseo de los Libertadores. Ahora bien, la Ley 37 de 1946 y el Decreto Ejecutivo 1659 de 14 de agosto de 1951, entre otras disposiciones legales, dicen bien a las claras que la Autopista de Bogotá a Chía es una obra nacional, luego sus trabajadores sirven a la Nación y si causan daños es la Nación quien debe responder por ellos...".

Ante esta Sala, el representante judicial del señor Cuéllar insiste en sus razonamientos; sólo que, en vista del dictamen de los nuevos peritos, se declara conforme con él y pide, en consecuencia, que se condene al pago de la indemnización en la cuantía que fijan dichos peritos, aumentada

con el valor de la zona ocupada, y en ningún caso se haga la condenación en abstracto.

El señor Fiscal del Consejo se limitó a observar que no obstante encontrar demostrados los elementos de la acción, deben negarse las declaraciones impetradas en la demanda, por ser ésta inepta, desde luego que en ella "no se expuso el concepto de violación de las normas que se invocan como violadas, quebrantando así lo preceptuado por el numeral 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941". De otra parte, y en el evento de que no se encuentre inepta la demanda, el Fiscal conceptúa sobre los puntos del dictamen pericial que pueden ser acogidos, y en lo referente a otros sugirió la conveniencia de decretar otro avalúo. Que fue lo que dispuso esta Sala en auto para mejor proveer, como ya se ha visto.

Para resolver la Sala

Considera:

El artículo 264 del C. C. A. dispone: "En la demanda se deberá expresar: el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, y el monto de la indemnización que se reclama." Determina, pues, este precepto, los elementos axiológicos a saber: dominio o propiedad del actor sobre el inmueble que se ha ocupado con motivo de un trabajo público; intervención de una persona de derecho público en la ejecución de los trabajos para servicio público y en la consiguiente ocupación; y demostración de los perjuicios.

Comprobada aparece, con el instrumento público y el certificado del Registrador de que antes se ha hablado, la propiedad del señor Ernesto Cuéllar Tamayo sobre el lote de terreno a que se refiere la demanda. También se halla demostrada, con la diligencia de inspección ocular y el dictamen de los peritos, la ejecución del canal o zanja en aquel predio. Precisa, por tanto, ver si los otros elementos están igualmente establecidos de manera plena, para lo cual habrá de estudiarse especialmente el relativo a la persona de derecho público que intervino en la realización de los trabajos y en la consiguiente ocupación.

Revisado cuidadosamente el proceso, se observa que a este respecto sólo obran en él las declaraciones de los señores Chaves, Pombo, Ferro Falla y Ucrós, pues no aparece ninguna diligencia o documento demostrativo de la entidad pública que ordenó la construcción de la obra tantas veces nombrada. Dicen así los declarantes:

Francisco Chaves: "...y constatamos que se estaban iniciando trabajos para la construcción del canal por obreros y máquinas al servicio de la Autopista que de Bogotá conduce a Chía...". Jaime Pombo Leiva: "...con el fin de que comprobara, como en efecto lo constaté, que mediante el empleo de maquinaria pesada habían comenzado trabajos para la ejecución de una zanja o canal aproximadamente por el centro del terreno del señor Cuéllar, obreros al servicio de la construcción de la Autopista, que de Bogotá conduce a Chía...". — Eugenio Ferro Falla: "...Es cierto, preocupado con Ernesto por una obra que dix que sin su consentimiento e intempestivamente le estaban haciendo unos obreros al servicio de la Autopista, nos llevó al señor Chaves, a don Jaime Pombo y a mí en la fecha indicada, para que constatásemos que efectivamente unas máquinas dirigidas por obreros que dijeron trabajar para las obras de la Autopista, seccionaban el terreno habriendo (sic) allí una especie de canal o zanjón...". (Folios 22, 23 y 25 del C. número 1).

La simple lectura de estos testimonios hace ver que ellos no sirven para determinar la persona de derecho público que estaba construyendo la obra. En efecto: los señores Chaves y Pombo no dicen por qué les consta que los obreros y la maquinaria se hallaban al servicio de la construcción de la Autopista, y el doctor Ferro Falla se remite, para hacer igual afirmación, al dicho de los mismos obreros. Pero aún aceptando que los implementos mecánicos y los trabajadores en mención correspondieran a la obra de la Autopista, esa sola circunstancia no establece plenamente que haya sido la Nación la entidad constructora del canal, porque bien ha podido ocurrir que aquellos obreros hubieran sido desplazados transitoriamente de sus labores para secundar a otra entidad en la excavación del canal.

El testimonio del señor Daniel Ucrós García expresa, como ya se vio, que él fue dependiente de los contratistas de la Autopista en los seis primeros meses de su construcción, y luego empleado de la Interventoría de la misma obra, que conoce el predio del señor Cuéllar Tamayo y le consta que por orden del Ministerio de Obras Públicas se ejecutó la apertura del canal; y que por insinuación del señor Cuéllar él y el Interventor fueron a estudiar, sobre el terreno, el problema creado por el canal, pero nada pudo hacer el Interven-

tor para remediar la situación porque las órdenes eran terminantes.

Para la Sala el dicho de este testigo carece, igualmente, de fundamento, porque sin que se sepa cuáles eran sus funciones no es posible aceptar la certeza de su afirmación al decir que por orden del Ministerio de Obras Públicas se llevó a cabo la obra, ya que su calidad de empleado, simplemente, no era medio eficaz para enterarlo suficientemente de aquella orden, a menos que tuviera a su cargo funciones relacionadas con esa clase de disposiciones, o que eventualmente hubiera visto los documentos correspondientes. Pero aún admitiendo que la exposición del testigo es clara y razonada, ella apenas constituiría presunción más o menos atendible y no plena prueba (artículo 696 del C. J.). "En la vía de fijar el alcance probatorio de la presunción que resulta del testimonio único —ha dicho la Corte—, no puede el fallador acogerse a la regla que consagra el artículo 664 del C. J., para asignarle el valor de plena prueba, porque el artículo 696 ibidem expresamente estatuye que 'la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba...'. Su valor es el de una simple presunción 'más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición', que solamente cuando concurra con otros indicios, en las condiciones requeridas por el artículo 665 de la misma obra, alcanzaría a tener pleno valor probatorio". (Sentencia, 24 julio de 1950. LXVII, 452).

La comprobación del elemento axiológico que se viene analizando requiere, preferentemente, la presentación de los documentos mediante los cuales dispuso la entidad oficial la ejecución de los trabajos; y en defecto de tales documentos, los testimonios de quienes, por razón de sus funciones como dependientes de la misma entidad, o por otras causas, puedan determinar con fundamento, es decir, con suficiente explicación de los hechos, la persona de derecho público por cuya orden se acometió la obra y se consumó la ocupación. En el caso de autos, los testimonios analizados, únicos elementos de juicio sobre el particular, no demuestran que la Nación hubiera dispuesto y llevado a cabo la zanja o canal de que habla la demanda y, por el contrario, aparecen de autos varios hechos por los cuales se ve cómo es de incierta, dentro del proceso, cuestión tan importante como la relativa al sujeto pasivo de la acción. Veámoslos:

Se dice en la demanda que el canal fue abierto para dar paso a las aguas del Río Negro y para encauzar también "las aguas negras de las nuevas urbanizaciones situadas al Norte de la ciudad". No se afirma, pues, que la obra se realizara como accesoria de la Autopista, ni ello aparece demostrado en ninguna parte del proceso.

En el dictamen pericial procedentemente analizado se lee: "El canal está destinado a recibir las aguas negras y lluvias de urbanizaciones situadas al oriente de la Autopista o Paseo de los Libertadores" (numeral 3º). "Según informes obtenidos en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del Distrito, la apertura del canal o zanja se basó, en líneas generales, en proyectos ya estudiados...". (Numeral 5º, ordinal 6º). "Al contestar esta pregunta (se refiere al valor de la construcción de un colector de mampostería para sustituir el canal o zanja), nos remitimos a los informes de la ya citada Empresa de Acueducto y Alcantarillado, sobre las características de la obra definitiva que ha de construírse...". (Numeral 7º). Y así como ésta, son varias las referencias de los peritos a la citada Empresa, para apreciar el valor de colectores, canales, etc., cuya construcción es necesaria para el alcantarillado técnico del predio del señor Cuéllar Tamayo.

De lo que hasta aquí queda expuesto se concluye que no ha demostrado el actor que la Nación, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, haya sido la entidad que construyó el canal y llevó a cabo, de esa manera, la ocupación permanente de una parte del predio determinado en la demanda.

Ahora bien: en todo juicio debe demostrarse plenamente la personería legítima de las partes, —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva—, porque ella es uno de los elementos esenciales de la acción, e indispensable, por tanto, para que pueda resolverse sobre el derecho alegado. De ahí que el actor está en la obligación de probar no sólo el carácter que él asume como titular de la relación jurídica reclamada, sino también la calidad del demandado como sujeto pasivo de la acción.

Efectivamente, la legitimatio ad processum es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para actuar en el juicio; es una condición previa e indispensable para proferir el fallo de fondo en sentido favorable o desfavorable; es, en fin, una cuestión de rito. En cambio, la legitimatio ad causam es un elemento estructural de la acción y por ende requisito necesario para obtener sentencia favorable; es, en síntesis, una cuestión de fondo, vale decir, que mira al derecho

mismo, independientemente de cualquiera otra circunstancia.

Se ha dicho que la legitimación en la causa es elemento de la acción, porque la legitimación para obrar concierne no al proceso, al cual pertenecen la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, "sino a la sociedad como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado...". De ahí que la carencia de tal elemento conduzca a la absolución.

Se tiene entonces que no habiendo probado la parte demandante, que fue la Nación la que acometió y realizó los trabajos o construcción del canal en el predio del señor Cuéllar Tamayo y ocupó, consecuencialmente, parte del inmueble, ha dejado de establecerse uno de los elementos de la acción o sea la legitimación en causa de la entidad demandada y por ello ésta debe ser absuelta de los cargos formulados por el actor.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda y absuelve a la Nación de los cargos allí formulados contra ella.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

INFLUENCIA DEL FALLO DICTADO POR LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN EL JUICIO CIVIL. — PARTE CIVIL. — APLICACION DEL ARTICULO 28 DEL C. DE P. P. A LOS PROCESOS DONDE NO ES ADMISIBLE LA INTERVENCION DE PARTE CIVIL

1.—La parte civil no tiene la iniciativa de la investigación penal, no la determina ni decide. La persecución de fines indemnizatorios puede imprimirle a sus actuaciones un carácter que, en tesis general, no sería dable nivelar con las que la ley le impone a la administración de justicia, en relación con la verdad procesal cuya búsqueda y hallazgo figuran entre los fines superiores del Estado.

2.—Cuando se propone un juicio sobre indemnización de los perjuicios provenientes de la comisión de un delito, el juez civil tiene derecho de apreciar las cuestiones no inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente.

3.—Se ha venido haciendo hincapié en la situación creada por no haber parte civil ante la jurisdicción penal militar de la cual se pretende derivar consecuencias jurídicas contrarias a la letra de los arts. 11 y 28 del C. de P. P. Con argumentos sutiles, y a base de estudios comparativos con otras disposiciones del Código, se quiere obtener, en relación con los procesos militares, una aplicación diferente de la que claramente ordenan esas normas, tan ampliamente debatidas antes de ser consagradas.

En relación con el artículo 28, bastaría dar un vistazo a las actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, para percatarse de que no existe sombra, asidero, deficiencias, que permitan interpretar su texto en el sentido de que su aplicación sólo es pertinente cuando la parte civil ha podido intervenir en el proceso penal. Muy por el contrario, esa modalidad fue propuesta y luego desechada. No hubo olvido, omisión o silencio, sino estudio severo de esa modalidad y exclusión de ella a plena conciencia. No existe, pues la menor duda sobre la estricta aplicación del artículo 28 cuando no hay parte civil, como en el caso del artículo 24 del Código de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre dieciseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

El día 3 de diciembre de 1953 el apoderado del señor Néstor Páez R., mayor y vecino de Bucaramanga, presentó ante el Honorable Tribunal Superior de la misma ciudad, demanda ordinaria contra la Nación, representada por el señor Fiscal del Tribunal, por perjuicios "de todo orden —materiales y morales— sufridos por mi poderdante, a consecuencia de la lesión que le causó un soldado del ejército nacional, en la noche del dos al tres de agosto del año en curso (1953), en la población de Oiba, con un disparo de fusil que le destrozó la pierna derecha, o más concretamente el muslo de la misma", y agrega que la cuantía se determinará en el juicio y en caso de que no se llegue a precisar, se señale por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

Los hechos en que apoya su demanda, son los que siguen:

"1)—El día dos (2) de agosto del presente año (1953) se celebró un bazar en la población de Oiba, del Departamento de Santander.

"2)—Con el fin de mantener el orden durante esa fiesta el señor Cura de la población le solicitó al encargado del Regimiento acantonado en el Socorro el envío de algunas unidades del ejército, para que ellas se encargaran de la vigilancia e impusieran el orden con su presencia, e intervinieran en la forma que fuera necesaria para conservar el orden, o restablecerlo si llegara el caso.

"3)—Esta solicitud fue atendida, y el encargado del regimiento envió diez unidades, es decir, diez soldados, con su respectivo jefe o superior,

que llegaron a Oiba el día primero de agosto por la tarde.

"4)—El día dos se celebró la fiesta proyectada y durante toda ella el ejército cumplió las funciones que se le señalaron, funciones policivas, de vigilancia y control con el beneplácito de los habitantes de la ciudad y demás personas que acudieron a la ciudad para tomar parte en el festival que tuvo lugar aquel día.

"5)—Por la noche se celebró un baile en el local de la escuela urbana de niñas —a la sazón desocupado por las vacaciones— y a ese baile asistió mi poderdante señor Páez Rodríguez.

"6—A altas horas de la madrugada —cuatro y quince aproximadamente— se presentó un incidente entre el doctor Samuel Aponte y don Hernando Franco, porque éste le pidió una paloma para bailar con la señorita Edelmira Osorio, y el doctor Aponte se negó. Pero el incidente terminó sin consecuencias al menos inmediatas, porque Aponte se retiró de la casa de la escuela por insinuación de sus amigos.

"7) Aponte se encontró por la calle con dos soldados de los que estaban haciendo la vigilancia de la población, y acompañado por ellos regresó a la sala del baile, cuya puerta había sido cerrada como medida de precaución.

"8)—Al llegar Aponte con los soldados, le dieron de golpes a la puerta de la escuela, la abrieron y penetraron en ella, a pesar de que el señor Juez Municipal de la ciudad, don Luis Franco, les hizo ver la inconveniencia de entrar en las condiciones en que pretendían hacerlo, y en que en realidad lo hicieron.

"9)—Aponte y los soldados entraron, a pesar de la amistosa insinuación en contrario que se les hizo; y como ya dentro se formó de nuevo un incidente entre el mismo Aponte y don Jorge Franco, intervinieron los soldados, no para calmar y evitar malas consecuencias, sino para darle de golpes al señor Franco, poniéndose en forma ostensible y clara del lado del doctor Aponte.

"10)—Mediante la intervención de la esposa de don Jorge Franco y de una hermana de éste, los soldados se salieron a la calle; pero permanecieron frente al local de la escuela, en actitud de amenaza, con los fusiles tendidos hacia el lugar del baile, lo cual obligó a muchos de los asistentes a buscar refugio en la parte interior del mismo local, atemorizados por la actitud de los soldados.

"11) —Mi poderdante, Páez Rodríguez, quiso intervenir con los soldados para que se retiraran de allí, o para que al menos cesaran en la actitud de manifiesta hostilidad en que se encontraban; y con ese fin salió del salón y se dirigió a la calle, diciéndoles a los soldados: por favor, no hagan eso. Al mismo tiempo, en actitud de súplica alzaba las manos, confiado en que su actitud lograría buenos resultados, por cuanto en el curso del día había estado varias veces con los soldados, atendiéndolos generosamente.

"13)—La respuesta de uno de ellos fue un disparo del fusil que portaba, con el cual le destrozó el muslo de la pierna derecha, cayendo Páez al suelo inmediatamente entre su propia sangre.

"13)—Páez fue traído a Bucaramanga, en medio de indecibles padecimientos, con gravísimo riesgo de su vida, por la falta de medios adecuados en aquella población para tratarlo debida y oportunamente.

"14)—Desde entonces ha permanecido en una cama del Hospital de San Juan de Dios, de esta ciudad, sometido a tratamientos médicos y quirúrgicos sumamente costosos y dolorosos que no han dado ningún buen resultado; y hoy día se encuentra lo mismo, en peligro de perder la pierna derecha por completo, y sabe Dios si hasta la misma vida.

"15)—Páez Rodríguez ha tenido que hacer gastos de muchísima consideración para aliviarse y para buscar su completa curación.

"16) —Ha tenido que someterse a operaciones quirúrgicas repetidas, que poco a poco han venido agotando su organismo, y que como es obvio le han impuesto gastos que ha tenido que atender con dinero ajeno, tomado en préstamo.

"17)—Páez Rodríguez tiene treinta y dos (32) años de edad; es casado con la señora Conchita Martínez de Páez, de veintisiete años (27) de edad, y han tenido cinco hijos que están entre los dos y los nueve años de edad.

"18)—Páez Rodríguez trabajaba en esa época de radiofonista; tenía un sueldo fijo de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) mensuales, y servía además programas radiales de propaganda comercial contratados y desarrollados por él, con todo lo cual se ponía una entrada mensual no inferior a un mil pesos ($ 1.000.00).

"19)—Desde el día mismo de los hechos ha dejado de ganar, y por tanto él y su familia se han visto en graves dificultades económicas, que fácilmente se comprenden sin necesidad de entrar a detallarlas.

"20)—El autor del hecho que lesionó a Páez fue, como lo he dicho y repetido, un soldado del ejército nacional, que estaba en ejercicio de sus funciones, que había ido a Oiba por orden supe-

rior a prestar un servicio policivo, y que abusó de sus funciones, o que se excedió en su ejercicio, en forma deliberada y dolosa; y disparó con su fusil, arma también nacional, de propiedad del ejército, que se le había confiado para fines muy distintos.

"21)—Contra ese soldado se sigue un proceso de carácter penal, ante las autoridades militares, para el castigo de su falta.

"22)—Aún suponiendo que no hubiera habido dolo por parte del soldado, habría al menos gravísima culpa, al disparar su arma sobre una persona que venía hacia él, o hacia un salón de baile que estaba ocupado por varias personas, sabiendo el soldado que allí había gentes que podrían resultar lesionadas con un disparo hacia ese sitio.

"23) —El ejército es organismo nacional, dependiente del Ministerio de Guerra, y sus miembros actúan mediante la organización jerárquica que es propia de esa institución.

"24)—Los diez soldados que fueron a Oiba a prestar el servicio de que he hablado, iban al mando de un superior encargado de dirigirlos, perteneciente también al ejército nacional.

"25) — Ese superior se ausentó de Oiba para Guadalupe, el domingo dos de agosto por la noche, dejando solos a los soldados a su mando en la población de Oiba. Con lo cual él a su turno cometió grave descuido, abandonando su oficio, desertando de su misión, y dando lugar a que los soldados subalternos obraran como obraron, con notoria y evidente imprudencia, por lo menos".

Con base en los hechos relatados, pide se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios de todo orden —materiales y morales— sufridos por mi poderdante, a consecuencia de la lesión que le causó un soldado del ejército nacional, en la noche del dos al tres de agosto del año en curso (1953), en la población de Oiba, con un disparo de fusil que le destrozó la pierna derecha, o más concretamente el muslo de la misma.

"Segunda.—Que la Nación está obligada a pagar la suma de pesos en que se estime el valor de esos perjuicios, en la cuantía que se determine en el curso del presente juicio, tomando en consideración no solamente el daño material sino el moral tanto subjetivo como objetivo.

"Tercera.—Que el valor de tales perjuicios se determine por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, en caso de que durante este juicio no se llegue a precisar su cuantía".

Corrido el traslado al Fiscal, el funcionario lo contestó oportunamente, manifestando que se opone a las declaraciones pretendidas por el demandante y en cuanto a los hechos, admitió algunos y con respecto a los otros dijo que "pueden ser ciertos", aclarando que cuando lo afirma no quiere decir que los acepte, sino que están sujetos a ser probados.

Se abrió a prueba el juicio y se surtieron las que pidió el demandante, porque el demandado no hizo uso de ese derecho.

Mientras tanto, la jurisdicción Penal Militar conoció del respectivo proceso penal, y antes de que el Tribunal del conocimiento dictara su sentencia, llegó al juicio la proferida por el funcionario de instrucción de la Oficina de Detall del Socorro, perteneciente a la 5ª Brigada de Bucaramanga, con fecha 10 de septiembre de 1953, en la cual se decidió: "Artículo 1º—Cesar todo procedimiento contra el soldado Dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera. Artículo 2º—Remítase en consulta al Comando Superior de la 5ª Brigada".

En los considerandos de este fallo se lee lo siguiente:

"Los hechos investigados están determinados en el artículo 150 del Capítulo III, del Título V del Código de Justicia Penal Militar que dice: 'Artículo 150. — El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo, sin el propósito de matar ocasione a otro un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación psíquica, incurrirá en las sanciones de que tratan los artículos siguientes:... Si la enfermedad o la incapacidad pasare de 30 días, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de $ 100 a $ 1.000 Acorde con el concepto emitido por el señor Fiscal, este despacho estima conveniente la aplicación del artículo 218 del Código de Justicia Penal Militar, puesto que en este caso el sindicado obró de acuerdo con lo establecido en el numeral 2º del artículo 89, del Capítulo I, Título I, Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar, que dice: 'Artículo 89.—El hecho se justifica cuando se comete... 2º Por la necesidad de defenderse o por defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión'. La agresión a la patrulla cuando se encontraba en desempeño de su misión de mantenimiento del orden público, está claramente

comprobado, desde el primer momento en que se le agarró el fusil al patrullero con intención o no de desarmarlo y dejarlo en consecuencia víctima de la burla de los hombres y mujeres que bajo la influencia del alcohol se atrevieron a hecho tan grave. El Dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera tuvo que emplear sus armas, primero para proteger a su compañero y Comandante el Dragoniante Jiver López Botero cuando estaba próximo a ser desarmado y quizá muerto por sus atacantes, cuando protegía la vida del doctor Samuel Aponte Gómez, atacado por segunda vez en una fiesta donde se sucedieron los hechos, y segundo para defenderse de un ataque que se le hacía a su propia persona e impedir que las armas bajo su custodia, pasaran a manos de civiles con intenciones seguramente no sanas...".

El sobreseimiento definitivo en cuestión fue confirmado por el Comando de la 5ª Brigada de Bucaramanga en sentencia de 31 de octubre de 1983, cuyo texto, en lo pertinente, dice lo siguiente:

"**Hechos.**—Los sucesos que ocasionaron la presente investigación... se pueden sintetizar en la siguiente manera: fue solicitado por el señor Cura Párroco de Oiba, el día 22 de julio del presente, el envío de una comisión del ejército para que prestara servicio de vigilancia y guardara el orden y la vida de los ciudadanos los primeros días del mes de agosto del corriente año, con motivo del bazar que debía verificarse en ese Municipio para reunir fondos con destino a las obras parroquiales. Durante las festividades llevadas a cabo con el objeto dicho y cuando a uso de las tres o cuatro de la mañana del día tres de agosto se efectuaba un baile, en donde se encontraban entre otros los señores Samuel Aponte Gómez y Jorge Franco, se presentó entre ellos una pequeña riña por no haber accedido el primero de los nombrados a darle a Franco 'una paloma' para que bailara con la señorita Edelmira Osorio Reyes, siendo Aponte agredido y sacado del baile. Ante tales hechos Aponte solicitó a la patrulla de soldados que se encontraba en la plaza su intervención con el fin de que se le diera protección para regresar al lugar donde se efectuaba la fiesta, reclamar su sombrero que se le había quedado y llamar a algunos amigos con el fin de viajar al Socorro. Al ser notada la presencia del señor Samuel Aponte Gómez en el lugar de donde había sido sacado anteriormente, se produjo una nueva agresión, ya en presencia de los soldados que lo estaban protegiendo y que lo acompañaron al salón donde se efectuaba el baile, teniendo que intervenir el Dragoniante Giver López Botero, a quien le fue sujetado el fusil por varios de los asistentes a la fiesta y sin que se encuentre en los autos precisada en forma clara sus nombres, viéndose obligado por las circunstancias a pedirle ayuda a su compañero de patrulla Dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera, quien para ayudar a su compañero penetró a la casa donde se efectuaba la reunión, tratando varios individuos de desarmarlo y de impedir su entrada, no siendo en esta forma posible auxiliar a su compañero, quien a su vez trataba de no dejarse quitar el arma. Cuando estos hechos sucedían se produjo un disparo del fusil del Dragoniante Gallego Rivera, sin que se haya determinado hasta la presente en forma clara el motivo de la salida de éste, yendo a herir a los civiles Néstor Páez y Hugo Gómez Santander, causándoles una incapacidad fijada provisionalmente en ciento veinte días y diez y ocho días respectivamente, producidas a consecuencia del disparo.

Resultados y considerandos:

"En las presentes diligencias adelantadas por la Oficina de Instrucción del Batallón de Artillería 'Galán' y en parte por la Alcaldía del Municipio de Oiba, aparecen las declaraciones de los señores Luis Antonio Franco, Eduardo Rangel, Enrique Rueda, Abelardo Galvis G., Jorge Franco, Miguel Rangel Franco, Hugo Gómez Santander, del Dragoniante Giver López Botero, Samuel Aponte Gómez, Gerardo Ospitia González, la de la señorita Edelmira Osorio Reyes, junto con el acta de la reconstrucción; en donde, en forma externa, se hace un análisis, tanto del motivo por el cual se originaron los hechos, como las circunstancias en las cuales éstos se produjeron, la presunidad de los heridos, notándose ciertas contradicciones entre lo afirmado por los asistentes a la reunión y lo sostenido por el dragoniante Giver López en su declaración, quien afirmó haberse producido los hechos relatados a consecuencia de haber intentado la gente allí presente desarmarlos, dicho éste corroborado tanto por el señor Samuel Aponte en su declaración juramentada rendida ante el funcionario de Instrucción del Batallón 'Galán', como por Eleuterio Carreño Arenas.

"En su indagatoria el sindicado Gallego manifestó haber tenido lugar los hechos cuando le fue cogido el fusil por varias personas y estaba forcejeando para no dejarse quitar el fusil, produ-

ciéndose el disparo cuando era sacado a la calle, no sabiendo el sindicado si lo hizo él o los civiles que 'iban prendidos del fusil'... En los autos no se halla en forma precisa establecida la trayectoria del disparo, ya que no fue posible determinarla en forma exacta por falta de huellas dejadas por éste en la pared u otro sitio del local, según lo manifestado por los peritos nombrados al efecto. Por las heridas que produjo primero en el señor Néstor Páez R. y luego en el señor Hugo Gómez S. se presume que la trayectoria de la bala era ascendente en forma oblicua por la clase de heridas que produjo a los señores ya nombrados. Este Comando considera que es procedente la providencia por la cual se ordena el sobreseimiento definitivo en las presentes diligencias, teniendo en cuenta fuera de las circunstancias un tanto confusas como se sucedieron los hechos, la actitud tomada por los concurrentes al baile, en donde aparece la forma como ellos procedieron a actuar y que originó la salida del disparo, por la resistencia que efectuaban contra las Fuerzas Militares cuando éstas actuaban para imponer el orden. Igualmente se observa que a pesar de que la incapacidad de las heridas pasa de quince días en ambos lesionados, según concepto médico que aparece en las presentes diligencias, es procedente tal medida si se tiene en cuenta que la trayectoria del disparo en forma ascendente, da a entender que los sucesos se produjeron en forma involuntaria, motivado principalmente por la actuación de la gente que se encontraba presente en ese lugar.

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 del C. de J. P. M. en armonía con el artículo 93 de la citada obra, ha de disponerse cesar todo procedimiento ya que no es el caso de seguir la acción penal iniciada, y teniendo en cuenta lo ordenado por el segundo de los artículos citados, que solamente considera responsable de la comisión de cualquier ilícito al militar, cuando se encuentra comprobado el concierto anterior simultáneo o subsiguiente a la ejecución del delito, por exceso de dicha ejecución o cuando obrare con manifiesta malicia, circunstancias éstas que en el presente caso, no se hallan acreditadas en forma alguna, siendo por tanto procedente eximir de responsabilidad al soldado dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera, ya que estando de acuerdo con el Juzgado de primera instancia, el Comando de Brigada acepta las circunstancias que ocasionaron los hechos, como cumplimiento de orden del servicio, ya que en los autos se halla acreditada esta circunstancia, la cual como antes se dijo, exime de responsabilidad penal a su ejecutor. Por lo expuesto en la forma dicha, el Comando de la Quinta Brigada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: 1º Confirmar en todas sus partes el auto de fecha diez de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, por medio del cual se dispone cesar todo procedimiento contra el soldado dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera, de las condiciones civiles conocidas en los autos. 2º En consecuencia se dispone sobreseimiento definitivo en las presentes diligencias..." (fols. 57 a 59 del C. número 2 pruebas).

Decidió el Tribunal el litigio por sentencia de 3 de mayo del año pasado, declarando absuelta la Nación de los cargos formulados en la demanda. En virtud de apelación interpuesta oportunamente por el actor contra el expresado fallo, debe ahora la Sala entrar a resolver definitivamente de la controversia, para lo cual se hace necesario examinar los fundamentos de aquella sentencia y los argumentos aducidos por las partes en esta segunda etapa del proceso.

Estudió en primer término el Tribunal como cuestión de fondo el aspecto de la influencia que podría tener sobre la acción de resarcimiento de perjuicios ejercitada, el sobreseimiento definitivo decretado por la Justicia Penal Militar a favor del soldado Gallego Rivera, causante directo del daño, de que dan cuenta los transcritos fallos de la Oficina de Detall del Socorro y del Comando de la 5ª Brigada de Bucaramanga, citando al respecto numerosas doctrinas de la Corte y conceptos de eminentes tratadistas extranjeros, y, por último, el contexto de las disposiciones contenidas en los artículos 28 y 29 del C. de P. Penal. De todo ello se deduce que "no es de rigor la autoridad de la cosa juzgada lo que hace imperiosos los fallos penales ante los jueces civiles, sino una razón de orden público tendiente a impedir que se produzcan decisiones contradictorias entre las dos ramas de la administración de justicia", y que a los jueces civiles "no les es lícito remover lo previamente decidido por la justicia penal cierta y necesariamente: ni desconocer o ignorar tal decisión; ni menos aún, pretender confrontarla, en imposible parangón, con las pruebas producidas en el juicio civil...".

Y agrega:

"Naturalmente, casos hay en que el fallo penal, aún siendo definitivo, carece de la virtualidad necesaria para obstaculizar la acción civil; o mejor, sé dan casos en que esta acción no queda subordinada necesariamente a lo decidido en el pro-

caso penal. No porque existan excepciones al principio sobre la autoridad absoluta de la cosa juzgada penal, pues la sustancia filosófica que lo nutre no admite en modo alguno que puedan concebirse tales excepciones a un principio que, jurídicamente considerado, es o no es. Lo que ocurre con las impropiamente llamadas excepciones al principio sobre el influjo del fallo penal en la acción civil, es que se presentan múltiples y variadas hipótesis en que la cosa juzgada penal es inoperante, por no haber decidido, en forma cierta, precisa y necesaria, sobre los mismos hechos planteados en la acción civil, dejando así sin cubrir ciertos aspectos por donde puede infiltrarse posteriormente la demanda indemnizatoria.

"Ocurre esto, por ejemplo —continúa el fallo— cuando la inexistencia de la infracción delictuosa no elimina totalmente la posibilidad del ilícito civil culposo por hechos independientes de la infracción misma, aunque en apariencia vinculados a ésta. 'Resulta de lo dicho —dice la Corte— que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva la absolución de la segunda, ya que aun sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa'. (Sala Plena, sentencia de exequibilidad del artículo 29 del C. de P. P., G. J. Tomo LXX, pág. 736).

"Tampoco influye el fallo penal sobre la acción civil cuando la absolución del sindicado no implica forzosamente la de otras personas vinculadas al hecho culpable (sic) siempre que el hecho a cargo de las últimas se haya deducido en la demanda civil como básico de la responsabilidad; ejemplo: la absolución del soldado que disparó en cumplimiento de órdenes superiores, si bien es cierto que destruye la responsabilidad personal del soldado, por la justificante de la obediencia jerárquica, no desvanece la de los superiores que obraron con arrebato e imprevisión".

Y refiriéndose ya en concreto al caso planteado en este juicio, expresa lo siguiente:

"Estudiados cuidadosamente los fallos penales que resolvieron sobre la responsabilidad del soldado Gallego Rivera, exclusivo autor material del disparo que lesionó al señor Páez Rodríguez, la Sala encuentra que en esas decisiones se llegó a una solución de fondo, que agotó lo relacionado con la responsabilidad personal y directa que podía caberle al soldado como autor del hecho. Gallego Rivera fue absuelto porque obró de acuerdo con la causal de justificación contemplada en el numeral 2º del artículo 39 del Código de Justicia Penal Militar, o sea 'por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión'.

"..... ....

"Confirmando el fallo penal de primer grado 'en todas sus partes', es decir, acogiendo el sentenciador militar que lo revisó en consulta las calificaciones y motivaciones en él consignadas así como su parte dispositiva, no halla el Tribunal la manera de acoger la acción civil, en cuanto funda la responsabilidad de la Nación en el hecho personal del soldado Gallego Rivera por el cual ha sido absuelto, sin pugnar de manera ostensible y frontal con lo ya resuelto por la justicia criminal.

"Otra consideración más que pone de bulto esa imposibilidad que los jueces civiles tienen en el caso presente para desconocer el fallo penal, es que en la sentencia de segundo grado se afirma —lo cual contradice hasta cierto punto la tesis del ejercicio de la legítima defensa, que supone un acto consciente y voluntario de repeler la agresión—, que el disparo del soldado Gallego Rivera no fue intencional sino involuntario, casi diríase que fortuito o irresistible, puesto que ocurrió en los momentos del forcejeo por el arma, sin que pueda saberse cómo se produjo el disparo. Sobre estas bases del fallo penal desaparece o se diluye prácticamente la imputabilidad material del acto, ya que si el tiro salió casualmente del fusil en el curso del forcejeo, no podría hacerse culpable —bajo ninguno de los aspectos proteiformes de la culpa— al soldado que tenía la obligación de defender el arma y de impedir que le fuera arrebatada, máxime cuando su carácter militar le hacía imperioso ese deber.

"Así, pues —concluye el Tribunal— por lo que respecta a la responsabilidad de la Nación como vinculada directamente a la responsabilidad personal de su agente el soldado Gallego Rivera, según se conforma en los principales hechos de la demanda, no hay manera de desconocer lo resuelto en el fallo penal de la jurisdicción militar que absolvió al agente del gobierno, y menos de violar lo dispuesto en forma clara y terminante

por el artículo 28 del Código de procedimiento penal".

Para el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el presente caso, el fallo de la justicia penal militar cegó por completo toda vía para obtener de la justicia ordinaria la declaración sobre responsabilidad civil intentada. Dice así el funcionario, luego de analizar el problema de derecho que surge del sobreseimiento definitivo dictado a favor del soldado causante del daño:

"Ahora bien: tratando de penetrar en el campo puramente penal, ocurre preguntar: ¿cuándo se cumple la tercera circunstancia del artículo 28 del C. de P. P., o mejor dicho, en qué casos el sindicado ha obrado 'en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una función legítima'? Fácilmente puede responderse: cuando el sindicado obró dentro de alguna de las llamadas por los penalistas 'causas de justificación o de no responsabilidad', que vienen a ser aquellos motivos de derecho que hacen que, aunque la acción sea imputable, no lo sea sin embargo como acción injurídica. Tales causas son: a) Disposición de la ley, b) Obediencia jerárquica; c) Legítima defensa; d) Estado de necesidad; y e) Cumplimiento de una orden de servicio (para los militares).

"El artículo 25 del Código Penal, que es literalmente el mismo artículo 89 del Código de Justicia Penal Militar, consagra las cuatro primeras causales así: en el numeral 1º trae las dos primeras causales, es decir, disposición de la ley y obediencia jerárquica; en el numeral 2º la tercera causal, o sea legítima defensa; y en el numeral 3º la cuarta causal, o sea, estado de necesidad. La quinta causal, cumplimiento de una orden de servicio, es especialísima para la justicia militar y se encuentra contemplada en el artículo 93 del Código de Justicia Penal Militar.

"El artículo 25 del Código Penal, dice:

"El hecho se justifica cuando se comete:

"1º—Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

"2º—Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentre un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño ponga resistencia.

"3º—Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

"El artículo 93 del Código de Justicia Penal Militar, dice:

"El inferior que por cumplir una orden del servicio cometiere un delito, sólo será responsable en caso de concierto anterior, simultáneo o subsiguiente a la ejecución del mismo delito, por exceso en dicha ejecución, o cuando obrare con manifiesta malicia".

"**Disposiciones de la ley.**—Si el delito consiste en la infracción de las normas jurídicas, no puede constituir delito el hecho que se ejecuta en cumplimiento de esas mismas normas. De manera que siempre que la ley ordene o siquiera autorice la ejecución de un hecho, éste **dejará de ser delito** aunque el Código Penal lo califique como tal. El acto con el cual se viola la libertad individual es un delito, pero el juez puede, en determinados casos, ordenar la captura o detención de una persona sin ser responsable y sin cometer dicha infracción, porque lo autoriza la ley. Quien obra, pues, por disposición de la ley, obra en ejercicio de una facultad legítima.

"**Obediencia jerárquica.**—Un inferior que correte un acto en sí mismo ilícito cumpliendo una orden obligatoria que provenga de autoridad competente, esto es, en relación con la cual exista dependencia jerárquica, y que se relacione con el servicio, tampoco es responsable, su acción se justifica y la responsabilidad recae en el superior que lo determinó a obrar (artículo 26 del C. P.). Un juez dicta una providencia contra la cual se interpone el recurso de apelación; después el Tribunal Superior la revoca y devuelve el negocio al juez; el juez se limita a poner el "obedézcase y cúmplase" que le corresponde sin o pretende de que se trata de algo injurídico, injusto o ilícito: en este caso el juez no es responsable, la responsabilidad recae en el Tribunal Superior pues el juez se limitó a obedecer una orden de autoridad competente. Esta causal de justificación ocurre principalmente en los cuerpos militares, cuya disciplina exige que el inferior no pueda discutir las órdenes que le da el superior. El inferior, pues, obra en cumplimiento de una

orden de autoridad competente, es decir, en cumplimiento de un deber.

"**Legítima defensa.**—Si una persona, por ejemplo, hiere o da muerte a otra reuniéndose todas las circunstancias de la legítima defensa, el hecho se justifica y el agente no es responsable, porque su acción es eminentemente jurídica, procedió conforme a derecho —feci, sed jure feci— es decir, obró en ejercicio de una facultad legítima.

"**Estado de necesidad.** -Este fenómeno jurídico consiste en 'una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos' (von Liszt, Cuello Calon, Jiménez de Azúa). El estado de necesidad suprime al acto el carácter de ilicitud, pues existiendo la colisión de dos derechos o bienes jurídicos, se impone el que corresponde al actor, porque éste está obligado de modo primordial a tutelar su propio derecho antes que los correspondientes a las demás personas. Encuentra su plena justificación en el instinto de conservación. El agente que así actúa lo hace en cumplimiento de un deber, del deber de salvar su vida o la ajena, y no es responsable y su acción se justifica.

"**Cumplimiento de una orden del servicio.** — Esta causal de justificación, que tiene su semejanza con aquella que se funda en la obediencia jerárquica, se refiere exclusivamente a los cuerpos militares y tiene como fundamento la naturaleza misma de dicha institución. Según ella, los militares que cometen un hecho delictuoso por cumplir una orden propia del servicio, esto es, en cumplimiento de su deber, no son responsables, a menos que ocurra alguna de las excepciones que el mismo artículo 93 del Código de Justicia Penal Militar enumera.

"Aplicando las anteriores consideraciones al negocio de la referencia en que se pretende deducir responsabilidad indirecta a la Nación proveniente de un hecho ilícito cometido por un agente suyo —el dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera—, quien causó una lesión personal al demandante Néstor Páez R., no cabe la menor duda de que la acción indemnizatoria de que aquí se trata no puede prosperar y, más aún, de que dicha acción no ha debido proponerse, según el mandato expreso del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera:

En las motivaciones del fallo de primer grado, transcritas anteriormente, se observa que el Tribunal realizó un estudio completo sobre el fenómeno jurídico relativo a la influencia de la decisión de la justicia penal militar sobre la acción indemnizatoria, y, por lo tanto, lo que debe dilucidarse aquí es el problema de los aspectos aparentemente nuevos en los cuales pretende el actor fundamentar su demanda.

Para el Tribunal, los fallos de primero y segundo grado que decidieron del proceso militar de que se trata, agotaron lo relacionado con la responsabilidad personal y directa que podía caberle al soldado Gallego, ya que dicho agente del Gobierno obró "de acuerdo con la causal de justificación contemplada en el numeral 2º del artículo 69 del Código de Justicia Penal Militar, o sea por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

A pesar de que la simple lectura y consiguiente aplicación del texto literal del artículo 28 del C. de P. P. serían suficientes para fundamentar la confirmación del fallo proferido en primera instancia, la Sala quiere demostrar su amplitud en el debate presentando las siguientes nuevas razones, como un aporte al esclarecimiento del problema jurídico planteado, y teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora, en su alegato de conclusión, se refiere a los siguientes aspectos que es preciso analizar:

"El H. Tribunal hace la aplicación de las tesis enunciadas y de las disposiciones citadas como si se tratara de una cuestión general, es decir, de los fallos pronunciados por los tribunales ordinarios, a los cuales tiene libre acceso el ciudadano, lo que constituye una circunstancia de tanto valor que no puede desatenderse. En efecto, la información que pueda suministrar y aportar la parte civil es un elemento de juicio del que carecería la entidad que no permitiera su intervención. Y aun cuando el Estado se supone con el mismo interés de descubrir la verdad en todos los campos y los fallos dictados por cualquiera de sus órganos se pronuncian bajo la observancia más estricta de las normas legales, es sin embargo esta ausencia de la parte civil un hecho que permite la restricción del principio de la influencia del fallo penal sobre la acción civil no solamente porque debe suponerse más acierto donde no se ha ahorrado medio alguno de investigación,

sino porque el interesado en el juicio civil no ha sido oído en el proceso cuyos resultados van a influir tan definitivamente en sus derechos. No es jurídico desatender el principio según el cual nadie puede ser afectado en sus intereses por una sentencia sin haber tenido la oportunidad de defenderse. Claro está que si en la mayoría de los casos el fallo penal se dicta sin constitución de parte civil, sin embargo existió para el particular la posibilidad de hacerse presente, sin mengua de la facultad que si no se ejerce, es por voluntad de quien la tiene ya que a ella se puede renunciar por tratarse de un interés patrimonial, de orden estrictamente privado. Y los resultados de tal actitud hay que aceptarlos sin restricciones. Pero para que la tesis de la influencia del fallo penal en la acción civil pueda aplicarse, es por lo menos justo que quien va a perjudicarse o a favorecerse con dicho fallo haya tenido la posibilidad de intervenir en él. Si la ausencia es obligatoria por disposición de la misma ley, no puede someterse al particular al rígido principio expuesto. Un fallo pronunciado en tales circunstancias debe dejar la posibilidad, no de que sea rectificado pues sus consecuencias de orden público y su presunción de verdad no lo permitirían, sino de controvertir ante un Tribunal al cual tenga acceso el interesado, la misma cuestión".

El reparo que el brillante memorialista hace a la justicia que se imparte por la jurisdicción militar, el distingo sobre la carencia de ciertos elementos de juicio que debieran influir en sus fallos, no tiene la validez que en su alegato le asigna.

En primer lugar, no es improcedente recordar que la Constitución Nacional, en su artículo 58, no estatuye diferenciaciones fundamentales al disponer que "la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia".

En segundo lugar, "El Estado —como tan acertadamente lo dice el memorialista en su alegato—, se supone con el mismo interés de descubrir la verdad en todos los campos y los fallos dictados por cualquiera de sus órganos se pronuncian bajo la observancia más estricta de las normas legales". Dijo la Corte Suprema de Justicia, en importante fallo de septiembre 24 de 1946 (LXI, 291; octubre 23 de 1950, LXVIII, 472), refiriéndose a un tema de íntima conexidad con éste: "el artículo 11 del C. de P. P. está pregonando que si la actividad culposa origina dos clases de sanciones, los juzgadores civiles o administrativos no pueden dictar fallos hasta que el proceso penal haya sido decidido. Goza así esta vía de prioridad, por ser más amplias las facultades de investigación de que están dotados los funcionarios de la rama penal, cuya misión es buscar la verdad real de los acontecimientos".

En tercer lugar, se debe considerar que el artículo 24 del Código Penal Militar apenas regula la acción penal ante la justicia penal militar excluyendo de su conocimiento lo referente a la indemnización por el daño civil. Pero en otros aspectos fundamentales la legislación general se cumple.

En cuarto lugar, no se ve clara la razón para sugerir —con el enfático acento de quien considera que la intervención de la parte civil es el factor decisivo para descubrir la realidad en los procesos penales—, que en el proceso sin parte civil "se ha ahorrado medio alguno de investigación". La parte civil no tiene la iniciativa de la investigación, no la determina ni decide. La persecución de fines indemnizatorios puede imprimirle a sus actuaciones un carácter que, en tesis general, no sería dable nivelar con las que la ley le impone a la administración de justicia, en relación con la verdad procesal cuya búsqueda y hallazgo figuran entre los fines superiores del Estado.

Como quinta y última razón, entre las muchas que podrían presentarse para rebatir el argumento antecitado, que con mucha frecuencia se esgrime en negocios similares a éste, no es del todo innecesario recordar, aunque parezca redundante, que en el proceso penal militar interviene también un fiscal (artículo 351 del C. de J. P. M.), que en su calidad de representante de la sociedad, debe procurar, como es bien sabido, "la sanción de los infractores de la ley penal" (artículo 92 del C. de P. P.). Y como lo anota uno de los pocos tratadistas del procedimiento penal colombiano, tiene suma importancia el hecho de que sea de la propia Constitución de donde arranque para el Ministerio Público esta función cardinal. De acuerdo con el artículo 143 de la Carta Fundamental "corresponde a los funcionarios del Ministerio Público... perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social". Es decir, en términos generales, el Ministerio Público tiene como función primordial, desde todos los aspectos, la guarda y vigilancia del orden social como delegatario del Gobierno en representación de la sociedad, para garantía y tranquilidad de ésta. "Estas atribuciones son debidas precisamente a esa personalidad que asume el Fiscal de

representante de la sociedad. Pues, ¿a quién más que a éste, cuyo interés es la verdad en la justicia y con ella la defensa de la sanción, puede importar el que un inocente sea sancionado injustamente o un responsable absuelto sin razón?"

Después de oportunas citas sobre el fondo mismo de su tesis, que en párrafos anteriores ha sido rebatida, el distinguido apoderado entra al estudio de las constancias procesales, poniendo el acento en algunas afirmaciones de la providencia dictada por la jurisdicción penal militar: por ejemplo, las frases **"cuando retrocedía hacia la calle", "teniendo en cuenta fuera de las circunstancias un tanto confusas en que se sucedieron los hechos"**, "lo cual, como antes se dijo, exime de responsabilidad PENAL a su **autor", etc., para** concluir sosteniendo que esto "en manera alguna implica la imposibilidad de deducir la responsabilidad civil con el análisis libre e independiente de las pruebas que forman el expediente de la acción civil".

Desgraciadamente para el memorialista, el fallo confirmatorio se produce en esta segunda instancia no solamente en virtud de algunas pruebas que informaron el fallo de la primera, sino por mandato imperativo del artículo 28 del C. de P. P., cuya literalidad releva a la Sala de la obligación de analizar cuestiones ya estudiadas y juzgadas criminalmente. Basta indagar, en primer lugar, si nos hallamos frente a uno de los casos limitativamente previstos en el prementado artículo 28, y en segundo lugar, si el fallo proferido contempló los aspectos fundamentales que han venido luego al proceso civil. Como se ve, no se aplica de manera mecánica y fría el contexto de la ley. Muy por el contrario, se reivindica para el juez civil su derecho de apreciación e imperio sobre las cuestiones no inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Pero este adjetivo aspecto de las pruebas, subrayado en la página 4. v. de su alegato, fue tenido en cuenta por la jurisdicción militar y no tiene validez como material de estudio para el juez civil.

Por último, el doctor Rosales impugna el fallo de primera instancia, proferido por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga, en la siguiente forma:

"Pero no solamente por las consideraciones hechas hasta ahora puede la jurisdicción civil independizarse de las conclusiones del juicio penal militar. Hay un hecho nuevo no contemplado en el fallo penal, que indudablemente configura una culpa del agente oficial y que hace responsable civilmente a la Nación: la conducta del encargado de la dirección del pelotón, quien imprudentemente y sin necesidad alguna que justificara su actitud, se ausentó de la población a donde se había destinado, dejando a la tropa en completa anarquía, cuyos componentes aprovechando el abandono de su jefe no observaron la conducta prudente que hubiera evitado los lamentables hechos sucedidos en la población de Otba. En el expediente se halla claramente establecido que el Cabo 1º Carlos Ediliberto Pinzón salió para Guadalupe sin una causa que justificara la culposa ausencia. Y no es que se pretenda buscar causa de causas, sino, que la actitud de los elementos del pelotón, incluyendo a su jefe, produjo el resultado conocido: el jefe se ausentó, los soldados se embriagaron y actuaron sin conveniente dirección. Así se produjo el daño cuya indemnización se persigue. Este hecho que no fue dilucidado ni tenido en cuenta en el fallo penal, puede dar origen a un fallo condenatorio que en ninguna manera contraría el principio cuya aplicación sostiene el H. Tribunal en el fallo recurrido. No existió, pues, identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal y sucedería por decidirse en el juicio civil lo relativo al abandono del superior. Y como falta esa completa identidad no puede invocarse de ninguna manera la influencia del fallo penal sobre la acción civil".

La Sala no tiene nada que agregar a los siguientes conceptos, que reflejan fielmente la verdad del proceso:

La Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga (fls. 21 y 22 del cuaderno número 1), en concepto de fecha diciembre 11 de 1954, dice así:

"Se inició este negocio con la demanda presentada el tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres. De los hechos afirmados en la demanda sólo fue aceptado en la respuesta el marcado con el número 23, y los otros hechos quedaron pendientes de la prueba que presentara el demandante. Durante el juicio se demostraron los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 24. Quedaron sin plena prueba los otros hechos de la demanda y que son precisamente aquellos de donde talvez pudiera desprenderse alguna responsabilidad para la Nación. Sobre todo el hecho marcado con el número 25, en donde se afirma que el superior que comandaba el pelotón se ausentó para Guadalupe "abandonando su oficio" como dice la demanda. Pero sucede que ese abandono está explicado con las mismas pruebas que trajo el demandante en este juicio: a) la declaración de Eduardo Mendoza (f. 15 del cuaderno

de pruebas, que dice: "...el oficial de quien he hablado, al decirle que yo me venía para Guadalupe, que si él quería venir conmigo, me respondió que sí, y a otro momento nos vinimos todos, y se vino atendiendo esa invitación mía pero en ningún caso obligado, pues todo lo hice por mero cumplimiento, no sé si sería que él, temiera que a nosotros nos pasara algo en el camino, pero yo no tenía ninguna prevención con nadie y además traía otros compañeros, los mismos con quien había ido, y todos eran amigos y habíamos ido por amistad con Oiba y por tratarse de un bazar para la iglesia...". "...El oficial se estuvo aquí un poco de tiempo tan pronto hubo vehículo se fue, pues él llegó con intención de volverse inmediatamente, pero el carro como tenía que hacer línea al Socorro se demoró". El señor Jaime Rueda Barrero, f. 20 del mismo cuaderno dice: "...A mí me contaron algunas personas que no recuerdo quiénes fueron que el cabo se había retirado a Guadalupe, y que el motivo que él había tenido para retirarse hacia Guadalupe era el de que los señores de Oiba iban a linchar a los de Guadalupe...". De manera que entonces el señor que comandaba el pelotón tuvo que viajar a Guadalupe en el cumplimiento de su deber de resguardar a Mendoza Gómez de un posible ataque, hecho que no solamente se evidencia con las declaraciones transcritas sino también con otras piezas no menos importantes del proceso como la solicitud que hizo el párroco para que le fuera enviado ejército para garantizar la tranquilidad el día del bazar, porque esa tranquilidad estaba en peligro no solamente dentro de la zona urbana de Oiba sino en todas las veredas como fue palpado por todos los santandereanos. Entonces pudo haber un especie de colisión entre la obligación en que se encontraba el comandante del ejército de darle garantías a Mendoza quien necesitaba viajar y la de prestar las garantías en el poblado, colisión que debió resolver dejando en el poblado al frente del pelotón al dragoniante Giver López Botero: solución ésta que encuentra pleno respaldo dentro de la organización jerárquica de las fuerzas armadas. Tan cierto es que el pelotón no quedó sin jefe responsable que el declarante Enrique Rueda, cuyo testimonio omite mucho de lo que aparece en el proceso con pruebas perfectas, dice: "En ese momento se fueron los soldados y un dragoniante los acuarteló". Este dragoniante demuestra que sí había jefe responsable y por consiguiente no hubo culpa al considerar que pudo haber abandono del puesto. Por otra parte leyendo las declaraciones que se transcriben en el auto que ordenó el sobreseimiento definitivo se puede concluir fácilmente que ni la presencia del más pundonoroso militar hubiera podido evitar el desenlace".

El Tribunal de primera instancia acoge las ideas del señor Fiscal y rebate, de manera terminante, el argumento nuevo sobre el cual pretendía el demandante fundamentar su acción. Dice así el Tribunal:

"Aunque el distinguido personero del demandante parece admitir en su alegación escrita la juridicidad de lo expuesto por el Tribunal hasta el momento, es lo cierto que la responsabilidad indirecta de la Nación se pretende radicar, no sólo en el hecho personal doloso o culposo del soldado Gallego Rivera, sino también en la de otros agentes suyos, como el comandante de la patrulla destacada en Oiba, según lo expone el hecho señalado con el número 25 de la demanda: "Ese superior se ausentó de Oiba para Guadalupe, el domingo dos de agosto por la noche, dejando solos a los soldados a su mando en la población de Oiba. Con lo cual él a su turno cometió grave descuido, abandonando su oficio, desertando de su misión y dando lugar a que los soldados subalternos obraran como obraron, con notoria y evidente imprudencia, por lo menos". Es cierto que el comandante de la patrulla, el Cabo 1º Carlos Edilberto Pinzón, se ausentó de Oiba momentos antes de presentarse el incidente del baile entre el médico Aponte y los señores Franco. El hecho no es suficientemente claro en las probanzas, mas según parece el comandante de la tropa decidió viajar a la vecina población de Guadalupe para acompañar —se dice que para resguardar— a un señor Mendoza y a otros sujetos de este poblado que temían un ataque por parte de los habitantes de Oiba. El cabo Pinzón se ausentó, pero designó como comandante de la tropa, en su ausencia, al dragoniante Giver López Botero, y tan pronto como llegó a Guadalupe buscó los medios de transporte para regresar a su base. Sea como fuere, el Tribunal no encuentra demostrado, con la plenitud ni claridad necesarias para un pronunciamiento de condena, que la intempestiva ausencia del genuino comandante de la tropa, en los coincidenciales momentos en que se desarrollaron los lamentables hechos, sea que esa ausencia haya sido motivada o no lo sea, tenga una incubitable relación de causalidad con el hecho fundamental de la acción, o sea el disparo que recibiera el demandante Páez Rodríguez. Podría afirmarse, sin lugar a dudas, que la ausencia del cabo determinó necesariamente la

comisión del hecho, de un hecho calificado ya por otra jurisdicción como el ejercicio de una facultad legítima, o como producido por la intervención de personas extrañas al soldado que se limitó a luchar por la posesión del arma que pretendía arrebatársele? Si la tropa hubiera obrado con la "notoria y evidente imprudencia" de que habla el hecho 29 de la demanda, talvez pudiera concluirse que obró así por carecer de mando, por hallarse abandonada a su propia suerte, a la personal iniciativa de quienes la componían. Pero habiendo quedado un subcomandante del destacamento y habiéndose limitado los soldados al cumplimiento de la función policiva que se les había encomendado de modo específico —la entrada al salón de baile donde ocurrieron los hechos encaja dentro de la típica función policiva de vigilancia y mantenimiento del orden— no podría concluirse que la imprevisión del comandante fue causa determinante y exclusiva de la imprevisión de sus subalternos, máxime si la última no existió".

Agotado, de esta manera, el estudio de las modalidades especiales presentadas en este juicio, resta solamente repetir que en él se impone, sin consideración distinta a la de una interpretación ajustada del art. 28 del C. de P. P., la confirmación del muy amplio y concienzudo fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que, como tan acertadamente lo dice la Procuraduría, el hecho mismo de la lesión personal que se invoca en la demanda como fuente de la indemnización de perjuicios es el mismo que fue materia del proceso penal y acerca de la cual se sobreseyó de manera definitiva a favor del acusado dragoniante Luis Alberto Gallegos Rivera, sobreseimiento que quedó ejecutoriado.

El Oficial de Detall del Comando del Batallón de Artillería número 6 Galán, a quien correspondió conocer de este proceso criminal, fue quien dictó, con fecha 10 de septiembre de 1953, el auto de sobreseimiento definitivo, en el cual se expresó claramente como fundamento jurídico la legítima defensa. (Ver folios 10 v. a 13 v. del C. número 2).

Por su parte la Comandancia de la 5ª Brigada a quien correspondió conocer en consulta de dicho auto de sobreseimiento definitivo, por proveído que lleva fecha 31 de octubre de 1953 y "estando de acuerdo con el juzgado de primera instancia", resolvió confirmarlo en todas sus partes, agregando en los considerandos respectivos que la cesación del procedimiento debe ordenarse teniendo en cuenta el artículo 93 del Código de Justicia Penal Militar "que solamente considera responsable de la comisión de cualquier ilícito al militar, cuando se encuentre comprobado el concierto anterior, simultáneo o subsiguiente a la ejecución del delito, por exceso en dicha ejecución cuando obrare con manifiesta malicia, circunstancias éstas que en el presente caso, no se hallan acreditadas en ninguna forma, siendo por tanto procedente eximir de responsabilidad al soldado dragoniante Luis Alberto Gallego Rivera...". (Ver. fls. 57 a 59 del C. número 2).

Como se puede apreciar, la Comandancia de la 5ª Brigada confirmó el auto consultado en todas sus partes "por estar de acuerdo con el Juzgado de instancia" el cual, como vimos, fundó su proveído en la legítima defensa. Sin embargo la Comandancia parece haber fundado el suyo en el cumplimiento de una orden del servicio. (Artículo 93 del Código de Justicia Penal Militar).

No obstante, esta aparente contradicción no incide ni resta fuerza o influencia al fallo penal ejecutoriado, porque, por una parte, aquellas dos causales de justificación no se excluyen y, en segundo lugar, porque sea la una o la otra el verdadero fundamento del sobreseimiento definitivo, el sindicado obró "en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima", lo que quiere significar que el fallo proferido por la justicia penal militar encaja precisamente en la tercera de las hipótesis taxativamente previstas en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, y que, en consecuencia, la justicia civil no puede, sin desatender el interés de orden público, renovar la consideración y análisis sobre aquel hecho que ya quedó definido por la justicia penal, y el cual se pretende ahora tomar como fuente de responsabilidad civil.

La Sala quiere aprovechar esta oportunidad para hacer una observación final, originada en el hecho de que en éste y en casos similares o parecidos, se ha venido haciendo hincapié en la situación creada por no haber parte civil ante la jurisdicción penal militar, de lo cual pretenden derivarse consecuencias jurídicas contrarias a la letra de los artículos 11 y 28 del C. de P. P. Con argumentos sutiles, y a base de estudios comparativos con otras disposiciones del Código, se quiere obtener, en relación con los procesos militares, una aplicación diferente de la que claramente ordenan esas normas, tan ampliamente debatidas antes de ser consagradas. Existiera en las actas de la Comisión Redactora del C. de P. P. alguna duda sobre el origen de esas normas, hubiera quedado alguna sombra en lo relativo a su

aplicación cuando no interviene parte civil, hallárase asidero en las discusiones a la creencia de que ellas sólo deben aplicarse cuando esa parte civil actúa, o, por lo menos, pudiérase establecer que hubo deficiencias de redacción, o indeliberadas omisiones, o silencios que abren la puerta a la interpretación por analogía, y cabría aceptar un debate contradictorio sobre la intención del legislador, en el sentido de que su ánimo fue establecer diferencias fundamentales entre los fallos pronunciados por los tribunales ordinarios y los que emite la jurisdicción militar. Y ya vimos cómo esa antinomia no existe, si nos atenemos al diáfano mandato contenido en el artículo 58 de la Carta.

En relación con el prementado art. 28, que nos ocupa, bastaría dar un vistazo a las actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, para percatarse de que no existe sombra, asidero, deficiencias, que permitan interpretar su texto en el sentido de que su aplicación sólo es pertinente cuando la parte civil ha podido intervenir en el proceso penal. Muy por el contrario, esa modalidad fue propuesta y luego desechada. No hubo olvido, omisión o silencio, sino estudio severo de esa modalidad y exclusión de ella a plena conciencia. No existe, pues, la menor duda sobre la estricta aplicación del artículo 28 mencionado. Dicen las actas: "Se lee el artículo siguiente que dice: "Artículo. La acción civil no podrá proponerse, proseguirse o renovarse ante el Juez Civil o administrativo cuando en el proceso penal se haya declarado que el hecho no se ha realizado, o que el sindicado no lo ha cometido, o que obró en el cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". El doctor Rueda Concha modifica el artículo leído, así: "Artículo. La acción civil o administrativa no podrá proponerse, proseguirse o renovarse ante el Juez Civil o Administrativo, cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo, que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima...". "En seguida el doctor Rey hace leer todas las disposiciones aprobadas de este capítulo, y al llegar al artículo que trata de los efectos de la providencia absolutoria en la acción civil, dice: "Doctor Rey. Sería partidario de que en este punto conserváramos la primera forma que la Comisión había adoptado, o sea esta: 'Artículo. La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima'. "La forma aprobada, continúa el doctor Rey, dice simplemente que no podrá proponerse acción civil cuando se haya dictado auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, y esto, a mi entender, no expresa fielmente la idea de la Comisión, pues un proceso penal puede terminar con la condenación de unos sindicados y la absolución de otros. Se trata, pues, de singularizar, de hablar de cada sindicado, lo que se obtiene con la frase de la forma que acabo de leer, "cuando en el proceso penal se haya declarado... que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". "Por otra parte, en armonía con el criterio que seguimos para el ejercicio de la acción civil, ya no es correcto expresar que la acción civil puede 'proseguirse'. Ello era posible siguiendo el mismo criterio, o sea el de que la acción civil podía intentarse al mismo tiempo que la penal; pero una vez que ningún perjudicado podrá ir a la justicia civil sin haberse fallado definitivamente el proceso penal, es claro que el artículo solamente debe mencionar la frase 'la acción civil no podrá proponerse'. 'Las insinuaciones del doctor Rey son aceptadas por la Comisión".

En síntesis: La Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal previó, estudió e indudablemente derrotó esta frase inicial para el artículo 28: "La acción civil no podrá proponerse, PROSEGUIRSE O RENOVARSE...", que hubiera permitido interpretarlo en el sentido de que el partía, forzosamente, del presupuesto de la intervención de parte civil, ya que no se puede "proseguir" lo que no se tenía empezado, ni es posible "renovar" sino aquello que existió y fue interrumpido. Por lo tanto, ese artículo es de forzosa aplicación cuando no hay parte civil, como en el caso del artículo 24 del Código de Justicia Penal Militar.

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, CONFIRMA el

fallo dictado en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha 3 de mayo de 1955.

Condénase al apelante en las costas del recurso (numeral 3º, artículo 2º del Decreto 0343 de 1951).

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. El Secretario, Jorge García M.

TITULO EMANADO DEL ESTADO CONSISTENTE EN ADJUDICACIONES DE TIERRAS HECHAS POR LA CORONA ESPAÑOLA A LAS ENTIDADES MUNICIPALES. — PARA LA PLENA VALIDEZ DE ESTOS TITULOS ERA INDISPENSABLE QUE LAS TIERRAS SE DISTRIBUYERAN EN LA FORMA Y TERMINOS SEÑALADOS ENTRE LA ENTIDAD MUNICIPAL Y LOS POBLADORES, DE ACUERDO CON LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE AL TIEMPO DE LA ADJUDICACION

Fácilmente se comprende, en vista del Código de Indias o Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, que las tierras pedidas debían destinarse a ejidos, dehesas, propios del Consejo y suertes de labor. Las tres primeras destinaciones correspondían, como es obvio, al aprovechamiento común y por eso el régimen de propiedad al cual estaban sujetas era especial, por ser objeto de derecho público, y no ordinario. Al régimen ordinario debían subordinarse, en cambio, las adjudicaciones que se hacían exclusivamente a particulares.

Era, pues, indispensable para cumplir plenamente esa especial reglamentación de la propiedad correspondiente a Sitios, Pueblos, Villas, etc., que el terreno adjudicado conforme a los ordenamientos legales que se vienen comentando, es decir, señalando partes de él para solares, ejidos, dehesas y propios del Consejo, y al mismo tiempo determinando lo que debía repartirse individualmente a los pobladores. De ahí que siendo la destinación dual no puede entenderse que la entrega a estos últimos se estableciera como subsidiaria de la determinación de tierras para aprovechamiento común.

Estos razonamientos, desde luego incontrovertibles, demuestran que para la plena validez del título por el cual se adjudicaban tierras para aprovechamientos comunales, o sea para entidades de las que hoy se denominan de derecho público, se requería el cabal y fiel cumplimiento de los preceptos legales vigentes al expedirse el título: de manera que al incumplirlos, omitiendo la distribución en la forma y términos señalados, dejaba de llenarse un requisito esencial para la eficacia jurídica de dicho título. He ahí que, en fuerza de todos estos razonamientos, haya considerado la Corte, que los actos de que da cuenta una titulación "no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de hallarse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado... porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época... que hacía obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público".

Esta ha sido la reiterada doctrina de la Corte como puede verse en fallos de diciembre 19 de 1946 (LXIII, 887), marzo 28 y abril 15 de 1947 (GACETA JUDICIAL, números 2406-2047, págs. 253 y 270).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Va a decidir la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandante contra la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Marta el 12 de mayo de 1953, por la cual se absuelve a la Nación.

Antecedentes procesales

El doctor Benjamín Acosta Sánchez, como apoderado del Municipio del Cerro de San Antonio (Departamento del Magdalena), avisó al Ministerio de Minas y Petróleos que el doctor Marco T. Mendoza Amaris pretendía, en ejecución del contrato celebrado con aquel Municipio, iniciar trabajos de exploración en busca de petróleo en un lote de terreno perteneciente al mismo Municipio, ubicado dentro de la jurisdicción municipal,

con extensión de 6.800 hectáreas, lote que fue adjudicado a los habitantes de la referida población en el año de 1753 y cuya alinderación expresó el avisante.

El Ministerio, por encontrar insuficiente la demostración de la propiedad particular dispuso, por Resolución de 27 de enero de 1944, remitir el asunto a esta Corte para que, en juicio breve y sumario, se resolviera si eran o no fundadas las pretensiones del avisante, y en tal virtud se profirió el fallo correspondiente el 20 de marzo de 1947 en cuya parte resolutiva se declaró que no era jurídicamente fundada la pretensión del Municipio.

En vista de esa decisión el doctor Marco T. Mendoza Amaris, como apoderado general del municipio en mención, formuló la demanda que dio origen al presente negocio, la cual fue presentada en la Secretaría del Tribunal de Santa Marta, por el apoderado sustituto, el 6 de noviembre de 1947.

La demanda

El doctor Mendoza Amaris, con el carácter antes indicado, y estando dentro del término legal establecido por el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 entonces vigente —puesto que el fallo en el juicio breve y sumario se profirió el 20 de marzo de 1947 y el libelo, origen del presente juicio, se presentó el 6 de noviembre del mismo año, como queda dicho—, demanda a la Nación para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que el globo de terreno a que se refiere el hecho primero de esta demanda pertenece al Municipio del Cerro de San Antonio como único y exclusivo dueño de él por haberle sido adjudicado por la Corona de España el 17 de febrero de 1753, y tiene los siguientes linderos: "Por el Occidente, en una parte, con el río Magdalena, partiendo del cerrojo de la Iglesia del Cerro de San Antonio, aguas arriba de dicho río hasta llegar al caño llamado Isidro; por el Sur, con terrenos del mismo distrito rematado en 1775, desde la desembocadura de dicho caño, línea recta de 4.200 metros, con dirección N. 80 E; por el Oriente, con terrenos del nombrado Municipio, línea recta de 14.710 metros, con dirección N. 22 E; por el Norte con tierras del Municipio citado, línea recta de 4.200 metros con dirección N. 270 E. a dar al río Magdalena y luego, en la otra parte, por el occidente, río Magdalena aguas arriba, línea recta de 4.200 metros a dar al cerrojo de la Iglesia, punto de partida".

"b) Que el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo y subsuelo de tal globo de terreno son de propiedad particular y pertenecen al nombrado Municipio del Cerro de San Antonio, lo mismo que las demás substancias y minerales que pertenecen al dueño de la superficie, por haber salido tal globo de terreno del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y

"c) Que la Nación no puede explorar ni explotar petróleo en dicho globo de terreno por no pertenecer a la Nación los hidrocarburos que puedan existir en él".

Como hechos de la demanda expresó el demandante: que el Municipio del Cerro de San Antonio es dueño exclusivo del globo de terreno en mención por habérselo adjudicado el 17 de febrero de 1753 el Gobernador, Comandante General, Juez subdelegado de Tierras de Santa Marta; que ese lote fue medido y entregado a los vecinos del Cerro, y está situado en jurisdicción de la entidad demandante; que ésta ha realizado sobre tal predio actos repetidos de posesión real y material, con anterioridad al año de 1760; que los títulos originales que amparan el derecho de dominio del Municipio sobre el globo de tierra en cuestión fueron revisados en 1836 por el Gobernador de Santa Marta de conformidad con la Ley de octubre de 1821 y desde entonces fueron protocolizados; y que con motivo de un aviso sobre exploración con taladro, dado al Ministerio de Minas y Petróleos por el apoderado del Municipio, aviso que cubría el mencionado lote, se tramitó en la Corte un juicio breve y sumario que fue fallado el 20 de marzo de 1947.

En derecho apoyó el actor la demanda en los artículos 4º y 30 de la Ley 37 de 1931; 5º, 7º y 10º de la Ley 160 de 1936; 669 y concordantes del C. C.; 76, 152, 734 y siguientes del C. J. y demás disposiciones pertinentes. Y acompañó al libelo algunos documentos que adelante serán analizados.

La demanda, rechazada en principio por no haber acreditado el doctor Mendoza Amaris su personería, fue aceptada por auto de 20 de marzo de 1948. En consecuencia, se dio de ella traslado al señor Fiscal, quien la contestó negando el derecho invocado y oponiéndose, por tanto, a las declaraciones impetradas.

Agotados los trámites de rigor, el Tribunal falló el negocio el 15 de mayo de 1952, fallo que, al subir a esta Sala por apelación que contra él interpuso la parte demandante, quedó sin valor

legal alguno por haberse declarado nulo todo lo actuado desde tal sentencia inclusive, pues no había sido proferida por todos los magistrados del Tribunal. (Folio 11 C. número 3). Con tal motivo se devolvió el proceso y el Tribunal pronunció su nueva sentencia de 12 de mayo de 1953, materia del recurso ahora en estudio.

Expuestas como quedan las peticiones de la demanda, así como los hechos en que ella se fundamenta y el trámite regular del proceso, se procede a analizar las pruebas aportadas, para resumir luego las alegaciones de las partes y entrar, seguidamente, a los considerandos de la decisión que va a adoptar la Sala.

Las pruebas

Los documentos presentados con la demanda son:

Copia auténtica y debidamente registrada de la escritura pública número 15, de 9 de abril de 1925, pasada en la Notaría del Cerro de San Antonio, sobre protocolización de títulos relativos a la propiedad territorial de dicho Municipio.

Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Municipio de Plato, con respecto a la tradición legal del globo de tierra a que se refiere la demanda.

Copia auténtica de la sentencia proferida por la Corte el 20 de marzo de 1947, en el juicio breve y sumario a que dio lugar el aviso sobre exploración del lote de que trata este negocio.

Copia auténtica, tomada del Archivo Nacional, de los documentos antiguos que demuestran la adjudicación hecha a los vecinos del Sitio del Cerro de San Antonio en 1753.

Copia del Acuerdo número 8 de 1919 que reglamenta el arrendamiento de los terrenos del Municipio; y

Un plano de los terrenos pertenecientes al Municipio.

Dentro del término probatorio, en primera instancia, se trajeron a los autos, a petición de la entidad demandante, copia de un informe rendido por el alcalde de Cerro de San Antonio al Gobernador del Departamento del Magdalena, y una copia, muy fragmentada, de la Ley 50 de 26 de septiembre de 1868, expedida por la Asamblea del Estado Soberano del Magdalena, sobre división territorial. La diligencia de inspección ocular que igualmente pidió la parte actora, no se practicó seguramente por culpa de la misma parte.

Al surtirse la tramitación del recurso contra el fallo que primeramente profirió el Tribunal, se llevó a cabo, el 28 de octubre de 1952, una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos; pero habiéndose anulado lo actuado desde dicho fallo inclusive (el de 15 de mayo de 1952), es obvio que también quedó sin valor legal la inspección ocular en referencia.

Tal diligencia se repitió, en esta segunda instancia y a petición de la parte demandante, dentro del trámite legal que ha tenido el juicio, para lo cual se comisionó al Juez Municipal de Plato quien con intervención de peritos la llevó a cabo durante los días 7 y 9 de diciembre de 1953. (Folios 8 a 10 del C. número 6).

Para mejor comprensión de la situación jurídica que adelante analizará la Sala conviene reproducir, totalmente unos y parcialmente otros, todos estos documentos, en cuanto ellos se relacionan con el globo de terreno determinado en la demanda.

Las diligencias tomadas en copia del Archivo Histórico Nacional dicen en su encabezamiento: "Autos para la agregación de las diligencias relativas a la asignación de las tres leguas, hechas a San Antonio poco después de su fundación, por el Gobernador de Santa Marta, a pedimento de don José Fernando, el año 53". De ellas aparece:

El memorial que don José Fernando de Mier y Guerra, Maestre de Campo de "esta provincia y fundador de las nuevas poblaciones que se hacen en ella" dirigió al Gobernador Comandante General y Juez Privativo de Tierras de Santa Marta, solicitándole la adjudicación de tres leguas para el Sitio de San Antonio. "...hago presente a vuestra Señoría —dice— que como les es constante en el orden que para dichas fundaciones me confirió el Excelentísimo señor don Sebastián de Eslava, siendo Virrey de este Nuevo Reino, se sirvió prevenir que a cada fundación de las expresadas, se señalasen tres leguas de tierra para labranzas, pastos y abrevaderos, en esta forma: una legua corriendo aguas arriba desde la iglesia de la fundación, otra corriendo aguas abajo, y otra por lo interior de la tierra, que así se entiende la legua que dicho Excelentísimo Señor mandó señalar, la cual determinación, como tan arreglada, se ha servido corroborar el Excelentísimo señor Marqués de Villar, que felizmente me confirió el señor su antecesor y ampliándome todas las demás que sean conducentes a estos importantes fines". Y luego de exponer las razones de ese pedimento termina así el memorialista: "...ocurro al justo tribunal de vuestra Señoría, haciéndoselo todo presente, y suplicándole (como

lo hago) que usando de la facultad que en su persona reside, se sirva declarar las tres leguas de tierra en la forma que llevo expresada, y débo tener la fundación de San Antonio, haciendo merced de ellas en nombre de su Majestad, como las tienen las demás nuevas fundaciones, y dando su orden para que se midan y amojonen de modo que les quede libertad a aquellos fundadores para expulsar los ganados que entraren a su linde, a fin de asegurar sus labranzas y con ella la manutención de sus familias y permanencia en aquella vecindad para su aumento...".

El decreto del Gobernador don Antonio Alcalá Galiano, expedido en Santa Marta el 17 de febrero de 1753 por el cual se accede a la petición de don José Fernando de Mier y Guerra. Expresa en lo pertinente: "...a ejemplar de los términos que se le señalaron al sitio de Santa Ana de Buenavista por el superior Gobierno de este Virreynato, de tierras para las labores y manteución de los ganados de aquellos vecinos que se hallan establecidos, desde luego, para que no se experimente la ruina de éste, que no es de menos importancia que aquél, le señala su Señoría una legua de tierras, aguas arriba, desde el cerrojo de la iglesia de dicho sitio, otra, aguas abajo, y otra a espaldas en lo interno de la tierra: y para que así se ejecute, daba y dio comisión bastante, cuanto de derecho se requiere, a don Juan Tomás de Antique y Romero, juez ordinario de Santa Cruz de San Josét, para que pase a dicho sitio de San Antonio y en la conformidad que viene prevenido, les mida, señale y amojone las referidas tierras... y dándoles a aquellos vecinos los testimonios que les pidieron para que les sirva de resguardo en forma, así a ellos como en los que adelante se fundaren en él; lo remitirá todo original a este juzgado privativo de tierras...".

La solicitud formulada por los vecinos de San Antonio al comisionado y que éste tuvo en cuenta, para que "la legua de las espaldas del sitio, por ser anegadiza, se les dé arriba". Exponen los peticionarios Roque Mariero, Miguel Cantillo, Antonio Ortiz Galindo e Isidro Brochero, los motivos de su solicitud y concluyen así: "...por lo cual, mediante lo que a vuestro merced representamos, se ha de servir, como lo suplicamos, de asignarnos la legua de la espalda por la parte de arriba, que en ella recibiremos merced y buena obra...".

El despacho librado a don Juan Tomás de Antique y Romero para el cumplimiento de la comisión. En él están insertas la petición de don José Fernando de Mier y Guerra y el decreto por el cual se accedió a ella. En acatamiento de lo dispuesto por el comitente, el Juez Antique y Romero, por auto de 27 de febrero de 1753, dispuso pasar al sitio de San Antonio a practicar la diligencia y en efecto se trasladó a dicho sitio y ante los vecinos que se hallaban presentes leyó el despacho comisorio. "y habiéndolos oído y entendido, dijeron que estaban prontos a recibir el beneficio de las tierras que en nombre de su Majestad les asigna el señor Gobernador". Luego el comisionado suscribió la diligencia que textualmente dice.

"Auto.—En este sitio de San Antonio de Buenavista, yo don Juan Tomás Antique y Romero, juez ordinario del sitio de Santa Cruz de San José, en virtud de lo mandado por el Teniente de Coronel el señor don Antonio de Alcalá y Galiano, juez privativo de tierras de esta provincia de Santa Marta, Gobernador, Comandante General, digo: Medidas de las tres leguas — que habiéndome representádome los vecinos de este dicho sitio de San Antonio, cuan de ningún alivio les es la legua asignada por la espalda, porque con las crecientes se retiran muchos de los ganados mayores y menores, los que harían grave daño a las labranzas, por las cercanías de ellas, como consta por el escrito de su pedimento, que va arrimado a estas diligencias, en cuyo supuesto, pasé con los vecinos de este dicho sitio, y les medi aguas arriba dos leguas, de cinco mil varas, cada una, las que llegaron al caño que nombran de Isidro, el cual referido caño les queda por legítimo lindero con un palo que nombran Naranjito, en donde, en nombre de su Majestad, que Dios guarde, les di posesión la que tomaron haciendo cruces en dicho palo; y les mandé que al siguiente día pasasen al expresado paraje del caño de San Isidro y pusiesen seis palos de ceiba clavados para más fijo lindero: y siguiendo las mismas medidas, desde el cerrojo de la iglesia, aguas abajo, medí una legua de cinco mil varas que llegaron a un palo que nombran Sangre de Drago, en donde les di la misma posesión, en donde hicieron cruces, y les mandé pusiesen por legítimos linderos, otros seis palos de ceiba, y habiéndose concluído dicha diligencia, para que constase, la firmaron todos los que supieron, conmigo, y los testigos con quienes actúo, por defecto de escribano. **Juan Tomás de Antique y Romero — Isidro Brochero—Josef Mejías- Josef Joaquín Gutiérrez de la Sierra—Antonio Ortiz Galindo—Roque Meriero—Miguel Cantillo".**

Con posterioridad a la adjudicación de que tratan los documentos en referencia, y con motivo

de una solicitud de tierras hecha por Antonio Sánchez, la Real Audiencia libró despacho al Juez subdelegado de tierras de la provincia de Santa Marta a fin de que informara sobre las tierras que poseyeran los vecinos de San Antonio. "Manteniello —dijo textualmente la provisión de la Real Audiencia— a los vecinos del sitio de San Antonio en el goce que hayan tenido antes del denuncio de don Antonio Sánchez, vecino de Chaimaro, sobre la merced de las tierras que se refieren, informará el juez subdelegado de tierras de la provincia de Santa Marta, con las diligencias que haya obrado en el asunto, oyendo previamente a las partes sobre el derecho que respectivamente representaren en su juzgado".

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acredita: el registro de la primera copia de la escritura pública número 15 de 9 de abril de 1925, "escritura que contiene varios documentos del tiempo colonial, referentes a la propiedad que tiene el Distrito del Cerro de San Antonio en un globo de terreno ubicado en dicho municipio constante de dos porciones" una de las cuales corresponde a la adjudicación hecha en el año de 1753. Se insertan en el certificado los linderos del lote de dicha adjudicación, así: "Por el occidente en una parte con el Río Magdalena partiendo del cerrojo de la puerta de la iglesia del Cerro de San Antonio, aguas arriba de dicho río hasta el caño llamado Isidro: por el sur, con terreno del mismo Distrito rematado en 1775 desde la desembocadura de dicho Caño Isidro, línea recta de 4.200 metros, con dirección N. 90 E.; por el oriente con terreno del nombrado Municipio línea recta de 14.710 metros con dirección N. 22 E.; por el norte con tierras del Municipio citado línea recta de 4.200 metros con dirección N. 270 E. a dar al Río Magdalena y luego en la otra parte por el occidente Río Magdalena aguas arriba línea recta de 4.200 metros a dar al cerrojo de la iglesia, punto de partida". En la certificación se dice, además, que la inscripción del derecho de dominio del Municipio en mención sobre ese lote está vigente y que en un lapso de más de 18 años anterior a 1925 no existe inscripción alguna que limite ese dominio.

En la diligencia de inspección ocular efectuada en los días 7 y 9 de diciembre de 1953 se siguió la misma trayectoria trazada por el personal que intervino en la que se llevó a cabo del 28 al 31 de octubre de 1952 y que quedó anulada, según lo que atrás se ha dejado expuesto. En consecuencia, se fijaron estas medidas: del frente del cerrojo de la puerta de la iglesia, hacia el sur, por la margen derecha del río Magdalena, 4.200 metros, "hasta encontrar el mojón de concreto construído años anteriores, en la boca del caño Isidro...": del frente del cerrojo de la iglesia, hacia el norte, río Magdalena aguas abajo, 4.200 metros, "hasta encontrar el mojón de madera que dichos peritos colocaron en el mes de octubre de mil novecientos cincuenta y dos en el camino y en la colindancia del predio de Juaquín (sic) Guabita y Manuel Valencia...", de este punto, 4.200 metros hasta la confluencia de los caños Roncador y Ciego; de aquí y con rumbo suroeste de veintidós grados (S. 22º 00' W), 14.170 metros hasta "el precio de Francisco Barraza donde está el mojón oriental del lindero Sur del terreno inspeccionado. Este mojón está unido con una línea Este Oeste (E.-W.) con el mojón colocado en la boca de San Isidro, cerrando así el polígono inspeccionado".

Se observa de una vez que la parte actora pidió la inspección ocular "para establecer la relación de correspondencia o de identidad que exista entre el globo de terreno que se describe en la parte petitoria del libelo de demanda que ha dado lugar a este juicio y en los hechos primero y quinto del mismo, con el que fue medido y entregado a los vecinos del Cerro de San Antonio...", y para establecer igualmente si dicho globo se encuentra dentro de la jurisdicción de ese municipio y "qué clase de ocupantes y ocupaciones se encuentran en dicho globo"; no obstante lo cual dejó de interrogarse a los peritos sobre la primera cuestión y sólo se les preguntó sobre las otras dos y respondieron: que el terreno, tal como estaba determinado en la diligencia de inspección, "queda en su totalidad en jurisdicción del Municipio de San Antonio, exceptuando la zona comprendida entre el lindero que dicen ser el lindero con Pedraza y la línea que va del caño Isidro al mojón colocado donde Francisco Barraza"; y que "este globo de tierra con excepción de lo ocupado por las aguas de la Ciénaga Grande del Cerro de San Antonio, está ocupado por la población del Municipio, el Caserío de Charanga o Puerto Niño y por personas propietarias que se ocupan en los cultivos de pastos para la ganadería y otras de pan coger".

La diligencia contiene los nombres de algunos de los propietarios de terrenos en la zona delimitada, así como la siguiente constancia del juez comisionado: "...no habiendo los Municipios colindantes trazado y mojoneado las líneas que los delimitan, no se pueden señalar de una manera precisa en dónde terminan y en dónde empiezan

los diferentes terrenos sometidos a las diferencias municipales".

Estas son— se repite—, las pruebas aportadas al juicio y que tienen relación con el predio a que se refiere la demanda. Otras diligencias, como las que contiene la citada escritura número 35 de 9 de abril de 1825, son relativas a otro globo de tierra rematado por los vecinos del Sitio del Cerro de San Antonio en el año de 1775.

El fallo del Tribunal

Por haber dejado de practicarse, en primera instancia, la diligencia de inspección ocular, observó el Tribunal que el inmueble no se hallaba identificado, y con base en esa omisión profirió su fallo absolutorio. Al efecto, entre otras razonamientos expuso: "A dos cuestiones — entre otras— debe atenderse para que pueda prosperar la acción de dominio: al estudio de la titularidad y a la identidad de la cosa que se pretende. La relación de estos dos elementos es tan estrecha que faltando uno queda la acción misma desintegrada, o imperfecta, y no puede prosperar".

Los alegatos en segunda instancia

El señor Procurador, refiriéndose a la sentencia proferida por la Corte en el juicio breve y sumario, dice:

"La Corte, al estudiar la correspondiente titulación, que es exactamente la misma presentada a este juicio plena, y en la que el Municipio del Cerro de San Antonio pretende fundar sus derechos de dominio privado sobre el inmueble alinderado en la demanda, llegó a la conclusión de inoficiosa de ellos con miras a la declaración impetrado, en virtud de los considerandos que en seguida se transcriben y que son fiel reflejo de la doctrina expresada en fallos anteriores y en juicios similares por la Corte".

Y después de transcribir los considerandos de aquel fallo, agrega el señor Procurador:

"La Procuraduría insiste, como así lo ha hecho resaltar en procesos análogos, que la reiterada orientación doctrinaria es pauta inmodificable para afirmar que los títulos allegados no demuestran dominio en relación con las tierras que el Municipio demandante afirma salieron del patrimonio del Estado antes de 1873. Porque ciertamente, no se sabe qué áreas de terreno fueron adjudicadas exactamente al Municipio del Cerro de San Antonio, como entidad de derecho público y cuáles fueron aprovechadas por los pobladores de estos parajes como particulares. Estas omisiones de los títulos llevan asimismo a deducir que la identificación de los terrenos verificada mediante la inspección ocular practicada en el juicio es teórica y en consecuencia no representa la realidad topográfica apreciada sobre el terreno en consonancia con la que debiera aparecer a través de los títulos.

"Por otra parte y desde este punto de vista de la identificación, es muy significativa la constancia dejada por el funcionario comisionado para la práctica de la diligencia de inspección, y la que expresa: "No habiendo los municipios colindantes trazado y amojonado las líneas que los delimitan, no se puede señalar de una manera precisa en dónde terminan y en dónde empiezan los diferentes terrenos sometidos a las diferencias municipales.

"De acuerdo con esta aclaración del comisionado, no se pudieron establecer sobre el terreno, de una manera precisa, como lo requiere la doctrina, la exacta ubicación de los terrenos materia de la litis.

"Estas breves consideraciones me llevan a solicitar de vosotros, muy comedidamente, la confirmación de la providencia recurrida, con costas a cargo del apelante".

El señor apoderado de la entidad demandante alega, en primer lugar, que con la diligencia de inspección ocular practicada en esta segunda instancia quedó "suplida la deficiencia observada por el Tribunal Superior de Santa Marta en la sentencia recurrida" lo que significa "que la determinación de los terrenos quedó perfectamente acreditada". Después, refiriéndose a la sentencia de la Corte proferida en el juicio breve y sumario, sostiene el señor apoderado que la adjudicación del globo de terreno a que se refiere la demanda se hizo "al **Común**, y no a vecinos individualmente considerados", porque ello se deduce, además, de varias expresiones usadas en los documentos aportados al juicio. Luego agrega:

"Las transcripciones que se han hecho corroboran la tesis de que la merced se otorgó colectivamente a los vecinos del sitio del Cerro de San Antonio, como vecindario, y no a alguno o algunos de dichos vecinos individualmente considerados".

Se extiende después el señor apoderado en otros razonamientos semejantes y en consideraciones de orden jurídico sobre la calidad de personas jurídicas que tenían los núcleos de población desde el momento en que se les adjudicaban bienes comunales, calidad que han conservado en

el transcurso de las legislaciones aunque con diferentes denominaciones, como es obvio, y finalmente afirma:

"Contra un título real, expedido por la Corona de España y cuya validez no se discute no es posible aducir, para tratar de desvirtuarlo, las posibles pretensiones de personas imaginarias.

"Más aún: si esos terceros no fueran imaginarios sino reales, en nada les perjudicaría un fallo favorable a los intereses del Municipio puesto que, como es bien sabido, la sentencia sólo tiene efecto respecto de las partes que han intervenido en el juicio. Por eso ha dicho la Corte, en numerosos fallos, que el carácter de dueño y la noción de propiedad son figuras esencialmente relativas y que la declaración de propiedad, hecha en juicio, no le reconoce al demandante un dominio absoluto o erga omnes sino apenas respectivo, es decir, frente al demandado. Esto es claro ya que el fallo no tiene efectos contra terceros que no han sido partes en el juicio".

Consideraciones de la Sala

Efectivamente, como lo dice el señor Procurador, la titulación traída a este juicio es exactamente la misma que se presentó en el juicio breve y sumario y con respecto a ella dijo la Corte en el fallo que finalizó dicho juicio:

"Las leyes aplicables en esa época, a las cuales se hizo mención en los documentos que se produjeron al adjudicarse las tierras a los vecinos del Cerro de San Antonio obligaban a hacer una destinación o aplicación dual coexistente de ellas; una parte para aprovechamiento de uso común y otra parte para ser entregada en propiedad a los vecinos. Por eso el valor del título está subordinado actualmente a la demostración que se indica. Así lo ha resuelto ya la Corte, en particular en el fallo proferido el 19 de diciembre último, en el juicio de la Junta Petroleum Company referente a las tierras del municipio de San Jacinto, Departamento de Bolívar, del cual es oportuno transcribir el siguiente pasaje: ..."Y después de hacer la transcripción ,concluyó así la Sala:

"De acuerdo con la jurisprudencia que se deja transcrita, no es posible afirmar la propiedad del Municipio de Cerro de San Antonio, derivada de los títulos expedidos por las autoridades españolas en la época colonial, y, por tanto, el aviso dado al Ministerio de Minas y Petróleos no puede prosperar por esta causa".

La doctrina de la Corte sobre cuestión tan importante como la que ha venido debatiéndose en este proceso, ha sido reiterada en varios fallos. En el de 19 de diciembre de 1946, que es el que se cita en la sentencia del juicio, breve y sumario, se dijo:

"En el decreto transcrito, se hace referencia a las leyes IX y X, Título V, Libro IV de las leyes Municipales, incorporadas en el Código de la Recopilación de 1680, y también a la ley XIV, Título VII del mismo libro. Ya en este fallo se hizo un estudio sobre el significado de tales leyes y acerca de su aplicación; y se observó cómo la adjudicación de tierras a poblaciones debió hacerse, según esos preceptos, destinando una parte a usos de aprovechamiento común y otra a darse individualmente a los pobladores ...".

"Admitiendo, como lo admite la Corte, que la adjudicación a las poblaciones de la Montaña de María hubiese podido hacerse jurídicamente a través de los medios que demuestran los títulos presentados a este juicio, o sea con los actos ejecutados por el Capitán Antonio de la Torre en comisión del Gobernador de Cartagena, encuentra sin embargo que tales actos del comisionado no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado y que hoy se alegan haciendo radicar la adjudicación en las personas de derecho público llamadas municipios, de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, como sucesores de las primitivas poblaciones. Porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época en que actuó el Capitán de la Torre y que hacían obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público. Es posible que un examen o estudio más detenido del que hasta ahora se ha hecho, con documentos complementarios pueda llegarse a la comprobación que en el presente juicio no ha podido aducirse; bien sea demostrando, como se ha explicado, qué áreas fueron las que realmente pasaron a poder de las poblaciones en su carácter de entidades públicas, bien sea estableciendo el uso común que de esas tierras se hizo por las poblaciones y el aprovechamiento que como dueños hubiesen hecho los pobladores y sus sucesores legales de la parte de las tierras que a ellos debía trasladarse, todo ello de conformidad con las leyes. Mientras estas comprobaciones no se aduzcan, no es tampoco posible que el Juez, en

el presente caso la Corte, reconozca la validez del título en mención, en la forma que se pretende, pues ello contraría los mandatos legales ya examinados y además podría significar el desconocimiento de la propiedad de particulares que razonablemente pudo configurarse en los repartimientos de tierras a los pobladores de los sitios de la Montaña de María". (G. J. Tomo LXIII, página 887).

En otros negocios también ha tenido aplicación la doctrina en referencia, como puede verse de los fallos de 28 de marzo y 15 de abril de 1947. (G. J. número 2046-2047, páginas 253 y 270).

Queda visto, por los documentos correspondientes, que la adjudicación del globo de terreno cuyo derecho de dominio alega en este juicio el Municipio del Cerro de San Antonio, fue hecha en el año de 1753, puesto que el decreto expedido por el Gobernador y Juez Privativo de Tierras de Santa Marta, don Antonio Alcalá Galiano, tiene fecha 17 de febrero de aquel año, y la diligencia en la que se midieron y entregaron las tierras la llevó a cabo el Juez comisionado, don Juan Tomás de Antique y Romero, en los primeros días del mes de marzo siguiente. Con base en este hecho y en la doctrina que resumen los párrafos precedentemente transcritos, pasa la Sala a hacer un detenido estudio de la cuestión sub-judice.

Para que se reconozca al municipio demandante como dueño del globo de terreno que disputa a la Nación, es necesario la demostración de que lo adquirió ajustándose a las disposiciones del derecho indiano, por lo cual será preciso ver cuáles eran las normas que regían la adjudicación de tierras para poblaciones en el año de 1753.

Siguiendo el estudio que de la legislación indiana hizo la Corte en fallo de 5 de agosto de 1942 (G. J. número 1987) se tiene que en el tercer período, comprendido de 1680 a 1754, rigió el Código de Indias o Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias; y en las ordenanzas de 1573, que hacen parte de ese código, existen normas sobre el procedimiento que debía seguirse para la entrega de tierras a las poblaciones. Veamos, pues, esas disposiciones, según dicho código.

Título Quinto, Libro IV
De las poblaciones

Ley IV (Ordenanzas 88 y 89 de 1753). Que la capitulación para Villa de Alcaldes ordinarios, y Regidores, se haga conforme a esta ley.

Treinta vecinos con casa y semovientes y cuatro leguas de término y territorio en cuadro o prolongado.

Si la disposición de la tierra diere lugar para alguna villa de Españoles, con Concejo de Alcaldes ordinarios, y Regidores y huviere persona que tome asiento para poblarla, se haga la capitulación con estas calidades: Que dentro del término, que le fuere señalado, por lo menos tenga treinta vecinos, y cada uno de ellos una casa, diez bacas de vientre, una puerca de vientre, veinte ovejas de vientre de Castilla, y seis gallinas, y un gallo; assimismo nombrará un Clérigo, que administre los Santos Sacramentos, que la primera vez será a su elección, y las demás conforme a nuestro Real Patronazgo; y proveerá la Iglesia de ornamentos, y cosas necessarias al culto Divino, y dará fianzas, que lo cumplirá dentro del dicho tiempo; y si no lo cumpliere, pierda la que huviere edificado, labrado y grangeado, que aplicamos a nuestro Real Patrimonio, y más incurra en pena de mil pesos de oro para nuestra Cámara: y si cumpliere su obligación, se le den quatro leguas de término, y territorio en quadro, o prolongado, según la calidad de la tierra, de forma que si se deslindare, sean las quatro leguas en quadro, con calidad de que por lo menos disten los límites de dicho territorio cinco leguas de qualquiera Ciudad, Villa o Lugar de Españoles, que antes estuviere poblado, y no haga perjuicio a ningún Pueblo de Indios, ni de persona particular.

Ley VII.—Que habiendo capitulaciones de más, o menos vecinos, se otorgue con el término y territorio al respeto, y las mismas condiciones.

Haviendo quien quiera obligarse a hacer nueva población en la forma dispuesta, demás, o menos treinta vecinos, con que no sean menos de diez, se le conceda el término y territorio al respeto, y con las mismas condiciones.

Ley IX (Ordenanza 103). Que el poblador principal tome asiento con cada particular, que se registrare para poblar.

En los asientos de nueva población, que hiciere el Govierno, o que tuviere facultad en las Indias, Adelantado, Alcalde Mayor, o Corregidor, el que tomare el asiento, le hará también con cada uno de los particulares, que se registraren para poblar, y se obligará a dar en el Pueblo designado, solares para edificar casas, tierras de pasto, y labor, con tanta cantidad de peonías, y caballerías, quanta cada uno de los pobladores se obligare a edificar con que no exceda ni dé a cada uno más de cinco peonías, ni más de tres caballerías, según la distinción, diferencia y men-

sura expresadas en las leyes de el título del repartimiento de tierras, folares y aguas.

Ley X (ord. 101).—Que no habiendo poblador particular, fino vecinos, fe les conceda el poblar como no fean menos de diez.

Quando algunas perfonas particulares fe concordaren en hacer una nueva población, y huviere número de hombres caſados para el efecto, se les dé licencia, con que no fean menos de diez caſados, y déſeles término y territorio al reſpecto de lo que eſtá dicho...

Título VIII. Libro IV

De la población de las Ciudades, Villas y Pueblos

Ley VII (ord. 90).—Que el territorio fe divida entre el que hiciere la capitulación, y los pobladores, como fe ordena.

El término y territorio, que fe diere a poblador por capitulación, fe reparta en la forma figuiente: Saquefe primero lo que fuere menefter para los folares del pueblo y exido competente, y deheffa en que pueda paſtar abundantemente el ganado, que han de tener los vecinos, y más otro tanto para los propios del lugar: el reſto del territorio y término fe haga quatro partes: la una de ellas, que efcogiere, fea para el que eſtá obligado a hacer el Pueblo, y las otras tres fe repartan en fuertes iguales para los pobladores.

Ley XI (ord. 127).—Que los folares fe repartan por fuertes.

Repártanse los folares por fuertes a los pobladores, continuando deſde los que correſponden a la plaza mayor, y los demás queden para Nos hacer merced de ellos a los que de nuevo fueren a poblar, o lo que fuere nueſtra voluntad: y ordenamos, que fiempre fe lleve hecha la planta del lugar que fe ha de fundar.

Ley XIII (ord. 129).—Que fe feñale exido competente para el Pueblo.

Los exidos feán en tan competente diſtancia, que ſi creciere la población, ſiempre quede baſtante eſpacio, para que la gente fe pueda recrear y salir los ganados ſin hacer daño.

Ley XIV (ord. 130).—Que le feñalen deheffas y tierras para propios.

Haviendo feñalado competente cantidad de tierra para exido de la población, y fu crecimiento, en conformidad de lo proveido, feñalen los que tuvieren facultad para hacer el deſcubrimiento y nueva población, deheffas, que confinen con los exidos en que paſtar los bueyes de labor, cavallos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados, que los pobladores por ordenanza han de tener, y alguna buena cantidad más, que fea propios del Concejo, y lo reſtante en tierras de labor, de que hagan fuertes, y ſean tantas como los folares, que puede haver en la población; y ſi huviere tierras de regadío, aſſimiſmo fe hagan fuertes, y repartan en la miſma proporción a los primeros pobladores, y las demás queden valdías, para que Nos hagamos merced a los que de nuevo fueren a poblar: y de eſtas tierras hagan los Virreyes ſeparar las que parecieren convenientes para propios de los Pueblos, que no los tuvieren, de que fe ayude a la paga de ſalarios de los Corregidores, dexando exidos, deheffas y paſtos baſtantes, como eſtá proveido, y aſsi lo executen".

Fácilmente se comprende, en vista de los textos legales que se dejan transcritos, que las tierras medidas por don José Fernando de Mier y Guerra debían destinarse a ejidos, dehesas, propios del Concejo y suertes de labor. Las tres primeras destinaciones correspondían, como es obvio, al aprovechamiento común y por tal al régimen de propiedad al cual estaban sujetas era especial, por ser objeto de derecho público, y no ordinario. Al régimen ordinario debían subordinarse, en cambio, las adjudicaciones que se hacían exclusivamente a particulares.

Era, pues, indispensable para cumplir plenamente esa especial regimentación de la propiedad correspondiente a Sitios, Pueblos, Villas, etc., que el terreno adjudicado se distribuyera conforme a los ordenamientos legales que se vienen comentando, es decir, señalando partes de él para solares, ejidos, dehesas y propios del Concejo, y al mismo tiempo determinando lo que debía repartirse individualmente a los pobladores. De ahí que siendo la destinación dual no puede entenderse que la entrega a estos últimos se estableciera como subsidiaria de la determinación de tierras para aprovechamiento común.

Estos razonamientos, desde luego incontrovertibles, demuestran que para la plena validez del título por el cual se adjudicaban tierras para aprovechamientos comunales, o sea para entidades de las que hoy se denominan de derecho público, se requería el cabal y fiel cumplimiento de los preceptos legales vigentes al expedirse el título; de manera que al incumplirlos, omitiendo la distribución en la forma y términos señalados, dejaba de llenarse un requisito esencial para la eficacia jurídica de dicho título. De ahí que, en fuerza de todos esos razonamientos, haya considerado la Corte, en juicios que si bien han te-

nido otro origen y distinto procedimiento, plantean, en el fondo, la misma cuestión jurídica que se contempla en el presente negocio, que los actos de que da cuenta la titulación "no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente los tierras al objeto contemplado... porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época..., que hacía obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público".

Volviendo ahora al estudio de la titulación que la parte actora ha traído a este juicio para comprobar su derecho, no se encuentra en ella el cumplimiento de los ordenamientos enunciados. El decreto del Gobernador y Juez Privativo de Tierras de Santa Marta apenas si contiene la adjudicación de "una legua de tierras, aguas arriba, desde el cerrojo de la iglesia de dicho sitio, otra, aguas abajo, y otra a espaldas en lo interno de la tierra...", y la comisión dada al juez ordinario de Santa Cruz de San Josef para el señalamiento, mediante medidas e mojones, de ese terreno. De otra parte, en la diligencia por la cual se dio cumplimiento a la comisión, no se hizo otra cosa que medir el predio por uno de sus lados y dar posesión de él a algunos vecinos. De manera que nada dicen estos títulos sobre distribución de aquel terreno de acuerdo con las leyes que entonces regían esa clase de adjudicaciones.

No es posible, por lo demás, restar, para el caso de autos, importancia y efectividad a las exigencias de orden legal que han sido materia de cuidadoso análisis y fundamento de la doctrina en referencia, deduciendo de frases aisladas, como lo hace el apoderado de la entidad demandante, que la adjudicación se hizo "al Común y no a vecinos individualmente considerados". Pero aún así, esa deducción en nada mejoraría la situación procesal de la parte actora, porque precisamente por haberse hecho la adjudicación al Cerro de San Antonio es por lo que, como atrás se ha dicho, el régimen de propiedad sobre el globo adjudicado era especial y no ordinario, vale decir, que obligaba la distribución de aquel terreno para servicios de aprovechamiento común e individual. Si la adjudicación se hubiese hecho a los vecinos de manera particular, resaltaría aún más la invalidez, para el municipio demandante, del título en que apoya su acción.

No es que la Sala aduzca contra la validez del título "las posibles pretensiones de personas imaginarias" como lo dice el señor apoderado; es que —se repite— si la adjudicación fue hecha a la población del Cerro de San Antonio, debían cumplirse los ordenamientos legales pertinentes, y si el terreno se dio a determinados individuos, no puede entonces el Municipio aducir a su favor el título que ha traído a los autos.

En cuanto al argumento de que el fallo que pudiera dictarse en favor del Municipio en nada perjudicaría a terceros porque la sentencia no tendría efectos **erga omnes**, es inaceptable, porque para acogerla habría que partir de la base de que el título sí tiene eficacia jurídica para la entidad que en él ha apoyado esta acción. Y ya se han dado las razones por las cuales aquel título carece de plena validez. Es decir, que el Municipio del Cerro de San Antonio no ha demostrado su personería sustantiva, o lo que es lo mismo, su legitimación en la causa, cuya falta conlleva a la absolución de la parte demandada, por ser aquella personería o legitimación uno de los elementos esenciales de la acción.

Lo que hasta aquí se deja expuesto es suficiente para fundamentar la decisión que va a adoptar la Sala. Sin embargo, no sobra considerar, así sea brevemente, otro aspecto procesal de mucha importancia.

Sostiene el señor apoderado del Municipio demandante, que con la diligencia de inspección ocular practicada en esta segunda instancia ha quedado plenamente identificado el globo de terreno. Sin embargo, otra es la realidad procesal.

En efecto: las medidas tomadas por los peritos no concuerdan con las que tomó el juez ordinario Antique y Romero al cumplir la comisión que se le dio para medir el terreno adjudicado y dar posesión de él a los vecinos del Cerro de San Antonio. Dicho juez fijó dos extensiones desde el cerrojo de la iglesia, así: una de dos leguas de cinco mil varas cada una, aguas arriba, hasta el caño llamado Isidro; y otra, de una legua de cinco mil varas, aguas abajo, hasta "un palo que nombran Sangre de Drago". Son, pues, dos longitudes desiguales. No obstante esto, los peritos les dieron igual extensión al medir 4.200 metros tanto aguas arriba como aguas abajo, desde el cerrojo de la iglesia. Además, no explican las razones o fundamentos que tuvieran para fijar en igual extensión (4.200 metros cada una), las líneas al norte y al sur, y en 14.710 metros la que señalan un rumbo sur-oeste. No se sabe, por tanto, si el globo de terreno que se describe en la parte petitoria y en los hechos de la demanda es el mismo que se adjudicó, midió y entregó a los

vecinos del Cerro de San Antonio, ya que la diligencia de inspección ocular no contiene afirmación alguna a ese respecto, ni a los peritos se les interrogó sobre el particular.

Mas no sólo se advierten estas deficiencias en la diligencia que se analiza, sino que se observa igualmente que ni siquiera se ha demostrado que el predio delimitado por los peritos se halle dentro de la jurisdicción del Municipio demandante, puesto que los expertos exceptúan de dicha jurisdicción "la zona comprendida entre el lindero que dicen ser el lindero con Pedraza y la línea que va del Caño Isidro al mojón colocado donde Francisco Barraza...", y el propio funcionario hizo constar que "...no habiendo los municipios colindantes trazado y amojonado las líneas que los delimitan, no se pueden señalar de una manera precisa en dónde terminan y en dónde empiezan los diferentes terrenos sometidos a las diferencias municipales".

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo proferido en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Marta el doce (12) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

MANERA DE DETERMINAR EL CARACTER PUBLICO DE UNA OBRA.—EL LUCRO CESANTE EN ACCIONES DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS

1.—Cuando se realiza una obra pública, la Administración produce siempre un acto administrativo reglamentario de la obra; generalmente se suscribe un contrato para la realización de ésta, contrato que se publica en el Diario Oficial, o se designa un ingeniero de la correspondiente dependencia oficial para adelantarla cuando se hace por administración directa. De suerte que la comprobación del carácter público del trabajo se hace fácil mediante la presentación al juicio de los documentos en que consten tales hechos, o en virtud de los testimonios de los propios funcionarios o agentes de la Administración.

2.—En los juicios por ocupación so pretexto de trabajos públicos, se ha considerado siempre que el daño emergente lo representa el valor del inmueble, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de la ocupación. Pero como en toda indemnización por perjuicios, constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por demostrar la existencia de esos perjuicios, el hecho de haberlos sufrido y que se deben a consecuencia de la ocupación. El solo hecho de la ocurrencia de ésta, si bien implica que se ha privado al propietario de un bien cuyo valor debe serle indemnizado, no implica necesariamente la existencia de perjuicios de otro orden, que haya dejado de reportarse una ganancia o provecho derivado de ese bien que es lo que constituye el lucro cesante. Puede ocurrir que se trate de bienes improductivos. Por eso para condenar por concepto de lucro cesante debe acreditarse también la cesación de lucro, de suerte que si falta esta prueba, la condena no podrá producirse.

Ahora, si es verdad que la Corte ha estimado que ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, también es cierto que esta jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicio debe ante todo acreditar la existencia de éstos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre primero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

En ejercicio de la acción consagrada en los artículos 263 y ss. de la ley 167 de 1941, doña Stella Calderón de Quintana, por intermedio de apoderado legal, se presentó al H. Consejo de Estado, con fecha 20 de marzo de 1953, solicitándole se condene a la Nación a pagarle la indemnización que le corresponde por haberle quitado (sic) una faja de terreno de su propiedad con destino a la ampliación de la carretera de Occidente o calle 13, en la parte que de Bogotá conduce a Fontibón.

En su demanda, no describe la actora la zona ocupada por la Nación y se limita a afirmar que tiene un área aproximada de 3.056 varas cuadradas. Pero del contexto general de su solicitud se infiere que la zona reclamada formaba parte del fundo de su propiedad denominado La Trinidad, ubicado en este municipio, adjudicado a ella en el juicio divisorio seguido ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá y protocolizado en la Notaría Cuarta de la misma ciudad por escritura número 429 de 1940, con la cual se protocolizó el plano general de los terrenos objeto de la división.

Según la misma demanda, el lote que en el juicio mencionado se adjudicó a la demandante está compuesto por las porciones L. M. y N. y comprendido dentro del perímetro 24, 23, 22, 21, 20, 19 y 24 señalados en el plano de que se hizo referencia, con un área total de 44 fanegadas y siete mil novecientos setenta y dos varas cuadradas (7.972), alinderado así:

"Por el Norte entre los puntos 29 y 24 con la Carretera de Occidente (o calle 13) y entre los

puntos 28 y 27 con terrenos de Antonio Borda; por el Oriente entre los puntos 24, 23, 22, 21, 20 y 19 con el lote número 3 adjudicado en esa partición al señor José Cabriet Calderón; por el Sur entre los puntos 19 y 25 con la Hacienda Chamicera de propiedad de herederos de Climaco Mejía y por el Occidente entre los puntos 25, 26 y 27 con terrenos de María Vargas de Costa y entre los puntos 28 y 29 con terrenos de Antonio Borda Carrizosa".

En los hechos de la demanda se afirma lo siguiente:

a) Que en los meses de abril y mayo de 1951, y con motivo de los trabajos de ampliación de la carretera que de Bogotá conduce a Fontibón, la Nación, tomó "directamente o por medio de sus dependientes o delegados", una zona de 3.056 varas cuadradas aproximadamente; b) que "el terreno tomado así se destinó para una zona verde"; c) que esta zona le quitó a la propiedad de que formaba parte todo el frente que tenía sobre la carretera de Occidente, dejando sólo un pequeño acceso o camino de entrada; d) que la finca primitiva tenía un frente de 93 metros; que en virtud del establecimiento de la zona verde colocada en su frente y sembrada de árboles, se le ha quitado visibilidad; y que ha perdido mucho de su valor comercial pues toda posibilidad de dedicar esos lotes a establecimientos comerciales ha quedado perdida; d) que la Nación no ha pagado el valor de la zona ni indemnizado los perjuicios ocasionados.

En derecho fundó su demanda en el artículo 30 de la Constitución Nacional, en el capítulo XXII, título 4 del C. C. A. y en los artículos 1613, 1614, 2341 y ss. del C. C.

Con el cumplimiento de las formalidades legales, el juicio se adelantó ante el H. Consejo de Estado hasta la citación para sentencia. Mas declarada por la Corte Suprema de Justicia la inexequibilidad de las disposiciones de la ley 167 de 1941 que atribuían a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los negocios de este género, y expedido el Decreto número 0293 de 16 de febrero de 1956, el negocio ha venido a esta Sala, en donde para resolver se considera:

Competencia

La cita de las disposiciones legales que la demandante invoca para fundamentar su acción dejan ver claramente que se ha ejercitado la acción consagrada en el Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 sobre indemnización por trabajos públicos, concedida a todas aquellas personas cuya propiedad se ocupe o daña por razón de tales trabajos.

De conformidad con la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte el 20 de junio de 1955, la inexequibilidad allí declarada de las disposiciones de la ley 167 de 1941 relativas a estos juicios, lo es tan sólo en cuanto tales normas implican una ocupación permanente por parte del Estado y un traspaso a éste del derecho de dominio particular. De suerte que las reclamaciones que se hagan por concepto de ocupaciones que no tengan este carácter, o por otro género de daños, continúan siendo de competencia privativa de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de autos no se afirma por la demandante que el Estado haya ocupado permanentemente la zona de terreno objeto de la demanda: mas como sí se dice que lo fue "quitada" con destino a la ampliación de la carretera de Occidente, y esta destinación hace surgir la idea de permanencia, la Sala considera que tiene la competencia suficiente para decidir de la acción propuesta.

La acción

Dice el artículo 264 de la ley 167 citada, refiriéndose a las demandas de esta clase:

"En la demanda se deberá expresar: el carácter o título con que la indemnización se reclama; el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, y el monto de la indemnización que se reclama".

Basada en esta norma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado tiene de antiguo establecidas las condiciones axiológicas de la acción indemnizatoria por trabajos públicos, y ha dicho que ella no puede interpretarse en el sentido elemental de que consagra simplemente los elementos externos o de forma que debe satisfacer toda demanda, sino que por medio de la disposición transcrita se da a los requisitos en ella enumerados la calidad de presupuestos procesales que deben probarse en forma plena y completa, de suerte que si falta cualquiera de ellos no puede prosperar la acción intentada.

Tales requisitos son los siguientes:

1º—Expresión y comprobación del carácter o título con que la indemnización se reclama, pues es elemental que no podría decretarse indemnización a favor de quien no acredita su calidad de

titular del perjuicio; 2º expresión y comprobación del hecho que la causa, es decir, del carácter público del trabajo que da lugar a la ocupación y ocasiona el daño cuya reparación se solicita. Es indispensable la comprobación de este presupuesto dada la naturaleza especial de esta acción consagrada exclusivamente para reclamar del Estado por los daños que éste pueda causar con sus trabajos, que son de carácter público, y distinta de la consagrada entre particulares para reclamar por los daños que puedan producirse entre sí y para la cual se consagran las vías ordinarias; 3º determinación del funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, con la prueba de su carácter oficial. La necesidad de esta prueba se explica como complemento indispensable de la obligación anterior de acreditar que el trabajo que ha causado el daño tiene carácter oficial o público; se encamina igualmente a localizar la responsabilidad del Agente y a determinar si en realidad se ha actuado o no en nombre del Estado; y 4º señalamiento de la indemnización que se pretende con la prueba de que los perjuicios cuya reparación se pide se han causado realmente en determinada cuantía. Se basa este presupuesto en el principio general de que quien reclama la indemnización de un perjuicio debe ante todo acreditar la existencia misma de ese perjuicio y la cuantía en que le ha sido causado para evitar un enriquecimiento sin causa.

Afirmados los anteriores principios, cabe examinar si en el caso sub-judice se han cumplido o no los presupuestos enumerados.

Las pruebas

Con oportunidad legal se produjeron las siguientes:

1.—Con la demanda: a) copia de la escritura 2004 de fecha 9 de junio de 1949, Notaría 4ª de Bogotá, que contiene el poder general que la demandante tiene conferido a su esposo don Fernando Quintana; b) el poder de éste al doctor Jorge Holguín Pombo; c) copia de la escritura 429 de 13 de febrero de 1940, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, que contiene la protocolización del juicio divisorio seguido ante el Juez 2º Civil del Circuito de esta ciudad por Rafael Antonio Calderón contra José Gabriel Calderón y otros, y la sentencia aprobatoria de la partición hecha en él, escritura en la cual consta que se adjudicó a la demandante el lote denominado La Trinidad; d) otra copia de la misma escritura 429 que contiene, tomándola del expresado juicio divisorio, copia de la escritura 133 de 1924, otorgada ante el Notario de Zipaquirá, registrada en esta capital, y por la cual la demandante, en asocio de Rafael Antonio Calderón, José Gabriel Calderón y Luis Miguel Calderón adquirieron la propiedad total de la finca de que formaba parte el lote denominado La Trinidad, a que antes se hizo mención, e) certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá con fecha 13 de marzo de 1953 en donde consta que, con excepción de los diversos lotes vendidos por la demandante por los instrumentos que allí se relacionan, no aparecen más enajenaciones de la finca en referencia, ni tampoco pesan sobre ella hipotecas, embargos ni demandas. El anterior certificado relaciona igualmente los títulos anteriores hasta el año de 1874; y f) copia del plano protocolizado por la escritura 429 de 1940, de que se habló anteriormente.

2.—Durante el término probatorio se presentaron:

a) Las escrituras públicas números 74 de 5 de febrero de 1884, Notaría Primera de Bogotá; 683 de 21 de agosto de 1918, Notaría Cuarta de Bogotá; 1237 de 9 de noviembre de 1918, Notaría Cuarta de Bogotá; 1266 de 20 de noviembre de 1918, Notaría Cuarta de Bogotá; 510 de 1º de marzo de 1924, Notaría Primera de Bogotá.

Todos estos instrumentos tratan sobre la tradición del fundo de la demandante, y son los mismos a que se refiere el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados presentados junto con la demanda.

b) Un plano firmado por el doctor Carlos Augusto Ramírez sobre "ampliación de la vía Bogotá-Fontibón" que se dice levantado por él, cuyo reconocimiento se pidió en el memorial de pruebas, diligencia que no aparece haberse llevado a cabo.

c) Declaración del doctor Gonzalo Arboleda quien afirma que el plano que obra al folio 15 y que contiene la partición que se hizo en el juicio divisorio en el cual se adjudicó a la demandante el lote **La Trinidad**, es una copia heliográfica del levantado por él y a que se refiere la escritura 429 de 1940; que el área de la porción L del lote número 4 es exacta y que según dicha copia la distancia entre los puntos 28 y 29 de dicho plano es aproximadamente de seiscientos treinta y nueve metros (639 mts.) (f. 49).

d) Testimonios de **Susana Bermúdez** y **Miguel Antonio Bermúdez** Vera (fs. 51 y 52) quienes declaran que por ser arrendatarios de la deman-

dante para la época, les consta que la finca de dicha señora estaba separada de la carretera por una cerca; que en mayo de 1951 los obreros del Ministerio de Obras Públicas tumbaron dicha cerca y la casa que ellos habitaban; que luego procedieron a ampliar la carretera, a plantar una zona verde con árboles y a cercarla y que saben que eran de las obras públicas porque la carretera donde trabajaban es nacional. Agregan que a ellos les dio el Ministerio de Obras Públicas trescientos pesos ($ 300.00) como indemnización por dejar la casa que habitaban.

e) Copia de la diligencia de entrega que hizo el señor Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá al señor Personero de la ciudad, de unos terrenos que formaban parte de La Trinidad, cuya expropiación se decretó por el mismo Juzgado. Esta diligencia lleva fecha 13 de septiembre de 1940 (f. 54).

f) El número 2045 de los Anales del Concejo de Bogotá que contiene el Decreto 480 de 1951, expedido por el Alcalde de la capital que determina las características de la red vial de la ciudad.

g) Copia de las tres cartas que con fecha 17 de mayo, 31 de mayo y 11 de junio de 1951 se cruzaron entre algunos propietarios entre los cuales figura Fernando Quintana, apoderado general de la demandante, y el Ministerio de Obras Públicas y que contienen propuestas y contrapropuestas sobre el precio comercial de unas zonas de terreno situadas en la calle 13. Estas no determinan la ubicación exacta de los lotes a que ellas se refieren (fs. 73, 74 y 75).

h) Dos planos que llevan el sello del Departamento de Valorización del Municipio de Bogotá que muestran la llamada carretera de Occidente, frente a la finca de la demandante, la Avenida del Centenario entre Puente Aranda y la entrada al aeropuerto de Techo; y un cuadro con el mismo sello, fechado en noviembre de 1942 que contiene una lista de propietarios y señala las áreas por ceder para la apertura de la Avenida nombrada (fs. 76, 77 y 78).

i) Copias expedidas por el Departamento de Valorización del Municipio de Bogotá que contiene, junto con unos recibos de pago de dicho impuesto, el acta de una reunión celebrada el 10 de noviembre de 1939, a la cual concurrieron algunos propietarios de la finca La Trinidad y el perito designado por la Personería, reunión que tenía por objeto determinar el valor comercial de las zonas necesarias para la ampliación de la Avenida del Centenario. Allí consta que los terrenos situados frente a la carretera fueron avaluados a razón de $ 0.50 la vara cuadrada y los situados al fondo, sin frente a la carretera, a razón de $ 0.10 la vara cuadrada: que calculado el impuesto de valorización y el valor de las zonas cedidas, los propietarios quedaban debiendo al Municipio algunas sumas (fs. 80 y 81).

j) El memorandum número 01271 del Director del Plan Regulador de Bogotá en donde consta que el plano IV—II—22 no figura en los archivos de la oficina, y que como información se envía el plano IV—H—24.

k) Un certificado expedido por el Director del Plan Regulador de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá en que consta que el inmueble La Trinidad está situado fuera del perímetro urbanizable vigente. Este certificado tiene fecha 29 de agosto de 1953.

l) Nota número 471, fechada el 5 de septiembre de 1953, del Sub-Secretario del Ministerio de Obras Públicas al Consejo de Estado informando que el Ingeniero Carlos Augusto Ramírez no ha ejercido funciones oficiales en virtud de nombramiento hecho por el referido Ministerio (f. 88).

ll) Se practicó igualmente una inspección ocular con ayuda de peritos, diligencia llevada a efecto por el H. Consejero de Estado que conocía del negocio, en la cual después de identificarse el predio objeto de la litis se dijo lo siguiente: "Se constató por el personal de la diligencia que en el costado norte de la finca que se ha dejado descrita existe una zona verde sembrada de árboles, cercada por sus cuatro costados, a través de la cual se encuentra la única entrada que actualmente da acceso a la finca desde la calle 13 o Carretera de Occidente". Consta que el personal de la diligencia se trasladó luego a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá con el fin de verificar si el predio se encuentra o no ubicado dentro del perímetro urbano, pero una vez allí se decidió dejar el punto al dictamen de los peritos.

Consta igualmente que trasladado el personal a la Notaría 7ª de Bogotá, se decidió también dejar al dictamen de los expertos el punto relativo a saber si los lotes vendidos por la demandante y de que da cuenta el certificado del Registrador forman o no parte de los terrenos que dan frente a la carretera.

Por último consta también que trasladado el personal de la diligencia a la sección jurídica del Ministerio de Obras Públicas, el Jefe de la Sección Jurídica manifestó: "...en relación con los datos y documentos que reposan en la sección jurídica de este Ministerio y en lo que a mí me

consta informo lo siguiente: Cuando el Ministerio tendió la cerca interior del parquecito existente actualmente en el costado sur de la carretera de occidente entre Puente Aranda y el camino de San Isidro, se presentaron a este Ministerio algunos colindantes con la citada carretera de occidente y manifestaron que con la obra del parquecito se les había invadido propiedades particulares. En este Ministerio se les contestó que no había ocupación de propiedades particulares porque dicha obra se había efectuado en terrenos que pertenecen y han pertenecido a la zona del antiguo camino de occidente, hoy carretera. Como se presentara una discusión entre los colindantes y el Ministerio, se convino en vía de transacción que las áreas reclamadas como de propiedad particular por los colindantes, se dividirían en dos, pagando el Ministerio el valor de una de las partes y prescindiendo los reclamantes de sus pretensiones sobre la otra parte. A efecto de desarrollar este proyecto de transacción se me entregó un plano levantado por el doctor Carlos Augusto Ramírez, en ese entonces ingeniero al servicio del Ministerio, en que figuran las áreas discutidas y una línea roja que divide estas áreas en dos, como se había convenido para la transacción...". Más adelante agregó el Abogado Jefe: "Entonces los reclamantes pasaron al Ministerio la carta de fecha mayo 17 de 1951 en que estipulaban los precios en que estiman el valor de los terrenos. Esta carta fue contestada por mí con el oficio número 10 de mayo 31 de 1951 en que pongo en conocimiento de los interesados los precios señalados por el señor Ministro para una posible negociación. Aclaro que los precios a que se refiere el oficio número 10 de mayo 31 de 1951, no son para la totalidad del área que cada uno de los reclamantes demandaba sino únicamente para una parte de esta área, de acuerdo con el proyecto de transacción que se venía adelantando, parte que está señalada por una línea roja en el plano del doctor Carlos Augusto Ramírez que he presentado". Y más adelante expresó el mismo funcionario: "...Debo agregar que la proyectada transacción no se realizó por las diferencias en los precios".

Debe ahora examinarse si con las anteriores pruebas se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos esenciales de la acción propuesta.

Calidad de propietario

Sin lugar a duda, existe en el expediente la certeza legal de que la demandante es propietaria de los terrenos de los que, según ella, fue segregada la zona objeto de la litis.

Así lo acreditan la escritura número 429 de 19 de febrero de 1940 que, debidamente registrada, obra en el expediente y en la cual consta que en el juicio divisorio que ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá promovió Rafael Antonio Calderón contra la demandante entre otros, se adjudicó a ésta el lote de terreno número 4, denominado La Trinidad, compuesto de las porciones L, M y N, comprendido dentro del perímetro 24, 23, 22, 21, 20, 19, 25, 26, 27, 29 y 24, con una área total de 44 fanegadas, puntos éstos que se señalan en el mapa protocolizado con la escritura mencionada (f. 4).

Al tenor de lo dicho por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en el certificado de fecha 13 de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) (f. 10), el título anterior, exceptuando las enajenaciones parciales de que da cuenta el mismo certificado, está vigente y libre de todo gravamen.

Se han presentado también los títulos de los antecesores de la demandante en el derecho de dominio sobre el mismo lote de terreno hasta el año de 1874, títulos que también relaciona el certificado dicho, con lo cual se significa que la demandante ha tenido la posesión legal de tales terrenos por un término superior al requerido para la prescripción extraordinaria.

Del mismo certificado aparece que con anterioridad a la realización de la obra pública la demandante hizo numerosas ventas de lotes que formaban parte de la misma finca a diversas personas, pero en la inspección ocular practicada en la Notaría 7ª de esta ciudad, el H. Consejero sustanciador dejó constancia de que fueron examinados los protocolos de 1951 y 1952, en donde están protocolizados los planos de loteo de la finca La Trinidad y que de acuerdo con ellos, ninguno de los lotes a que se refieren dichos planos tienen frente a la calle 13.

También los expertos dictaminaron sobre este aspecto tan fundamental y sobre el particular dijeron:

"Después de haber examinado las escrituras de venta existentes en las Notarías 7ª y 4ª de Bogotá, encontramos que algunas de ellas se refieren a lotes situados en las porciones M y N de la propiedad de la demandante, y que las que se refieren a los lotes situados en la porción L corresponden a lotes situados al Sur de la Avenida de las Américas, no encontrándose por consiguiente ningún lote vendido dentro de la zona

motivo de la demanda". (Subrayas de la Sala) (fs. 94 y 94 v.).

Debe, pues, tenerse como suficientemente acreditado el carácter de propietario que asiste a la demandante en este juicio.

Carácter público del trabajo que dio lugar a la ocupación y determinación del funcionario que lo ordenó.

Tanto el señor Fiscal del H. Consejo de Estado como el apoderado de la demandante sostienen que este presupuesto de la acción se halla debidamente acreditado. El primero se limita a hacer la afirmación sin expresar los fundamentos en que la basa; el segundo afirma que ha sido demostrado con los testimonios de Miguel Antonio y Susana Bermúdez; con el dictamen de los peritos; con lo verificado en las inspecciones oculares sobre los planos del Ministerio de Obras Públicas; con las cartas cruzadas entre este Ministerio y los diversos propietarios de las zonas ocupadas, y en fin, con la declaración del abogado del Ministerio quien afirma que éste "tendió la cerca interior del parquecito existente actualmente en el costado Sur de la carretera de occidente". (F. 59).

En realidad no son estos los medios más adecuados para la comprobación del carácter público del trabajo que causó la ocupación. En casos semejantes la Administración produce siempre un acto administrativo reglamentario de la obra; generalmente se suscribe un contrato para la realización de ésta, contrato que se publica en el Diario Oficial, o se designa a un ingeniero de la correspondiente dependencia oficial para adelantarla cuando se hace por administración directa. De suerte que la comprobación del carácter público del trabajo se hace fácil mediante la presentación al juicio de los documentos en que consten tales hechos, o en virtud de los testimonios de los propios funcionarios o agentes de la Administración.

Ninguna de las pruebas traídas al proceso tiene por sí sola valor suficiente para acreditar el carácter público de los trabajos de que trata el presente juicio. Ni los testigos ni los peritos dan la razón de su dicho; ni la existencia de los planos por sí sola sirve para acreditarlo; ni del testimonio del abogado puede decirse que lo afirme. Sin embargo, la Sala estima que del conjunto de dichas pruebas sí puede tenerse por comprobado el carácter oficial de la obra, fundada especialmente en la existencia anteladas de las cartas cruzadas entre el Ministerio de Obras Públicas y los propietarios de las zonas que se pensaban ocupar; en el testimonio del abogado del Ministerio quien confesó que éste había ordenado cercar la zona verde existente hoy frente a las propiedades de la demandante y en la exhibición que se hizo en la inspección ocular en las oficinas del Ministerio del plano levantado por el doctor Carlos Augusto Ramírez.

La existencia de las cartas citadas demuestra que el Ministerio de Obras Públicas para la fecha en que se suscribieron ya proyectaba la obra pues de otra manera no hubiera hecho propuesta para el pago de las zonas. Esta afirmación se confirma con la existencia de los planos levantados por un ingeniero de quien el mismo abogado del Ministerio afirma que en ese entonces estaba al servicio oficial (f. 69), planos que según consta en la diligencia de inspección ocular señalan la necesidad de ocupar una zona de propiedad de la demandante.

Los anteriores documentos, unidos a los testimonios de los arrendatarios y del abogado del Ministerio, a los demás planos de origen oficial traídos al proceso y a la observación que de la obra ya terminada hizo el propio Consejero sustanciador del negocio, dan fundamento a la afirmación categórica de los expertos conforme a la cual el Ministerio de Obras Públicas ocupó una zona de la demandante, es decir, que se trata de trabajos públicos.

Estas mismas anteriores pruebas y razonamientos sirven para determinar la dependencia administrativa de cuyas acciones debe responder la Nación, o lo que es igual, para localizar la responsabilidad del Agente Público que ordenó los trabajos y que en el presente caso lo es el señor Ministro de Obras Públicas por ser éste el Jefe natural del Ministerio del mismo nombre.

Demostrado que fue el Ministerio de Obras Públicas quien ordenó y realizó los trabajos de que se querella la demandante, cabe estudiar si en realidad se ocuparon las zonas que ésta señala en su demanda y, en caso afirmativo, deducir la obligación que pesa sobre el Estado de indemnizar a quien ha sufrido el daño consecuencial de dicha ocupación y la cuantía de los perjuicios en que aquélla se traduce.

Zona ocupada y cuantía de la indemnización

a) Para determinar la zona de propiedad particular de la demandante, ocupada con motivo de los trabajos públicos de ampliación de la calle

13, los expertos recuerdan la existencia de un juicio de expropiación adelantado en 1939 por el Municipio de Bogotá contra la demandante y sus hermanos quienes por entonces poseían en comunidad los terrenos de que dicha zona formaba parte. En este juicio se levantó el plano correspondiente a la zona expropiada y se determinó el paramento de la calle. Así les fue fácil, tomando este paramento y documentos oficiales como base, y confrontándolos con el plano exhibido por el Ministerio y levantado por el ingeniero Carlos Augusto Ramírez, comprobar que en 1940 el paramento de la calle lo constituía la línea BA del plano presentado por ellos que obra al folio 95 y que el paramento actual fue corrido hacia el sur, dentro de las propiedades de la demandante, en las áreas que adelante se expresan. Dicen así los expertos:

"En el mes de mayo de 1951, la cerca establecida desde 1940 fue corrida hacia el Sur por el Ministerio de Obras Públicas, a una distancia de diez y nueve metros con sesenta centímetros (19,60) en el Este y veintidós metros con cuarenta centímetros (22,40) en el Oeste a partir de su antigua localización". (Fs. 91 v. y 92).

Y para determinar el área de esta zona los expertos después de explicar que se había construído "un parque ornamental en las obras de embellecimiento de la carretera" (conclusión 4ª) y una vía de acceso a la finca (conclusión 5ª), explican que la zona del parque ornamental **"está constituída en parte por terrenos ocupados y en parte por terrenos que ya pertenecían a la Nación, localizados éstos en la proximidad de la calzada de la carretera"** (conclusión 6ª). Explican igualmente que la longitud de la zona ocupada es de noventa y dos metros con cincuenta centímetros (92,50). Con los anteriores datos obtienen el área de la zona ocupada por la Nación en terrenos de la demandante para señalarle un total de mil novecientos cincuenta y seis metros cuadrados con veintidós centímetros (1.956,22) equivalentes a 3.056,59 varas cuadradas, si en este cálculo se computa la zona de acceso especial a la finca, y en 1.794 metros con diez y seis centímetros (10); equivalentes a 2.803,38 varas cuadradas si no se computa dicha zona de acceso.

El anterior dictamen, rendido por unanimidad por los tres expertos designados en forma legal y que tampoco fue objetado, constituye plena prueba ál tenor del artículo 721 del C. J. por estar, en esta parte especialísima, debidamente fundamentado y explicado.

b) Antes de estudiar el avalúo de la zona ocupada conviene advertir que en la inspección ocular practicada por el H. Consejero sustanciador se verificó la existencia, dentro de la llamada zona verde o parquecito, de una zona destinada a vía de acceso para las propiedades de la demandante, zona que los expertos midieron y asignan un área de 102,06 metros cuadrados o sea 253,21 varas cuadradas.

En la mencionada diligencia de inspección el señor Fiscal del H. Consejo de Estado pidió que se prescindiera de avaluar la zona referida por "estar destinada tal zona al exclusivo beneficio del inmueble de que se trata".

Como este hecho fue comprobado en la diligencia de inspección, lo verificaron también los expertos y lo acepta implícitamente la parte demandante a lo largo del juicio, la Sala considera que de esta vía de acceso no puede afirmarse que haya sido ocupada por la Nación y, por lo mismo, que no puede quedar comprendida dentro de las indemnizaciones que aquélla deberá pagar.

c) Para determinar la cuantía de la indemnización los expertos afirman (f. 93): "Para hacer el avalúo comercial de la zona ocupada hemos tenido en cuenta diversos factores, a saber: a) localización del lote; b) valor de los predios vecinos vendidos en la época de la ocupación por el Ministerio; c) avalúos parciales hechos en zonas verdes con motivo de litigios similares al que nos ocupa; y d) la consideración de que aunque el terreno está actualmente destinado a actividades agrícolas y a la producción de pastos, es en su totalidad urbanizable como lo demuestran las urbanizaciones que actualmente se están haciendo en terrenos vecinos y a que frente al lote ya se encuentra urbanizado. En consecuencia hemos decidido adoptar un precio por vara cuadrada de diecisiete pesos ($ 17.00), lo que da para el área ocupada un total de cuarenta y siete mil seiscientos cincuenta y siete pesos con cuarenta y seis centavos ($ 47.857.46)".

A este avalúo con el cual también concuerda el señor Fiscal por la consideración de que se aproxima al precio dado por los propietarios antes de iniciarse el juicio, de acuerdo con las cartas cruzadas con el Ministerio, deberá dársele igualmente valor de plena prueba conforme al artículo 721 citado. El representa el daño emergente.

d) Por concepto de lucro cesante los expertos señalan un 6 % anual del valor de la zona ocupada.

La indemnización de perjuicios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1613 del C. C., se confor-

ma con los factores conocidos de daño emergente y lucro cesante.

En los juicios por ocupación so pretexto de trabajos públicos se ha considerado siempre que el daño emergente lo representa el valor del inmueble, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deje de reportarse a consecuencia de la ocupación. Pero como en toda indemnización por perjuicios constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por demostrar la existencia de esos perjuicios, el hecho de haberlos sufrido y que se deben a consecuencia de la ocupación. El solo hecho de la ocurrencia de ésta, si bien implica que se ha privado al propietario de un bien cuyo valor debe serle indemnizado, no implica necesariamente la existencia de perjuicios de otro orden, que haya dejado de reportarse una ganancia o provecho derivados de ese bien que es lo que constituye el lucro cesante. Puede ocurrir que se trate de bienes improductivos. Por eso para condenar por concepto de lucro cesante debe acreditarse también la cesación de lucro, de suerte que si falta esta prueba, la condena no podrá producirse.

En el presente caso no existe ninguna prueba de que se hayan causado perjuicios por ese concepto, ni la parte actora se refiere a ellos en su demanda. Los expertos se limitan a estimarlo en un 6% anual del valor asignado al terreno pero no dan razón alguna para fundamentar su existencia, razón por la cual habrá de desecharse el dictamen en este punto. Verdad que la Corte ha estimado que ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, pero esta jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos.

Desvalorización producida a causa del trabajo público

En su dictamen los expertos deducen una desvalorización de los terrenos restantes de la finca afectada por el trabajo público y fijan esta desvalorización en un 12% del valor de una zona de cien metros medidos hacia el sur, a partir del nuevo paramento.

Para aceptar que hubo desvalorización se fundan en el hecho de haberse plantado y cercado una zona verde que —se dice— privó a la propiedad de frente hacia la carretera; en cambio para la fijación del 12% como equivalente de dicha desvalorización, no dan razón alguna.

Tampoco comparte la Sala este concepto: a) porque anteriormente se vio que los terrenos ocupados por la zona verde que allí existe hoy, pertenecían en parte a la Nación, que los poseía contiguos a la carretera, lo cual está indicando que para la época de la ocupación el lindero norte de la propiedad de la demandante no lo formaba la carretera propiamente dicha sino otra faja de terreno que luego fue utilizada, junto con la de la demandante, para zona verde: es decir, que bien ha podido la Nación plantar dicha zona limitándola a los terrenos que ya eran de su propiedad sin que por ello se pudiera afirmar que la situación de la finca de la demandante se estuviera afectando; conclusión ésta que se reafirma al considerar que de autos se encuentra acreditado que para entonces la finca se hallaba también debidamente cercada y delimitada de la zona del Gobierno; b) porque para darle frente a la carretera antes de la ampliación de la zona la demandante hubiera tenido que construir, dentro de sus terrenos, una calle o carretera especial, de la misma manera que también hoy, si la demandante quiere hacer urbanizables dichos terrenos puede abrir, dentro de los suyos, la calle o carretera que los comunique con la de propiedad nacional, y c) porque la construcción de un parque ornamental que antes no existía, y la construcción de una vía de especificaciones muy superiores a la anterior no pueden considerarse como factores de desvalorización y, antes bien, deben ser tomados como determinantes de un mayor valor.

Se desecha, pues, esta parte del dictamen.

Valor de las cercas

Los peritos prescindieron en su dictamen de hacer el avalúo que se les solicitó por la demandante de las cercas que circundaban la zona ocupada, diciendo: "Hemos prescindido de avaluar las cercas que cercaban la propiedad en mayo de 1951 porque ellas fueron reemplazadas por las que actualmente encierran la zona verde que separa el predio de la carretera de occidente".

Ninguna objeción hace la Sala en este punto.

Sintetizando se tiene que habrá de condenarse a la Nación Colombiana a pagar a la demandante la suma de $ 47.657.46 menos el 20% de que trata el artículo 368 del C. C. A.

DECISION:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

1º—Declárase que con los trabajos públicos de ampliación de la carretera de Occidente o calle 13, entre Bogotá y Fontibón, la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— ocupó materialmente la zona de terreno de que trata la demanda con que se inició este juicio, con el área, ubicación y alinderamiento que en éste se relacionan, de propiedad de la señora Stella Calderón de Quintana.

2º — En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar a la demandante Stella Calderón de Quintana el valor de los perjuicios que se le ocasionaron con esta ocupación, o sea la cantidad de treinta y ocho mil ciento veinticinco pesos con noventa y siete centavos ($ 38.125.97), suma ésta que resulta de restar del avalúo pericial dado a la zona el 20 % de que trata el artículo 266 del C. C. A.

Parágrafo.—Dentro del término de treinta —30— días, contados desde la ejecutoria de este fallo, el Ministerio de Obras Públicas dictará la Resolución competente en la cual se adopten las medidas necesarias para el pago de la suma de dinero de que trata el numeral precedente (artículo 121 del C. C. A.).

3º—Simultáneamente con el pago ordenado en el punto anterior, la demandante señora Stella Calderón de Quintana otorgará a la Nación Colombiana escritura pública de venta de la zona de terreno de que se habla en el punto primero de la parte resolutiva de esta sentencia (artículo 269 ibidem).

4º — Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Barrahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo—Con salvamento de voto, **Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO RINCON LARA

Consideran mis distinguidos colegas de Sala que no es posible, jurídicamente, condenar al pago del lucro cesante, porque no hay prueba de él en autos, ya que el solo hecho de la ocupación "no implica necesariamente la existencia de perjuicios de otro orden, que haya dejado de reportarse una ganancia o provecho derivados de ese bien que es lo que constituye el lucro cesante". Y agregan: "Puede ocurrir que se trate de bienes improductivos. Por eso para condenar por concepto de lucro cesante debe acreditarse también la cesación del lucro, de suerte que si falta esta prueba, la condena no podrá producirse". Anotan, además, que los peritos se limitaron a estimar ese lucro cesante en el 6% anual del valor asignado al terreno, sin dar razón alguna para fundamentar su existencia, por lo cual el dictamen debe desecharse en ese punto.

Con todo respeto disiento de tan autorizado parecer ya que, en mi concepto, en el caso sub-judice debe hacerse la condena por hallarse configurado el lucro.

En efecto: se reconoce por la Sala que la entidad demandada ocupó de manera permanente la propiedad inmueble de la demandante, y por eso se le condena a pagar el daño emergente. Siendo esto así, no encuentra el suscrito aceptable la denegación que motiva este salvamento, porque desde el momento mismo en que la Nación consumó, de facto, la ocupación, quedó obligada a pagar la indemnización correspondiente que, de conformidad con el artículo 1613 del C. C., comprende el daño emergente y el lucro cesante; y porque el hecho de desestimarse el dictamen pericial en cuanto al lucro se refiere, no significa, en manera alguna, que la indemnización sólo comprenda el valor de la propiedad en la fecha de su ocupación.

Trataré, en la forma más breve que me sea posible, de fundamentar y explicar mis puntos de vista sobre este particular, a cuyo fin principiaré por reproducir los párrafos pertinentes del fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. número 1998-1999, páginas 593 a 598). Dicen así:

"El recurrente tiene, pues, razón en el cargo que se estudia, lo cual no quiere decir que deba aceptarse el avalúo pericial que fijó el lucro cesante, porque ya se vio que ese dictamen está basado sobre hipótesis, y que es al Juez a quien toca pesar los fundamentos de un experticio, para dar a éste el valor legal del caso.

"Pero el no darle valor a ese dictamen, por las razones ya expresadas, no quiere decir ni significa que pueda prescindirse del lucro cesante, porque indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo.

"En casos similares, y ante la imposibilidad de fijar las bases, como sucede en este caso, para que el monto de ese lucro se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

"No puede fijarse el interés comercial porque ya se vio que éste no procede sino de actos contractuales de comercio y aquí no se trata de eso. El artículo 219 del Código de Comercio no es extensivo a la culpa extracontractual. El tiene su aplicación y su operancia en tratándose de actos de comercio y de prestaciones y situaciones jurídicas derivadas de esos actos". (G. J. Tomo LV, página 593).

En el fallo que se transcribe tratábase de un juicio de responsabilidad civil por perjuicios con motivo de haber destruído una locomotora de propiedad de la Sociedad demandada, el camión de carga perteneciente al demandante. El fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal condenó a pagar determinada suma por daño emergente, más los intereses comerciales de dicha suma, desde la fecha en que ocurrió la destrucción del vehículo hasta el día en que se hiciere el pago. La Corte encontró jurídica la desestimación del dictamen pericial en lo referente al lucro cesante, pero halló injurídica la aplicación que se hizo del artículo 723 del C. J. para fijar, con fundamento en esa norma, el monto de la indemnización. Por eso estimó fundado el cargo hecho sobre ese punto al fallo de segundo grado y casó parcialmente la sentencia recurrida para modificar el pago de los intereses comerciales por los intereses legales.

Refiriéndose a esa sentencia dice la mayoría de la Sala en la providencia a la cual corresponde este salvamento, que aquella jurisprudencia "no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos". Es decir que para declarar que el lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma en que se aprecia el daño emergente, es indispensable también aportar elementos de juicio que fundamenten esa declaración.

No fue ese, desde luego, el criterio de la Corte al sentar la doctrina en el fallo atrás mencionado. En aquel negocio no había prueba alguna de la entidad lucro cesante, ya que el dictamen pericial, único elemento de juicio al respecto, fue desestimado tanto por el Tribunal como por la Corte; no obstante lo cual se condenó a pagar el tipo de interés legal sobre la suma en que fue avaluado el daño emergente, desde la fecha de la destrucción del vehículo (19 de marzo de 1937), y tal decisión, en mi concepto, no quebrantó ningún ordenamiento legal sino que, por el contrario, se ajustó a principios de orden jurídico teniendo en cuenta, como lo dice el propio fallo, "que indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo". Y la razón es clara, puesto que habiéndose privado al demandante del uso de su vehículo, con la destrucción del mismo, desde el momento de la destrucción, consecuencialmente se le privó de la ganancia o provecho que derivaba del mismo vehículo. Ahora bien: en el presente negocio la situación procesal es idéntica. No hay en autos ninguna prueba que sirva para establecer de manera real u objetiva el lucro, porque el dictamen de los expertos que es la única diligencia que toca esa cuestión no tiene valor legal alguno; mas, sin embargo, la condena al pago del lucro cesante es, en mi concepto, ineludible por las mismas razones, esto es, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó a la demandante del goce de su propiedad y entonces, lógicamente, se le privó también del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Tan cierto es esto, que si la expropiación se hubiera hecho legalmente, la entidad demandada habría tenido que pagar previamente la plena indemnización, y entonces la demandante hubiera podido reportar alguna ganancia de la suma recibida por valor de la propiedad. De manera que siendo esto así y ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., es aplicable la doctrina en mención declarando que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma de $ 30.125.97 valor del daño emergente según el fallo, y condenando al pago de esos intereses desde la fecha de la ocupación hasta el día en que éste se verifique.

No sería, de otra parte, inconstrastable la objeción que se hiciera a la fecha determinada como inicial para el cobro de los intereses diciendo, por ejemplo, que éstos sólo pueden exigirse desde la ejecutoria del fallo, pues nada impide que al hacerse el reconocimiento del derecho a percibirlos se fije también como fecha de la exigibilidad de ese derecho una anterior al proveído que lo declara ya que, como atrás lo dejo expuesto, la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad y se privó de su aprovechamiento al demandante. Además, contribuye a reforzar este razonamiento el principio que informa algunas reglas referentes a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, tales como las del artículo 964 del C. C., pues de conformidad con este precepto el poseedor vencido es obligado a restituir los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe; lo que induce a considerar que en casos como el que vengo analizando la entidad demandada debe pagar al demandante, desde la fecha de la ocupación del inmueble, la ganancia o provecho que aquél dejó de derivar de su propiedad con motivo de esa ocupación.

En aplicación de la doctrina precitada, así entendida, esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 22 de octubre del presente año, proferido en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, dijo:

"Tampoco puede acogerse el dictamen en lo concerniente a la fijación del 9 % como interés corriente para la estimación del lucro cesante. Son, en este punto, muy razonables las siguientes consideraciones del falladar de primera instancia:

"En cuanto a la rata que debe tenerse en cuenta para fijar los intereses por lucro cesante estima el Tribunal que ella no puede ser sino la legal, porque señalar otra cuando no existe convención al respecto o no es posible establecerla por otros medios, sería arbitrario. Las consideraciones hechas por los peritos a este respecto, si bien muy razonables y técnicas no puede acogerlas el Tri-

bunal porque no se apoyan en hechos precisos que lleven a la convicción de que es la rata del 9% anual la que debe tenerse en cuenta...

"En cambio, la ley fija un criterio cierto para dilucidar la cuestión al señalar una rata de interés legal obligatoria para todos los casos en que no media estipulación contractual al respecto, o en que sea imposible determinar el lucro cesante por los medios que la ley establece. Por eso la Corte Suprema ha dicho lo siguiente:...". (Aquí se reprodujeron los apartes del fallo de casación que atrás han quedado transcritos).

Estuvo, pues, de acuerdo esta Sala, en el dicho juicio del señor Peraza, con el fallador de primera instancia, en cuanto fijó el lucro cesante en el 6% anual sobre el valor del daño emergente, desde la fecha de la ocupación. Y confirmó, por tanto, la sentencia recurrida, en aplicación —se repite— de la doctrina, puesto que la situación en ese juicio era idéntica a la que contempló la Corte en el precitado fallo de casación.

Otras razones respaldan, a mi juicio, la doctrina en mención, tal como se ha venido aplicando:

Si se acude a la fijación del tipo de interés legal ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, es obvio que no puede ser jurídicamente exigible la comprobación de aquellas bases, porque de ser así se incurriría en ostensible contrasentido y carecería de objetivo práctico la equivalencia buscada con la fijación de ese tipo de interés. De otra parte, el porcentaje opera sobre la suma en que se ha apreciado el inmueble, tanto por los motivos de orden jurídico que se dejan expuestos como porque esa suma es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario, sobre la cual debe aquél cubrir intereses legales hasta la fecha de su cancelación. De manera que por esto pugnaría a la índole misma de ese tipo de interés la exigencia de demostrar que la suma principal puede producirlo, desde luego que esa rata se ha fijado como legal para aplicarla especialmente cuando no existe convención o estipulación sobre intereses, de conformidad con el artículo 1617 del C. C. según el cual el deudor debe, desde la mora, los intereses legales, en defecto de los convencionales y salvo aquellos casos en que especialmente establezca la ley los intereses corrientes. Luego los intereses legales no constituyen un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que los origina; ellos están instituídos en el citado artículo 1617 del C. C. y en otros concordantes en calidad de perjuicios, razón más para considerar que también tienen aplicación en eventos como el de autos, puesto que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Finalmente, es incuestionable que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de no recibir el acreedor, oportunamente, ese capital (que para el caso es el valor del inmueble ocupado), lo priva, consecuencialmente, de inversiones lucrativas.

Dejo así expuestos los motivos de mi respetuoso disentimiento con el fallo de la mayoría de la Sala, en lo relativo a la configuración jurídica del lucro cesante.

Camilo Echeverri Lara

Fecha ut supra.

LA SALA REAFIRMA SU DOCTRINA DE QUE CORRESPONDE AL DEMANTE PROBAR LA PERSONERIA SUSTANTIVA O LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LA PARTE DEMANDADA, O SEA QUE EL REO ES EL VERDADERAMENTE OBLIGADO A RESPONDER EN EL JUICIO, A FALTA DE LA CUAL SE IMPONE LA ABSOLUCION DE LAS PETICIONES DEL LIBELO POR INEXISTENCIA DE UNO DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA ACCION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Ante el H. Tribunal Superior de Medellín la sociedad American International Underwriters de Colombia Limitada, como representante de la denominada Firemen's Insurance Company of Newark, New Jersey, por intermedio de apoderado legal, demandó al Departamento de Antioquia, a fin de que se declare a éste civilmente responsable de la destrucción de quinientos cuarenta y cuatro bultos de harina de trigo que se hallaban a bordo de uno de los planchones del vapor Guadalupe, surto en Puerto Berrío, en la noche del 22 de diciembre de 1953 y, consecuencialmente, para que le declare también obligado al pago de la suma de treinta y seis mil ciento trece pesos con doce centavos ($ 36.113,12) que la Compañía demandante hubo de pagar a Rafael del Castillo & Cía, con motivo de esa destrucción, así como también los demás perjuicios sufridos por la parte actora con ocasión del incendio que ocasionó la destrucción de la harina.

Afirma la Compañía demandante:

Que habiendo empezado el vapor Guadalupe sus labores ordinarias de descargue desde las horas de la tarde del día 22 de diciembre de 1953, "sorpresivamente, a eso de las 10½ p. m. se produjo en el Bote Número 2 del mismo vapor un grave incendio que, después de muchos esfuerzos pudo ser extinguido".

Que reunidos al día siguiente el Capitán del vapor, el Inspector Fluvial y el Representante del Comité de Seguros de Transportes, verificaron que la carga que venía en la superficie del mismo bote estaba en pésimo estado y que, por lo mismo, "se extendió la diligencia de protesto relacionada con los cargamentos quemados en el siniestro, diligencias en las cuales consta que "quedaron en su totalidad o dañados en su contenido los 544 bultos de harina "Tres Castillos", embarcados por los señores Rafael del Castillo & Cía. de Cartagena, consignados a los señores Roldán & Cía. de Puerto Berrío"

Sobre las causas del incendio se manifiesta en el hecho 4º lo siguiente:

"El señor Inspector Fluvial de Puerto Berrío levantó sobre el incendio antes mencionado, y en averiguación de sus causas, el informativo correspondiente, y en tal virtud recibió bajo la gravedad del juramento sendas declaraciones Gerardo Martínez Rodríguez (sic), Luis A. Ortiz, Luis Alfonso Quiñones Tascón, Juan Escobar y otros, unos de ellos empleados del Ferrocarril de Antioquia y los otros empleados de la Esso Colombiana en el tantas veces mencionado puerto fluvial. De tales declaraciones se concluye (sic) que el incendio que afectó el cargamento del vapor Guadalupe fue ocasionado por el derrame de gasolina de carros-tanques de los que se emplean para su transporte por Ferrocarril, carros que estaban siendo llenados, y que se rodaron, rompiéndose el llenadero, todo por negligencia o imprevisión de los "swicheros" del Ferrocarril de Antioquia a quienes corresponde controlar la manera como quedan estacionados, cuadrados y frenados los referidos carros tanques. Esa gasolina cubrió la superficie del río, y posiblemente al contacto de alguna chispa, llama, o algo semejante, produjo el incendio, cuyas llamas bajaban por el río, desde frente al cuartel del Ejército, según refieren los expresados deponentes".

Agrega la Compañía demandante que de conformidad con la póliza de seguros Nº 1385, a la cual corresponde el certificado Nº 583-23379, Rafael del Castillo & Cía. reclamó de la Compañía aseguradora, y ésta pagó, la cantidad de treinta y seis mil ciento trece pesos con doce centavos ($. 36.113,12), habiéndole aquella firma cedido a ésta "todos sus derechos y acciones legales con-

tra terceros responsables de la pérdida indemnizada con dicho pago".

En derecho se apoyó la parte actora en el Libro 4º Título 34 del C. C.

El 18 de agosto de 1955 el Tribunal falló el negocio en el sentido de absolver al Departamento de Antioquia de los cargos formulados en la demanda. La Compañía demandante apeló de esta providencia sobre la cual resuelve hoy la Sala, después de haberle dado al negocio las ritualidades que son de rigor, y por no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

LAS PRUEBAS

Con la demanda la parte actora presentó las pruebas acostumbradas para acreditar su personería, así como además los recibos del pago que la sociedad Firemen's Insurance Company hizo a los damnificados.

También presentó en esa oportunidad: a) en papel simple, copia del acta de protesto que se dice levantada por el Capitán del vapor Guadalupe y otros funcionarios, copia que aparece suscrita por J. M. Santoyo, Cont. y por el representante del Comité de Seguros señor Francisco Sosa; b) también en papel simple y sin autenticación de ninguna naturaleza, en siete folios, una copia titulada "Informativo relacionado con el incendio de mercancías a bordo del vapor Guadalupe el 22 de diciembre de 1953".

Con relación a las causas del incendio se dice en el acta de protesto que "se llegó a la conclusión de que el incendio fue producido por algún gas inflamable o líquido de esta misma naturaleza, proveniente de la parte de arriba del muelle, donde tiene la Esso Colombiana S. A. instalada una Estación de productos derivados del petróleo para depósito y despacho de ellos, por lo cual se propagó a todo lo largo del muelle, poniendo también en peligro a todas las embarcaciones y demás unidades atracadas en éste".

El informativo relacionado con el incendio contiene los testimonios de Gerardo Martínez y Juan Escobar, empleados del Ferrocarril de Antioquia, y de Luis A. Ortiz Delgado, Alfonso Quiñones Tascón y Luis Guillermo Puerta, empleados de la Esso Colombiana S. A.

Pero ni al acta de protesto ni a los testimonios que acaban de mencionarse puede otorgárseles valor probatorio de ninguna clase por cuanto además de venir en papel simple, carecen de toda autenticación; no fueron ratificados dentro del juicio ni aparecen tampoco rendidos bajo la gravedad del juramento, como lo afirma la parte demandante, pues el Inspector Fluvial ante quien depusieron los testigos nombrados se limitó a interrogarlos sin exigirles esta formalidad.

De esta suerte, y como pruebas presentadas por la parte actora, restan solamente los testimonios que ésta hizo practicar dentro del término legal, a saber: TEOFILO OSORIO, capitán del vapor incendiado, quien dice:

"Es verdad, sé y me consta directa y personalmente por haberlo constatado en el lugar del siniestro, que la causa del incendio obedeció a una abundante filtración de combustible inflamable que se regó por toda la orilla del río Magdalena, lo que observé personalmente en asocio de Don Francisco Sosa R. Es posible que tal incendio pudo producirse por el lanzamiento de una cerilla, pero nada me consta directa y personalmente. Tampoco puedo asegurar, por las mismas razones que los empleados del Ferrocarril de Antioquia, por descuido, hubieran dejado mal ajustada una manguera de uno de los carros de combustible. Sí es verdad que por causa del incendio cuestionado, como lo dije anteriormente, se produjo la pérdida de quinientos cuarenta y cuatro (544) bultos de harina que venían a bordo del remolque que traía el Vapor "Guadalupe" a mi mando en la fecha indicada". (F. 6. C. Nº 2)

FRANCISCO SOSA R. quien afirma que en asocio del Inspector Fluvial Mayor Flavio Vargas "pudo constatar que la causa del incendio obedeció a una abundante filtración de combustible inflamable que se regó por toda la orilla del río Magdalena y todo parecía indicar que el incendio se produjo por el lanzamiento de una cerilla, posiblemente. Nada me consta directa y personalmente sobre los responsables del descuido que pudo ocasionar el incendio". Y el Mayor FLAVIO VARGAS quien dijo: "Como me parece quedó constancia en las diligencias de protesta (sic) levantadas por el Capitán del Vapor Guadalupe así como por las declaraciones rendidas de testigos el incendio se produjo evidentemente por una capa de combustible que bajaba por la margen izquierda del río Magdalena, en Puerto Berrío, combustible que se escapó de uno de los carros-tanques que estaban estacionados cerca a la bomba que suministra el combustible. Por cuanto hace al incendio mismo del combustible no se pudo constatar exactamente la causa, pero, se debió posiblemente a una cerilla, colilla etc. que alguna persona desprevenidamente tiró al agua, sin darse cuenta que sobre el río flotaba una ca-

pa combustible. Aclaro que al referirme a la bomba que suministra combustible, no quiero indicar la instalación de la Esso Colombiana que le proporciona a los Barros, sino a una bomba o instalación con la cual se llenan los carros-tanques que transportan el combustible de Puerto Berrío a Medellín". (Folios 7 y 18, respectivamente, C. Nº 2).

A su turno la entidad demandada hizo practicar las pruebas que la sentencia apelada relaciona así:

"Un contrato recogido en el documento original de fs. 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas del Departamento. Allí aparece que entre el Ferrocarril de Antioquia y la Esso Colombiana S. A., constituída por escritura pública Nº 7368 de 13 de diciembre de 1949 de la Notaría 2ª de Bogotá, se declaró y se convino entre otras cosas, lo siguiente: la Esso es dueña de 14 carros-tanques que usa para el transporte de productos petrolíferos por las líneas del Ferrocarril de Antioquia. El Ferrocarril de Antioquia se obliga a transportar por sus líneas dichos carrotanques, comprometiéndose la Esso a pagar por concepto de flete las tarifas que en el contrato se especifican. Aforado un carro-tanque, dice el documento de contrato, el Ferrocarril efectuará su transporte oportunamente. La Esso tiene sus propias estaciones de almacenaje, así como apartaderos y suiches de las líneas férreas para dichas estaciones. La Esso se obliga a hacer con toda actividad los cargues y descargues de los carros-tanques. Las entregas de las respectivas unidades llenas al ferrocarril se harán con la expedición de las correspondientes guías y aforos. Aforado uno o varios carrotenques, el ferrocarril procederá a tomarlos para el transporte y conducirlos a su destino. En la cláusula 7ª se hace constar lo siguiente que tiene grande importancia en este proceso como se verá más adelante: "La Esso asumirá toda responsabilidad sobre los carros tanques cuando éstos permanezcan bajo su cuidado, y salvo el caso de imprudencias o descuidos de los maquinistas u otro personal del ferrocarril, y el ferrocarril asumirá igual responsabilidad sobre los carros-tanques desde el momento en que los declare recibidos por medio de la expedición de la guía respectiva, hasta el momento de entrega al destinatario correspondiente". Este contrato fue celebrado el 13 de noviembre de 1950.

"El señor Juan de D. Escobar López declara lo siguiente: que a él, en su carácter de suichero del ferrocarril, le tocó cuadrar en los llenaderos de la Esso Colombiana S. A., en Puerto Berrío, tres carro-tanques que iban a ser cargados de gasolina, lo que efectuó el testigo el 22 de diciembre de 1954, como a las ocho y media de la noche. Que aseguró los carros-tanques, en una línea o carrilera, frenando con freno de mano uno de ellos y asegurando muy bien cuñas de piedra en las ruedas, los otros dos, como lo hacía siempre. LUIS ALBERTO ORTIZ DELGADO afirma que en la fecha indicada (22 de diciembre de 1953), se encontraba él en los apartaderos de la Esso Colombiana, como a las nueve de la noche, desempeñando las funciones de medidor o despachador de la gasolina para los carros-tanques que iban a ser entregados luego al ferrocarril para ser llevados a distintos lugares. Que el testigo se encontraba solo en dicho lugar pues su compañero de labores se había retirado poco antes para llevar a cabo otras actividades. Que en tales condiciones al declarante le tocó recibir los carros-tanques números 45, 48 y 100 que le fueron entregados por el maquinista Gustavo Pérez y el suichero Juan de D. Escobar, quienes les aplicaron los frenos correctamente, sin que el declarante hubiera formulado reparo alguno a este respecto. El testigo asevera que es versado en el oficio pues con anterioridad había sido suichero del ferrocarril, aunque más adelante al ser preguntado dijo que no hizo reparo alguno al suichero porque cuando el declarante fue a llenar los carros, tanto el maquinista como el suichero Escobar ya se habían retirado del lugar. Continúa manifestando que como a las nueve de la noche del día indicado comenzó a llenar los carros 45, 48 y 100 y que a las nueve y media de la citada noche ya estaban colmados hasta la mitad. Que estando los carros en los apartaderos de la Esso y hallándose el deponente como a un metro de distancia del primer llenadero haciendo entrega de los carros en el reporte que suministra la Compañía vio que los tres carros empezaron a moverse despacio, pero como hay un desnivel de los apartaderos hacia la estación, por ley de gravedad los carros-tanques fueron tomando velocidad. Que tan pronto el testigo observó esto, y como con el movimiento se desprendieran las bocatomas, corrió a cerrar la válvula de salida de los llenaderos o tanques de aprovisionamiento, pero una de ellas no obedeció y pudo observar que se estaba escapando combustible que caía a los canales de desagüe que van a desembocar en el río Magdalena. Que en vista de esto fue apresuradamente a las válvulas interiores de la empresa y las cerró. Que luego fue a llamar al compañero de trabajo, que se encontraba en otra parte y con él inspeccionó

los daños en los tanques, y dio aviso al jefe de la oficina. Advierte que su compañero de trabajo era Luis Alfonso Quiñones. Agrega que tanto el Superintendente de la Esso Colombiana en Puerto Berrío, señor Manuel Sánchez, como el señor Humberto Madrigal, se dieron inmediatamente que se observó el escape de combustible, a la tarea de advertir al personal de braceros que trabajaban a esa hora, que no fueran a arrojar colillas de cigarrillo o cigarros ni cerillas encendidas por el peligro que podía ocurrir a causa de haberse vertido en el río una cantidad de gasolina proveniente de los llenaderos. LUIS ALFONSO QUIÑONES TASCON manifiesta que él era compañero de Luis Alberto Ortiz Delgado, como trabajador de la Esso, y que el encargado de recibir los carros-tanques en la noche del incendio era el citado Ortiz, pues el declarante se encontraba en otro lugar del puerto, despachando combustible al remolcador "Río-Grande". Que le consta que el Superintendente y el Jefe de Patio de la Esso advirtieron a los braceros que estaban trabajando a esa hora, del incendio que podía presentarse si arrojaban colillas de cigarros o cigarrillos y cerillas encendidas al agua, haciéndoles saber que se había escapado combustible de los tanques de aprovechamiento hacia el río. JOSE ISRAEL LUNA manifiesta que en su carácter de empleado de la Esso Colombiana estuvo trabajando el día del incendio hasta las cuatro de la tarde en que fue debelado. Que conoce a Juan de D. Escobar desde hace año y medio aproximadamente, y le consta que como suichero del Ferrocarril de Antioquia es el encargado de recibir, cuadrar y estacionar los carros-tanques en los apartaderos de la Esso, y sabe que dicho Escobar es hábil, diligente y cuidadoso en el desempeño de su cargo. GUILLERMO PUERTA GAVIRIA, asevera que trabaja como dependiente de la planta de Esso Colombiana S. A. en sus dependencias de Puerto Berrío. Que en ese carácter recibió el turno de las doce de la noche del 22 de diciembre de 1953 y le correspondió terminar de llenar los carros-tanques Nos. 45, 48 y 100, cuando nuevamente fueron colocados junto a los tanques de aprovisionamiento de la Esso, para terminar la labor de lleno de los mismos, que había sido iniciada antes de que rodaran hacia la estación, determinando el escape de gasolina en la forma que se deja anotada. Y que el turno de las cuatro de la tarde a las doce de la noche para el oficio de llenar los carros-tanques, les correspondió a Luis Alberto Ortiz y Luis A. Quiñones. El testigo considera que un sólo trabajador puede ser suficiente para el lleno de tres carros-tanques, pero siempre que no lo estén llamando para otras diligencias, porque entonces se requieren dos. MIGUEL EMILIO CASTAÑO GIRALDO atestigua que es despachador de combustible del Ferrocarril de Antioquia, y que le consta que el 22 de diciembre de 1953, cuando Luis A. Ortiz Delgado se encontraba llenando unos carros-tanques en los apartaderos de la Esso, observó que a medida que el combustible iba cayendo en el tanque, con su peso hacía ceder los resortes de la plataforma en donde va colocado dicho continente, lo que producía un movimiento rítmico que hacía rechinar el freno de mano, lo cual duró varios minutos, sin que Ortiz se hubiera dado cuenta de ello en un principio; y que cuando se percató de tal hecho, ya era tarde porque los carros empezaron a rodar, desprendiendo los brazos de los llenaderos y produciendo así el derrame de la gasolina. GERARDO MARTINEZ RODRIGUEZ expone que presenció el derrame de la gasolina en la época indicada. Que le consta que el encargado de recibir en los apartaderos de la Esso de Puerto Berrío los carros-tanques que el ferrocarril entregó para ser llenados de gasolina, fue Luis Alberto Ortiz Delgado en asocio de otros compañeros. Que el testigo es suichero de ferrocarril en la estación de Puerto Berrío, y que a Juan D. Escobar le tocó cuadrar y frenar los carros en los apartaderos de la Esso. Que el testigo vio los carros-tanques que se habían rodado y que llevaban prendidas las bocatomas. Que cuadró nuevamente esos carros en los llenaderos, y que éstos tuvieron que ser movidos por la locomotora No 56, algo así como 100 metros. Que de los tres carros había uno frenado. GUILLERMO RICAURTE GONZALEZ asevera que cuando tuvo conocimiento de que se habían rodado los carros-tanques Nos. 45, 48 y 100, se trasladó a los llenaderos de la Esso y pudo observar que en los rieles por donde se habían deslizado los carros, y hacia la estación, casi al empezar el trayecto de rieles que arranca desde dichos llenaderos, existían partículas de roca completamente pulverizada por los carros-tanques, lo que indicaba que éstos habían sido cuñados con piedra. Que también observó, una vez ocurrido el deslizamiento de los carros, que uno de ellos tenía el freno de mano debidamente ajustado.

"En esta instancia se practicó por el Tribunal una inspección ocular a los apartaderos de la Esso donde están los tanques de aprovisionamiento de combustible. Asesoraron a la oficina como

peritos, los ingenieros señores Felipe Duque y Nicolás Bernal. Se llevó a cabo la diligencia el 25 de marzo de 1955. A los expertos se les formularon varias (sic) preguntas en relación con las posibles causas que determinaron el rodamiento de los carros, y conceptuaron así:

"PRIMERO: Pudo haber causas distintas de la fuerza de una persona para que los tanques se movieran, como por ejemplo la relajación de los frenos ayudada por una fuerza extraña que pudo ser un viento o cualquier otro fenómeno, como la impregnación de los frenos por cualquier aceite mineral. SEGUNDO: El hecho de que los carros hubieran permanecido estacionarios durante una hora y media demuestra que existía un equilibrio, pero ese equilibrio pudo ser roto por fuerzas o agentes extraños, como impregnación de los rieles con grasas o aceites, o como dijimos anteriormente, un viento u otro fenómeno. TERCERO: Consideramos que la pendiente del 0-44% se sale del límite de la pendiente aceptable para que unidades sin frenos puedan dejarse con seguridad. CUARTO: Como dijimos anteriormente consideramos que la pendiente del 0-5% es excesiva para poder dejar con seguridad unidades estacionadas sin aplicarles los frenos. Estimamos que la pendiente de equilibrio, es decir, en la cual un carro no arranca sin fuerza extraña es de 0-33%. QUINTO: Después de verificada personalmente la mensura y nivelación del apartadero más occidental que hay en los llenaderos de la Esso desde el último Switch hasta su terminación, pudimos comprobar que su pendiente media es de 0-75%. SEXTO: Consideramos que si los frenos hubieran estado debidamente aplicados los carros no se hubieran rodado, y por consiguiente debió haber habido una fuerza extraña que relajó la acción de los frenos. A petición del Tribunal los señores peritos manifiestan que la distancia entre el último manhole (pozo superficial) y la boca de salida en el malecón del desagüe de los llenaderos de la Esso es de cincuenta y cuatro (54) metros aproximadamente. A solicitud del Sr. abogado Dr. Pardo Martínez los Srcs. peritos amplian su respuesta al punto primero, así: No hemos descartado la intervención de la fuerza de una persona en el rodamiento de los carros tanques, sino que consideramos que no es la única fuerza que pudo haber intervenido para relajar o anular la acción de los frenos. Fuerza extraña que como hemos dicho pudo haber sido la de un hombre. Lo que queremos recalcar es que no es ésta la única fuerza que pudo haber mediado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De las pruebas anteriormente relacionadas se desprende que en cumplimiento de un contrato suscrito entre el Ferrocarril de Antioquia y la Esso Colombiana S. A., en virtud del cual el primero se comprometió con la segunda a transportar por sus líneas los carros tanques de propiedad de ésta, el señor Juan de Dios Escobar López, suichero del Ferrocarril de Antioquia, más o menos a las ocho y media de la noche del día 22 de diciembre de 1953, cuadró en los llenaderos que la Esso Colombiana S. A. tiene en Puerto Berrío, tres carros tanques que debían ser llenados con gasolina; que al realizar esta operación frenó, con el freno de mano, uno de dichos carros y aseguró, con piedras colocadas en las ruedas, los dos restantes; que a pesar de lo anterior, algún tiempo después, los carros tanques principiaron a moverse lentamente primero y luego con velocidad, dando lugar a que se desprendieran las bocatomas y a que el combustible continuara derramándose sobre los canales de desagüe que van a desembocar al río Magdalena; que cuando tal cosa ocurrió el empleado de la Esso Colombiana S. A., señor Luis Alberto Ortiz Delgado, encargado de llenar los tanques, se apresuró a cerrar las válvulas de salida del combustible, pero que al realizar la operación una de ellas no obedeció, motivo por el cual la gasolina continuó derramándose hasta que el empleado fue y cerró las válvulas interiores.

Se pregunta si los hechos relatados fueron debidos a imprudencia o descuido de los dependientes o trabajadores del Ferrocarril de Antioquia, y si entre ellos y el incendio ocurrido poco después en uno de los planchones del vapor Guadalupe existe una relación de causalidad capaz de generar a cargo del Departamento la obligación de indemnizar el daño producido por el incendio. La respuesta afirmativa a estas preguntas se hace necesaria para determinar la responsabilidad de la empresa a la que se imputa el daño, pues si bien es cierto que jurisprudencialmente se tiene establecido que las entidades de derecho público y las particulares son, en principio, responsables de los daños que se causen a consecuencia de descuidos o imprudencias de sus representantes o agentes, y que, cuando se trata, como en el caso sub-judice, de actividades de suyo peligrosas, se presume la responsabilidad de la empresa

que presta el servicio o desarrolla la actividad, no es menos cierto que también jurisprudencialmente se ha dicho que tal presunción "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" (Sentencia de 10 de julio de 1952, G. J. 2116-17, pág. 393. Sentencia Julio 9 de 1956, Luis Carlos Villegas contra Ferrocarriles Nacionales, sin publicar).

En la sentencia que se revisa el H. Tribunal de instancia absolvió al Departamento de Antioquia por considerar que de acuerdo con las pruebas producidas no se logró determinar la causa precisa que determinó el movimiento de los carros-tanques, y también porque en su concepto "las actividades propias de la empresa ferroviaria no incidieron en la ocurrencia del suceso que culminó en la destrucción, por el fuego y por la acción del agua empleada para extinguir el incendio, del cargamento de harina a que se refiere la demanda".

Pero no puede la Sala entrar a conceptuar sobre los extremos propuestos sin examinar antes la personería de las partes que han intervenido en el juicio, primero porque ella constituye uno de los elementos esenciales de la acción que debe aparecer demostrado en el proceso de manera plena para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el derecho alegado, y segundo, porque en su respuesta a la demanda el Departamento propuso, entre otras varias excepciones, la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en afirmar que quien invoca un derecho debe acreditar plenamente no sólo su propia personería sino también la de la persona de quien se exige la prestación demandada, es decir, la legitimación en la causa, impropiamente denominada personería sustantiva.

Se ha dicho igualmente que cuando esta personería mira al fondo del problema debatido, o sea al derecho mismo que se invoca, independientemente de cualquiera otra circunstancia, es sustantiva; que si se refiere a deficiencias en el procedimiento, es adjetiva; que la falta de prueba de la primera conduce a la absolución porque ella implica la inexistencia de uno de los elementos estructurales de la acción, y que la falta de prueba en la segunda impone el reconocimiento de una excepción dilatoria de especial y previo pronunciamiento, o la declaratoria de nulidad del juicio, todo conforme a las normas que regulan la materia. (G. J. Nº 2146, pág 329 y G J Nº 2160-2161, págs. 1016 y ss.)

Para el caso de autos se anota que en ninguno de los hechos en que se sustentó la demanda aparece siquiera la afirmación de que el Ferrocarril de Antioquia sea de propiedad del Departamento del mismo nombre y que solamente en la parte petitoria se hace tal afirmación.

Al contestar la demanda, el Departamento negó todos los hechos, con excepción del sexto (6º) relacionado con el poder conferido por la empresa demandante y a su representante judicial en el juicio, y como se vio anteriormente, propuso también la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

En estas condiciones cabe examinar si el actor ha cumplido con el deber procesal de acreditar que el Departamento demandado es realmente el dueño de la empresa ferrocarrilera a cuyo descuido se atribuye el daño causado; mas como puede verse de la relación de pruebas hecha anteriormente, no se presentó ninguna encaminada a demostrar este elemento, sobre el cual el actor se limitó a hacer la afirmación de que la empresa demandada es de propiedad departamental.

Pero para que esta afirmación surtiera todos sus efectos, hubiera sido necesario acreditarla por los medios específicamente determinados por la ley cuandoquiera que se pretenda probar el derecho de dominio, ya que sin una prueba de ese género no se podría tampoco deducir a cargo de quien se señala como titular, las responsabilidades inherentes a la calidad de dueño.

Quiere decir lo anterior que no habiéndose establecido debidamente uno de los presupuestos de la acción, ésta no puede prosperar. Así lo tiene establecido esta Sala entre otras en la sentencia de 16 de diciembre de 1955 citada anteriormente, en la cual, resolviendo un negocio similar al presente contra el Departamento de Antioquia, se dijo (G. J. Nº 2160-2161, págs. 1016 y ss.):

"Ha dicho la Corte que "la sentencia debe ser conforme al libelo en el cual han de constar los hechos básicos que individualizan la acción, sin que le sea lícito al juzgador salirse de los fundamentos de la demanda, los cuales pertenecen a las partes. Quiere ello decir que los hechos que no fueron aportados por el actor, o que, aportados, no se demostraron, se consideran como inexistentes a los ojos del juez". (G. J Nº 2032, pág. 623). Esto porque, según se dice en la misma providencia, la regla general es que se falla

conforme a lo alegado y probado. Y se agrega: "Con todo, hay un principio que dice: Las cosas notorias no es necesario probarlas".

"En atención, pues, a ese principio que viene desde el antiguo derecho (notoria non agent probatione) y que en el moderno debe admitirse también a falta de texto expreso, es necesario ver si al hecho que se viene analizando (8º de la demanda) puede dársele la calidad de notorio y si en virtud de esa calificación, simplemente, se puede tener por establecido.

"Notorio, según el diccionario de la lengua, viene del latín **notorius**, y es lo público y sabido de todos.

...

"La notoriedad de un hecho no significa que él deba ser conocido de manera general, absoluta o efectiva. Puede ocurrir que considerable número de personas lo ignoren, o que de él se tenga un conocimiento de carácter relativo, o que ese conocimiento no sea real y, no obstante, subsista el concepto de notoriedad, concepto que tiene, entre otros objetivos y en atención al principio de economía procesal, el de evitar que se produzcan **pruebas innecesarias. De todo** lo cual se concluye que "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la **cultura o en la información** normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión", según lo expresa el profesor Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del derecho procesal civil", 2ª edición, pág. 141.

"Por regla general el hecho notorio no requiere demostración a menos que la notoriedad sea esencial y la comprobación de ella exigida por la ley, como ocurre con la posesión notoria del estado civil de casado, de hijo legítimo o natural, la cual se concreta en tres situaciones a saber: trato, fama y tiempo. O cuando tal hecho, con esa calidad considerado, haya sido controvertido por las partes, casos en los cuales se impone demostrar su configuración por los medios de credibilidad exigidos por la ley. Al respecto se expresa así el profesor antes citado:

"Parece necesario, todavía aclarar con relación al concepto de notoriedad, que el principio de que lo notorio no necesita pruebas no es aplicable en aquellos casos en los cuales la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho. Así ocurre con la **posesión notoria** del estado civil; la **suficiencia notoria**; la **incapacidad notoria**; la **notoria mala conducta**, a que las leyes aluden reiteradamente. Si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se debería llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria no necesita producir prueba de ese extremo. Esta petición de principio sería absurda, porque lo notorio es en tal caso, el propio hecho controvertido, y la condición necesaria para la existencia del derecho. Es, entonces, **objeto** de prueba por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia".

"El demandante, equivocadamente y de manera implícita, afirma como hecho notorio de su demanda lo que constituye un derecho de propiedad que debe probarse. En efecto: nadie pone en duda la existencia del Ferrocarril de Antioquia y eso sí es un **hecho notorio**. En cambio es muy distinto el derecho de propiedad o saber a quién pertenece el ferrocarril de Antioquia: porque ese ferrocarril puede ser de propiedad del Departamento o puede ser una empresa privada de cualquier género.

"El Tribunal, cuando falló este negocio, incurrió en el error de tener por hecho notorio que el ferrocarril de Antioquia pertenece o es de propiedad del Departamento de Antioquia. Es decir, confundió el hecho notorio de la existencia del ferrocarril de Antioquia, con el derecho de propiedad o pertenencia del Departamento, el que ha debido demostrarse.

"Porque es bien sabido que el derecho real de dominio sobre los bienes raíces, no se prueba o se pone en evidencia sino por medio de título debidamente registrado, según lo establece nuestro ordenamiento legal. La existencia de ese título, que se deriva de un acto o de un hecho jurídico, supone la prueba adecuada de este hecho o de ese acto, dentro del sistema de adquisición del dominio que tiene consagrado nuestro Código Civil. El hecho notorio no puede, pues, referirse a una situación o estado de derecho como es el de propiedad de los inmuebles, y si se pretende establecer esa situación o ese estado como hecho notorio, no debe el juzgador aceptar la prueba que en tal sentido se aduzca. Si esto no fuera así bastaría con alegar, —por los medios probatorios con los cuales se establecen los hechos notorios contradichos o por la simple afirmación del juzgador tal como lo hace el Tribunal—, que determinado inmueble pertenece a determinada persona, para dar por aceptada y demostrada esa propiedad con mengua de los principios normativos sobre el modo de adquirir el dominio y con perjuicio de los intereses de los asociados, cuya tutela jurídica está encomendada a los órganos o

ramas del poder público. Sería irreflexivo, por decir lo menos, sostener que un inmueble es de propiedad de Pedro por ser de pública notoriedad ese hecho, cuando ha podido ocurrir que ese bien raíz no haya pertenecido a su haber patrimonial, o haya pasado a otras manos con las formalidades legales de que se ha hecho mención. De donde se concluye que por medio del hecho notorio no se puede configurar el derecho de dominio de los bienes raíces, cuya propiedad se ha controvertido en juicio, si no ha sido demostrado ese derecho de acuerdo con la norma legal.

"Como se ha visto, la tesis del demandante es la de que el ferrocarril de Antioquia, —al cual correspondía el tren que se volcó y causó la muerte del menor Berrío—, es de propiedad del Departamento de Antioquia. Es una afirmación sobre derecho de dominio para cuya adquisición se requieren determinados requisitos que son los que, cumplidos legalmente, prueban ese derecho. No puede entonces, para establecer una consecuencia legal del mismo derecho, como es la obligación, por parte del Departamento de Antioquia, de comparecer en este juicio en calidad de demandado, dársele a tal derecho calidad de notario para de esa manera considerarlo plenamente demostrado. Y mucho menos cuando el demandado, desde la contestación de la demanda, lo ha negado expresamente.

"Ante todas estas consideraciones la conclusión es terminante: no se ha demostrado, de ninguna manera, que el Ferrocarril de Antioquia pertenezca al Departamento de Antioquia; luego no está debidamente establecido uno de los elementos de la acción, o sea la legitimación en causa, y por tanto no queda otra alternativa que revocar el fallo recurrido para absolver a la entidad demandada".

DECISION

En virtud de las anteriores consideraciones, y no por las expresadas por el Tribunal de instancia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín con fecha diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Costas a cargo del apelante.

Manuel Barrahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

FINALIDAD DEL JUICIO ORDINARIO TENDIENTE A OBTENER DE LA NACION EL PAGO DE UNA RENTA DE CAPELLANIA LAICA REDIMIDA

El juicio de capellanía laica, establecido en el Tit. XXIV, Lib. 2º del C. J. es de los llamados de jurisdicción voluntaria. Se promueve por una persona que quiera ser declarada patrono o capellán de una capellanía que se encuentra vacante, sin oponer su pretendido derecho al de persona alguna determinada. El juez, al admitir la demanda, ordena el emplazamiento de todas las personas que se crean con derecho a la capellanía o patronato, y si no comparecen les nombra un curador ad-litem.

De manera que cuando se pretende obtener el pago de una renta por parte del Estado, debe demostrarse que se es capellán, finalidad que se cumple con el procedimiento antedicho. Pero como la Nación no ha sido parte en este juicio, se hace necesario citarla en acción ordinaria para obtener una condenación judicial en su contra.

Para que se vea cómo no ha entendido la promoción del juicio ordinario tendiente a obtener este pago como una reiteración de lo resuelto en el juicio especial, se transcribe a continuación la siguiente afirmación doctrinaria de la Corte:

"El que pretenda tener derecho a usufructuar una capellanía, no puede demandar a la Nación para que se le reconozca y pague los réditos pertenecientes a la fundación sin comprobar previamente que es capellán o usufructuario de ella, para lo cual debe entablar el respectivo juicio de capellanías ante el Juez del Circuito, de conformidad con lo que establecen los artículos 324 a 331 de la ley 105 de 1890, juicio que no se sigue contra la Nación y de que no conoce en primera instancia el Tribunal, ni la Corte en segunda". (agosto 24 de 1898, XLV, 24).

De otro lado, el antecedente judicial constituido por la sentencia de esta misma Sala que aparece en el Tomo LXXII, págs. 789 y ss. está demostrado cómo es evidente que la Nación puede tener excepciones o defensas que hacer valer en un pleito de esta naturaleza, y que no es bastante haber demostrando la existencia de la capellanía para que se tenga por demostrada también "la existencia de una prestación concreta ya deducida o establecida a cargo del Estado", como se dice en la providencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. JOSE JARAMILLO GIRALDO).

El señor Diomedes Herrán Scarpetta, por medio de apoderado demandó a la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se resolviera:

"Condenar a la Nación o al Tesoro Nacional de Colombia a pagar al demandante o a su apoderado con facultad de recibir Dr. Luis Enrique Cervajal, la suma líquida de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS 30 CVS. ($ 2.946.30), como derecho reconocido al demandante en la adjunta sentencia de percibir del Tesoro Nacional la renta nominal en que quedó convertida la Fundación de Capellanía Laica de Juan Salvador Herrán y Dominga Espinosa, a razón del tres por ciento (3%) anual sobre un capital de mil seiscientos diez pesos ($ 1.610.00), desde el primero de enero de 1892 hasta el 31 de diciembre de 1952 y sus intereses moratorios al 8% anual, si fuere el caso.

Fundó la demanda en los siguientes hechos:

"1º Por sentencia de este mismo Tribunal en juicio seguido en el juzgado 3º de este Circuito, se declara que el señor Diomedes Herrán tiene derecho a percibir del Tesoro Nacional la renta nominal en que quedó convertida dicha Fundación, desde la época en que dejó de percibirse por el último patrono o beneficiario señor Lizandro Herrán según lo anotado en la parte motiva de este fallo' que dice al último párrafo: 'o sea desde el 1º de enero de 1892, según consta

de la certificacion... de que anteriormente se hizo mérito; al folio 3 v., diciendo que 'el censo de la referida fundación fue redimido...' el Gobierno expidió con fecha... la certificación Nº 1350 de renta nominal sobre el Tesoro Nacional que reconoce un interés del 3% anual al capital reconocido de $ 1.610.00.

"2º La cantidad líquida demandada está fijamente determinada en la sentencia como proveniente de la renta nominal a que hace mérito en su parte motiva del 3 por ciento anual sobre un capital de $ 1.610.00, sin estar sujeta a interpretaciones de hecho o de derecho, pues todo hecho y toda ley fueron juzgados ya en la sentencia, desde 1892 inclusive hasta 1952 inclusive, año de la ejecutoria del fallo (jun. 9) y su registro (jul. 25), siendo anual.

"3º La Nación no ha pagado a Herrán este derecho judicialmente reconocido a su favor, ni la sentencia le impuso expresamente esta obligación a su cargo, es cierto, pero la lleva implícita como correlativa al derecho y además no era el caso porque la Nación misma en su certificado la reconoce expresamente".

El demandante acompañó a la demanda transcrita la copia de la sentencia aludida, y en la cual se declara: "Primero. Reconócese al señor Diomedes Herrán Scarpetta, mayor y vecino de esta ciudad, patrono o beneficiario de la Capellanía de misas fundada por don Juan Salvador Herrán y doña Dominga de Espinosa por escritura pública de fecha (9) nueve de septiembre de mil setecientos sesenta y nueve (1769) pasada ante el escribano público de Ibagué. Segundo. En consecuencia se declara que el señor Diomedes Herrán Scarpetta tiene derecho a percibir del Tesoro Nacional la renta nominal en que quedó convertida dicha fundación, desde la época en que dejó de percibirse por el último patrono o beneficiario señor Lisandro Herrán, según lo anotado en la parte motiva de este fallo".

El Tribunal del conocimiento, una vez surtido el trámite propio de la instancia, dictó el fallo que lleva fecha 18 de abril del presente año, por medio del cual resuelve que no es el caso de hacer la declaración impetrada en la demanda. Apelado éste por el actor, vino el negocio a la Corte, y como se halla agotado el trámite correspondiente a la segunda instancia procede decidir en definitiva.

Pertenecen al fallo que se revisa los siguientes apartes que lo fundamentan:

"El propio demandante se encarga de demostrar con la aludida sentencia, que la capellanía y el censo correspondiente, a más de existir originalmente como tales, fueron transformados en renta a cargo de la Nación. No se trata, pues, en este juicio de establecer la existencia de la fundación, ni siquiera su transformación en renta a cargo del Tesoro. No puede, por tanto, remitirse a duda que la súplica del libelo no concierne a una acción simplemente declarativa. Suscítase entonces la cuestión de establecer si la demanda ha de entenderse como una acción de condena encaminada a deducir frente al Estado las prestaciones insatisfechas inherentes a la capellanía redimida.

"Al adoptar tal presupuesto resulta lo siguiente:

"La llamada capellanía transformada o redimida consiste precisamente en una renta nominal pagadera por el Tesoro en favor del Capellán o de su sucesor. Luego la existencia misma de la capellanía significa la existencia de una prestación concreta ya deducida o establecida a cargo del Estado. Al prosperar la acción de condena por concepto de la capellanía redimida, un fallo favorable nada nuevo agregaría al status jurídico del capellán frente al Estado.

"En este orden de ideas, quien así demanda en acción de condena carece de interés jurídico para obrar frente al Estado. Esta conclusión no es sino la consecuencia natural de un principio de racionalización de la tutela jurídica del Estado a través del órgano jurisdiccional. El derecho del ciudadano es estimular la actividad jurisdiccional —entendida como potestad autónoma que rebasa los moldes del derecho subjetivo de índole privada— no es incondicionado o absoluto. La actividad jurisdiccional no se encuentra a merced de los particulares para que éstos la conviertan en un instrumento de reiteración o duplicación legal, en el sentido de que la voluntad de la ley tenga que ser afirmada siempre como cierta mediante una sentencia.

"...La existencia de un interés para obrar es un procedimiento técnico jurídico para obtener una razonable ecuación entre el interés particular y el interés público cuando el ciudadano estimula la actividad jurisdiccional en busca de tutela jurídica.

"Es tal el alcance que se atribuye en la teoría procesal al interés para obrar, que en el sistema alemán, por ejemplo, si falta la necesidad de la tutela jurídica, la demanda debe rechazarse como inadmisible..."

Como conclusión de lo anterior, el Tribunal expresa:

"Como no es dable ejecutar al Estado y menos a través de un juicio de conocimiento como lo es el ordinario, concluye el Tribunal que una interpretación razonable del libelo conduce a estimarlo como una demanda de condena, pero inepta por falta de interés jurídico para obrar en el actor".

En su alegato de conclusión ante la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil pide la confirmación de la providencia recurrida, y para ello se apoya en el siguiente raciocinio:

"En la ciencia procesal, la idea del litigio tiene un sentido teleológico, como que el fundamento de él es el de dirimir el conflicto de intereses, sometido a los órganos de la jurisdicción. En esta forma el proceso realiza su preponderante función social y pública procurando el afianzamiento de la paz jurídica y con ella la tranquilidad de los ciudadanos. Esa paz jurídica no se adquiere sino mediante la firmeza de los fallos dados en materia contenciosa, firmeza que constituye el fundamento mismo de la cosa juzgada con sus caracteres de coercibilidad e inmutabilidad.'

"Los hechos de la demanda que configuran el derecho suplicado, hacen relación a la sentencia firme proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá en la que se reconoció al señor Diomedes Herrán como beneficiario o patrono de la capellanía de misas fundada por sus parientes Juan Salvador Herrán y Dominga de Espinosa y para que dicho señor percibiera del Tesoro Nacional la renta nominal en que quedó convertida dicha fundación.

"En dicha sentencia, como se relata en los mismos hechos, se fijó la cantidad líquida que debía percibir el nuevo patrono o beneficiario y comprendida entre los años de 1892 a 1952. Y es esa misma cantidad la que nuevamente se pretende sea reconocida como obligación a cargo de la Nación por medio de los trámites del presente juicio.

"Cuestión impracticable, tanto por haberse definido en su oportunidad el conflicto de intereses que creaba la obligación que hoy pretende repetirse a cargo de la Nación, como porque dicha prestación correspondía a un grado de jurisdicción diferente al escogido hoy por el actor".

Consideraciones de la Corte

Transcritas en lo fundamental las tesis que oponen a la acción ordinaria que se ventila, tanto el señor Procurador en su alegato de conclusión, como el Tribunal en la sentencia de primera instancia, pasa la Sala a referirse a ellas.

Los razonamientos de la Procuraduría Delegada en lo Civil parten de una premisa que consiste en considerar que la sentencia proferida en el juicio especial de capellanía desató en su oportunidad el conflicto de intereses que definió la obligación que hoy pretende "repetirse" a cargo de la Nación. De lo que concluye que la acción ordinaria promovida es impracticable.

La sala considera que tal premiza está construida sobre bases que no tienen evidencia en la realidad jurídica. Las razones para hacer esta afirmación son las siguientes:

1ª El juicio de capellanía laica, establecido en el título XXIV, Libro 2º del Código Judicial, es de los llamados de jurisdicción voluntaria. Se promueve por una persona que quiera ser declarada patrono o capellán de una capellanía que se encuentra vacante, sin oponer su pretendido derecho al de persona alguna determinada. El Juez, al admitir la demanda, ordena el emplazamiento de todas las personas que se crean con derecho a la capellanía o patronato, y si no comparecen les nombra un curador ad litem.

El señor Diomedes Herrán Scarpetta ejercitó tal acción ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de que por sentencia se declarara en su favor la calidad de patrono o beneficiario de la capellanía de misas fundada por don Salvador de Herrán y doña Dominga de Espinosa en 1769. Al juicio compareció el señor Eduardo Tafur Herrán, pidiendo para sí el reconocimiento de la capellanía, con exclusión del demandante Diomedes Herrán, y por creerse con mejor derecho al título y a la renta consiguiente. El pleito finalizó en segunda instancia con la declaración en favor del demandante.

2ª La Nación no fue parte en aquel juicio. Por tanto, mal podía recaer en su contra una declaración que la obligara, pues el objeto exclusivo de la acción era el de constituir una relación jurídica particular sobre un derecho ya existente. La parte resolutiva del aludido fallo, que se ha tomado como declarativo de la obligación a cargo del Estado, es del tenor siguiente: "**Segundo.** En consecuencia se declara que el señor Diomedes Herrán Scarpetta **tiene derecho a percibir** (subraya la Sala) del Tesoro Público la renta nominal en que quedó convertida dicha fundación, desde la época en que dejó de perci-

birse por el último patrono o beneficiario señor Lisandro Herrán..." De estos términos que expresan un simple reconocimiento en favor del demandante, no puede inferirse jamás que se ha declarado judicialmente una obligación a cargo del Estado. Nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio.

No hubo pues un conflicto de intereses entre la Nación y el particular, que obligara a éste a recurrir a la tutela jurisdiccional para obtener el restablecimiento de su derecho disputado o negado por la primera. Por eso, no es evidente que en aquel juicio especial, de jurisdicción voluntaria, se definiera la obligación "que hoy pretende repetirse a cargo de la Nación".

Para que se vea cómo no se ha entendido la promoción del juicio ordinario tendiente a obtener el pago de una renta de capellanía como una reiteración de lo resuelto en el juicio especial de capellanía, se transcribe a continuación la siguiente afirmación doctrinaria de la Corte:

"El que pretenda tener derecho a usufructuar una capellanía, no puede demandar a la Nación para que se le reconozca y pague los réditos pertenecientes a la fundación **sin comprobar previamente que es capellán o usufructuario de ella, para lo cual debe entablar el respectivo juicio de capellanías ante el Juez del Circuito**, de conformidad con lo que establecen los artículos 324 a 331 de la Ley 105 de 1890, **juicio que no se sigue contra la Nación** y de que no conoce en primera instancia el Tribunal, ni la Corte en segunda". (Sentencia, 24 de agosto de 1898 T. XIV, pág. 24)" Tomada de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia — Orozco Ochoa. Tomo II.

Por otra parte, el reparo capital que a la acción ordinaria que se estudia hace el Tribunal del conocimiento en el fallo apelado, es éste: "La existencia misma de la Capellanía significa la existencia de una prestación concreta ya deducida o establecida a cargo del Estado".

Esta afirmación, en principio, es cierta: es decir, que demostrada la existencia de la fundación y su redención por el Estado, consecuencialmente aparece la obligación de éste de pagar la renta al beneficiario. Pero se cuestiona: se puede presumir que esa obligación (generalmente constituida desdeel siglo pasado) ha subsistido a través del tiempo hasto el presente No tendrá la Nación ninguna excepción o defensa que oponer a la pretensión de un actual acreedor. No habrá conflicto de intereses sobre la deuda entre la Nación y el particular, que lleven a la una o al otro a dirimirlo recurriendo para ello a la tutela jurisdiccional por medio de un juicio ordinario?

Todos estos interrogantes quedan contestados, a juicio de la Sala, citando como ejemplo, el juicio ordinario promovido por los señores Miguel A. Carvajal de Castro y Gonzalo Gómez con el objeto de que se condenara a la Nación "a liquidar y pagar a los demandantes... los réditos o intereses de renta nominal correspondientes a las capellanías o Fundaciones instituidas por don Agustín Tobar y Buendía, don José Valero de Tobar, doña Antonia Montenegro, don Andrés Alonso Vélez y doña María de la Cruz Andrade, desde que los respectivos patronatos quedaron vacantes por muerte de los anteriores patronos, hasta cuando tornen a quedar vacantes por fallecimiento del actual patrono o capellán Miguel A. Carvajal de Castro; todo de acuerdo con las sentencias del Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá de fecha 14 de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho y la del Juez Cuarto Civil del Circuito, de fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro". En el fallo recaído a tal juicio, se sintetizan los hechos así: "Carvajal de Castro obtuvo de los jueces sexto y cuarto civil del Circuito de Bogotá, se le reconociera su calidad o condición de patrono de cada una de las referidas capellanías con derecho a cobrar los réditos respectivos... en su condición de tal, Carvajal de Castro ocurrió ante el Ministerio de Hacienda en solicitud de liquidación y pago de esos intereses, lo que no obtuvo, ya que el Ministerio conceptuó que las referidas capellanías habían sido amortizadas..." Estudiados por la Corte los elementos probatorios y la legislación respectiva, llegó a esta conclusión: "Por lo dicho hasta aquí, la Corte estima que el Estado en oportunidad **canceló**, por medio de remates de amortización, los capitales de las fundaciones de Agustín Tobar y Buendía, José Valero de Tobar... etc. En mérito de las consideraciones expuestas... resuelve: Confírmase en todas sus partes la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 2 de abril de mil novecientos cuarenta y seis, en virtud de la cual se **absuelve** a la Nación de los cargos formulados en la demanda". (Gaceta Judicial, Tomo LXXII, págs. 789 y ss.)

Este antecedente judicial está demostrando cómo es evidente que la Nación puede tener excepciones o defensas que hacer valer en un pleito de esta naturaleza, y que no es bastante haber demostrado la existencia de la capellanía

para que se tenga por demostrada también "la existencia de una prestación concreta ya deducida o establecida a cargo del Estado", como lo afirma el fallo que se revisa, al negar la procedencia del presente juicio.

De todo lo expuesto hasta aquí se concluye, que sí es procedente y viable la acción ordinaria de condena que ha promovido el señor Diomedes Herrán Scarpetta, con fundamento en que desde el año de 1892 la Nación no ha pagado los réditos correspondientes a la redimida o nacionalizada capellanía de misas fundada por sus antecesores en 1769. Por consiguiente, ha de estudiarse si el cargo hecho a la Nación se halla demostrado.

La única prueba aducida al juicio es la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio especial de capellanía promovido por el señor Diomedes Herrán, y de ella aparece: 1º El reconocimiento del demandante como patrono actual de la capellanía; 2º Que dicha capellanía fue fundada en 1769, y que tal gravamen, cuyo capital fue de $ 1.610.00 fue redimido o nacionalizado, reconociendo la Nación al patrono o capellán un rédito del 3 por ciento anual; y, 3º Que el Tesoro Nacional pagó ese rédito hasta el último semestre de 1891 al capellán de entonces señor Lisandro Herrán.

El representante de la Nación demandada, ante el Tribunal, reconoce: "Que la Capellanía fundada por don Salvador de Herrán y doña Dominga Espinosa y el censo que la gravaba a perpetuidad, fue ya convertido por el Gobierno Nacional en renta nominal a cargo del Tesoro, tomando éste la obligación de pagar un interés del 3 por ciento anual sobre el capital reconocido. **Y puede seguirse percibiendo por el beneficiario judicialmente declarado, que lo es el cual demandante**". (Subraya la Sala).

Es decir, que la Nación representada por el señor Fiscal 2º del Tribunal de Bogotá, en la primera instancia, no alega la extinción, parcial o total de la deuda a cargo del Estado por pago, compensación, transacción, etc, etc. pues solamente expresó que "el presente juicio carece de objeto" por estar reconocida la obligación, "y no resta —añade— sino cobrar pasando las cuentas respectivas por su titular". Y en igual sentido se pronuncia el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien concluye su alegato de instancia diciendo, que al actor sólo le corresponde hacer efectiva la obligación ya declarada, por otros cauces.

Recuérdese: al presente juicio precedió una declaración judicial de reconocimiento del señor Diomedes Herrán como patrono actual de una capellanía de misas redimida por el Estado, y como consecuencia de tal reconocimiento, "el derecho de percibir del Tesoro Nacional la renta nominal en que quedó convertida dicha fundación, desde la época en que dejó de percibirse por el último patrono o beneficiario señor Lisandro Herrán..." (copia de la sentencia de mayo 31 de 1952).

El señor Diomedes Herrán, con la copia del fallo aludido, y alegando el hecho de que el Estado no ha cubierto la deuda mencionada desde 1892, por medio del presente juicio ordinario solicita: "Condenar a la Nación a pagar al demandante... la suma líquida de dos mil novecientos cuarenta y seis pesos treinta centavos ($ 2.946.30)", correspondientes al 3 por ciento anual sobre un capital de mil seiscientos diez pesos ($ 1.610.00), desde el 1º de enero de 1892 hasta el 31 de diciembre de 1952, y sus intereses al 8 por ciento anual.

Demostrada la existencia del título de donde emana la obligación que se demanda, y no habiéndose desvirtuado ésta, la acción debe prosperar.

FALLO

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar

RESUELVE:

1º — Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor Diomedes Herrán Scarpetta la suma de dos mil novecientos cuarenta y seis pesos con treinta centavos ($ 2.946.30) moneda corriente, como valor total de los réditos de la capellanía de que trata la parte motiva de este fallo, desde el 1º de enero de 1892 hasta el 31 de diciembre de 1952.

2º — No se decreta el pago de los intereses de la suma mencionada, como se pide en la demanda, pues de acuerdo con los considerandos de esta providencia, la obligación del Estado de pagar la suma de $ 2.946.30, sólo se ha deducido como secuela del juicio, y por tanto, el acreedor no se encuentra en mora de pagar.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO SE EDIFICA UN PREDIO, DE ACUERDO CON LA LICENCIA DE CONSTRUCCION, CEDIENDO UNA ZONA DE TERRENO PARA AMPLIACION DE LA VIA, SE ESTA EN PRESENCIA DE LA REALIZACION DE UNA OBRA PUBLICA. — EL DEMANDANTE EN ACCION DE ESTA NATURALEZA DEBE DEMOSTRAR QUE HA SUFRIDO UN LUCRO CESANTE CUANDO PRETENDE COBRARLO

1.—El propósito de la Administración de ampliar las calles de la ciudad queda realizado a medida que se van levantando nuevas construcciones con el paramento prefijado, y las zonas sin construir dejadas por los propietarios, pasan al servicio público. Es decir, el trabajo de ampliación se va ejecutando y no puede sostenerse que sólo cuando el personal obrero procede al arreglo y pavimentación es que se ejecuta el trabajo. La Administración efectúa una ocupación permanente y definitiva de la zona privada, que le permite darla al servicio público. Y ese hecho es precisamente el que está previsto en el artículo 263 del C. C. A., como causa de la acción indemnizatoria allí consagrada.

2.—Sobre la necesidad de que el demandante, en acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, compruebe el lucro cesante que ha sufrido cuando pretende que se le indemnice, véase la sentencia de diciembre 1º de este año, que aparece publicada en este mismo número de la GACETA JUDICIAL.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

Con poder otorgado legalmente por el señor Antonio Gómez Arrubla, mayor y vecino de esta ciudad, el doctor Alvaro Cuéllar Gómez presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda de indemnización por trabajos públicos contra el municipio de Bogotá en los siguientes términos:

"...Que se condene al referido Municipio de Bogotá a pagar al demandante la zona de terreno ocupada para la ampliación de la carrera 12 entre calles 13 y 14, zona que pertenecía al inmueble número 13-31/55 de la carrera 12 de esta ciudad, que tiene una cabida de ciento cuarenta y una varas con seis centésimos de vara (141.06 v2) y determinada así: por el occidente con propiedades del señor Antonio Gómez Arrubla; por el sur, con el inmueble número 13-09/21 de la carrera 12; por el oriente, con la carrera 12 de esta ciudad, y por el norte con la finca número 13 57 de la misma carrera.

"Como consecuencia de tal condenación solicito que se pague al señor Antonio Gómez Arrubla la suma de cincuenta y seis mil cuatrocientos veinticuatro pesos m/cte. ($ 56.424.00) y el interés del precio de la zona desde la fecha en que se ha debido pagar hasta que el pago se verifique, como lucro cesante, o la suma mayor o menor que determinen los peritos previa deducción del 20% de valorización o la que fijen los mismos peritos estimando a razón de cuatrocientos pesos m/cte. ($ 400.00) la vara cuadrada. Expresamente manifiesto que esta suma sólo es un índice del valor que puede tener la vara cuadrada sin que implique una limitación a la cuantía de la indemnización, tal como resulten del dictamen de los peritos".

La petición anterior se funda en que, habiendo resuelto el señor Gómez Arrubla construir un edificio en el inmueble de su propiedad, distinguido con los números 13-21 y 13-55 de la carrera 12, solicitó al Municipio de Bogotá la licencia de construcción y ésta le fue concedida previa fijación del paramento a que debía sujetarse, según el cual, al inmueble debía segregarse una zona de 141.06 varas cuadradas. El señor Gómez Arrubla construyó la edificación ciñéndose al paramento fijado, quedando así ampliada la carrera 12, y por ello sufrió los perjuicios consiguientes a la disminución del valor de su propiedad, más el interés de tal precio como lucro cesante.

La entidad demandada se opuso al contestar la

demanda a que se hicieran las condenaciones impetradas, y en cuanto a los hechos manifestó que se atenía a la eficacia de las pruebas acompañadas al libelo y a lo que resultara probado en el juicio.

Producidas por el actor las pruebas relativas a la propiedad del inmueble, o sean las escrituras públicas números 58 de 3 de enero de 1941 y 443 de 9 de febrero del mismo año, ambas de la Notaría Primera de Bogotá, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia de tales títulos, adujo también la copia auténtica del plano oficial que demuestra la zona ocupada por el Municipio de Bogotá del inmueble del demandante para la ampliación de la carrera 12, y un certificado de la Oficina del Plan Regulador sobre el área tomada, que es de 141,06 varas cuadradas. También acompañó un certificado de la Contraloría Municipal, acerca de que al señor Gómez Arrubla no se le ha pagado suma alguna por la zona mencionada. Además se practicó una inspección ocular al inmueble materia de la litis y se produjo un dictamen pericial sobre los perjuicios y su monto.

En su alegato de conclusión el señor Fiscal del Tribunal expresó lo siguiente:

"La propiedad del actor sobre el inmueble en referencia ha sido establecida debidamente con las escrituras registradas de adquisición y con la certificación acompañada del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá. La ocupación por parte del Municipio y la destinación del mismo para la ampliación de la carrera 12, ha sido comprobada, lo mismo que el no pago efectuado por el Municipio, con las certificaciones que pueden leerse a folios 14 y 15 del expediente principal. La inspección ocular practicada por el Tribunal el día 29 de enero del presente año estableció, igualmente, la ocupación de parte de la propiedad del actor para la ampliación de la carrera 12.

"Establecido como quedó en el juicio que no se trata de acción declarativa de dominio... se encuentra la Fiscalía ante el hecho claro y comprobado de que el Municipio, recortó la propiedad del señor Gómez Arrubla sin indemnizarlo y ocupó la zona de terreno respectiva, establecido lo cual, es forzoso concluir que la indemnización propuesta en la demanda se halla llamada a prosperar. Así se han resuelto multitud de demandas similares a la presente, obrando en concordancia con la jurisprudencia uniformemente sostenida al respecto por el H. Consejo de Estado".

Con fecha 12 de noviembre de 1953, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló el negocio en forma favorable a las pretensiones del demandante, considerando que éste había justificado los hechos y el derecho para obtener la indemnización que reclama, y dando valor pleno al dictamen pericial en cuanto al monto de los perjuicios, por estar debidamente fundamentado. La parte resolutiva de dicho fallo es del tenor siguiente:

"1º Condénase al Municipio de Bogotá a pagar la suma de cuarenta y dos mil trescientos pesos ($ 42.300.00) moneda corriente y los intereses a la rata del seis por ciento (6%) anual sobre esta suma, contados a partir de la fecha de la ocupación por el Municipio de la zona en referencia, hasta cuando el pago se efectúe, valor de la susodicha zona o lote y lucro cesante, respectivamente, a favor del señor Antonio Gómez Arrubla como valor total de la indemnización de los trabajos públicos efectuados en la zona de su propiedad que pertenecía al inmueble número 13-31/55 de la carrera 12 de esta ciudad, ocupada para la ampliación de la misma carrera 12, cuyos linderos aparecen en la demanda.

"2º—De acuerdo con el artículo 369 del C. C. A., otórgase a favor del Municipio de Bogotá el correspondiente título traslaticio de dominio.

"3º—De la cantidad de cuarenta y dos mil trescientos pesos ($ 42.300.00) moneda corriente ordenada pagar al demandante como valor de la indemnización, dedúzcase la suma de ocho mil cuatrocientos sesenta pesos ($ 8.460.00) que corresponden al veinte por ciento (20%) de aquella cantidad".

El fallo fue apelado por el señor Personero Municipal de Bogotá y por el apoderado del demandante.

En la segunda instancia, cuyo trámite se surtió totalmente ante el Consejo de Estado no hubo término probatorio. La parte actora, en su alegato de conclusión, sólo reclama la sentencia en cuanto a la fijación que allí se hace del lucro cesante. Son estas sus palabras:

"Sobre el asunto de los intereses considero que deben tenerse en cuenta los comerciales, o sea el ocho por ciento (8%) anual como lo manifestaron los peritos y no el seis por ciento (6%) como lo dice la sentencia de primera instancia, y pido que se modifique ésta en el sentido de condenar a la entidad demandada a pagar los intereses comerciales del valor de la zona".

El señor Personero Municipal no sustentó su recurso. En cambio el señor Fiscal del Consejo de Estado opina, en su vista de fondo, que el per-

juicio que reclama el señor Gómez Arrubla se le causó con el acto administrativo caracterizado en la expedición de la licencia de construcción, y no con la ocupación del lote con trabajos públicos, que no está probada, por no haber tenido ocurrencia; que por tanto, la demanda no ha debido promoverse con base en lo estatuido en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, sino en armonía con lo dispuesto en el artículo 68 de la misma obra. En consecuencia pide que se declare la excepción de petición de modo indebido o la de ineptitud sustantiva de la demanda.

Consideraciones de la Corte:

La competencia de la Corte para decidir el litigio quedó establecida por el Decreto legislativo número 0293 de 1956, dictado a raíz del fallo que declaró inexequibles las disposiciones del Capítulo XXII del C. C. A., en cuanto asignan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las acciones indemnizatorias por ocupación de la propiedad con motivo de trabajos públicos. En tal virtud, la Sala procede a fallar este pleito.

Como se deja expuesto, el señor Agente del Ministerio Público considera que la indemnización que se demanda no tiene causa en trabajos públicos, porque de acuerdo con lo afirmado en los hechos, y con las constancias que aparecen en la inspección ocular y el plano adjunto, la segregación del inmueble del señor Gómez Arrubla no la consumó el Municipio a virtud de la ocupación con trabajos públicos, sino con la expedición de la licencia por la cual no se le permitió construir en esa zona. "De donde resulta —dice textualmente— que con lo dispuesto en la cuestionada licencia número 44, al construir el actor ciñéndose a lo en ella establecido, automáticamente quedó ampliada la calle doce y por lo tanto cercenado el predio del señor Gómez Arrubla sin que hubiera sido la causa de dicho cercenamiento trabajos públicos realizados por el Municipio para ampliar la susodicha carrera doce, pues, la expedición de la prenombrada licencia no implica un trabajo público...".

Deduce pues el Ministerio Público, que en la demanda no se indica como causa de la acción ejercitada la ocupación de la zona con motivo de trabajos públicos, sino el acto administrativo por el cual no se le permitió construir al actor en la zona segregada. Y tal interpretación del libelo le da al señor Fiscal asidero para afirmar que, de acuerdo con la demanda, la acción pertinente al caso sería la consagrada en el artículo 68 del C. C. A. Sin embargo, admite que al levantarse el nuevo edificio ciñéndose al paramento fijado por la Administración, "automáticamente quedó ampliada la carrera doce y por lo tanto cercenado el predio del señor Gómez Arrubla", aunque añade: "sin que hubiera sido la causa de dicho cercenamiento trabajos públicos realizados por el Municipio para ampliar la susodicha carrera doce...".

Tal interpretación de la demanda, a juicio de la Sala, no es la que corresponde a la realidad que se desprende de ella. Quizás la relación de los hechos que sustentan el libelo, y la redacción de éste en general no sea suficientemente clara; pero las peticiones del actor y las normas legales en que las apoya, señalan de manera inconfundible la causa o razón de las indemnizaciones pedidas: ocupación de una parte del terreno privado para ampliar la vía pública. Y el ensanche de la vía —lo reconoce el señor Fiscal— queda realizado automáticamente al construir el edificio. El propósito de la Administración de ampliar las calles de la ciudad queda realizado a medida que se van levantando nuevas construcciones con el paramento prefijado, y las zonas sin construir dejadas por los propietarios, pasan al servicio público. Es decir, el trabajo de ampliación se va ejecutando y no puede sostenerse que sólo cuando el personal obrero procede al arreglo y pavimentación es que se ejecuta el trabajo. La Administración efectúa una ocupación permanente y definitiva de la zona privada, que le permite darla al servicio público. Y ese hecho es precisamente el que está previsto en el artículo 263 del C. C. A., como causa de la acción indemnizatoria, y es el que originó el juicio que aquí se ha ventilado. Por consiguiente, no tiene razón la Fiscalía en los reparos que le hace a la acción ejercitada.

Las pruebas

Encuentra la Sala en el estudio del proceso, que el fallo apelado deduce legalmente el mérito de las pruebas que el demandante aportó al debate para acreditar los hechos fundamentales de su acción. Los instrumentos públicos que tratan de la propiedad del señor Gómez Arrubla y el certificado del Registrador sobre la suficiencia de ellos, constituyen la plena prueba de que el actor es el titular del derecho de dominio del inmueble materia del litigio. El certificado de la Oficina del Plan Regulador sobre el área del terreno segregada al predio del demandante y el

plano oficial que la determina, son también pruebas fehacientes de tal hecho, es decir, que al construir el señor Gómez Arzubia el nuevo edificio, ciñéndose a la demarcación del paramento hecha por el Municipio, dejó una zona de 141.06 varas cuadradas con destino al ensanche de la calle. Y por último, con el dictamen pericial uniforme, que fija un valor de $ 300.00 por cada vara cuadrada de terreno en la época de la ocupación, o sea un total de $ 42.300.00, cifras que los peritos explican amplia y razonadamente, le dan a ese medio probatorio, sobre este punto, el mérito de plena prueba.

Ahora bien, en cuanto a la apreciación del lucro cesante, esta Sala acaba de expresar en el fallo de fecha primero de los corrientes, que en los juicios por ocupación so pretexto de trabajos públicos se ha considerado siempre que el daño emergente lo representa el valor del inmueble, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencias de la ocupación: que el solo hecho de la ocurrencia de ésta no implica necesariamente la existencia de perjuicios de otro orden; que por tanto, si el lucro cesante consiste en dejar de percibir la ganancia que el bien raíz producía, tal hecho debe acreditarse plenamente, pues puede ocurrir que el bien fuera improductivo. Consecuencialmente, si falta esa prueba, la condena no podrá producirse. Y añadió: "Verdad es que la Corte ha estimado que ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, pero esta jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos". En el referido fallo se observó que no existía prueba del lucro cesante y que los peritos se limitaron a hacer una estimación del 6% anual sobre el valor asignado al terreno, sin dar razón alguna que fundamentara la existencia de ese perjuicio, razón por la cual se desechó el dictamen en ese punto.

En el presente caso sucede lo mismo. Dice el dictamen: "Teniendo en cuenta lo dicho en la demanda, estimo el valor del lucro cesante en el ocho por ciento (8%) anual sobre el valor de la faja ocupada...". Es decir, que tampoco en este juicio se ha demostrado la existencia del lucro cesante, ni el dictamen lo fundamenta con razón alguna. Por consiguiente, también ha de desecharse esa estimación.

Como conclusión de las consideraciones que preceden, el fallo apelado debe reformarse revocando la condena al pago del interés legal estimado como lucro cesante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º — **Refórmase** el numeral 1º de la sentencia apelada, en el sentido de negar como indemnización por el lucro cesante, el pago del interés del 6% anual sobre la suma de $ 42.300.00.

2º—**Confírmase** la sentencia en todo lo demás. Sin costas.

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo — Salvo mi voto. **Camilo Rincón Lara**—El Secretario, **Jorge Garcia M.**

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO RINCON LAMA

Mi desacuerdo, en este negocio, con la mayoría de la Sala, se limita a la tesis que sobre lucro cesante se consigna en la parte motiva del fallo, y al numeral 1º de la parte resolutiva.

La tesis en mención fue sentada por la mayoría de la Sala en la sentencia que con fecha primero del presente mes se profirió en el juicio, por indemnización de perjuicios, de la señora María Stella Calderón de Quintero contra la Nación, y entonces expuse las razones de mi disentimiento en los párrafos que a continuación me permito reproducir.

"En efecto: se reconoce por la Sala que la entidad demandada ocupó de manera permanente la propiedad inmueble de la demandante, y por eso se le condena a pagar el daño emergente. Siendo esto así, no encuentra el suscrito aceptable la denegación que motiva este salvamento, porque desde el momento mismo en que la Nación consumó, de facto, la ocupación, quedó obligada a pagar la indemnización correspondiente que, de conformidad con el art. 1.613 del C. C. comprende el daño emergente y el lucro cesante; y porque el hecho de desestimarse el dictamen pericial en cuanto al lucro se refiere, no significa, en manera alguna, que la indemnización sólo comprenda el valor de la propiedad en la fecha de su ocupación.

"Trataré, en la forma más breve que me sea posible, de fundamentar y explicar mis puntos de vista sobre este particular, a cuyo fin principiaré por reproducir los párrafos pertinentes del fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. Nos. 1998-1999, (páginas 593 a 598). Dicen así:

"El recurrente tiene, pues, razón en el cargo que se estudia, lo cual no quiere decir que deba aceptarse el avalúo pericial que fijó el lucro cesante, porque ya se vio que ese dictamen está basado sobre hipótesis, y que es el Juez a quien toca pesar los fundamentos de un experticio, para dar a éste el valor legal del caso.

"Pero al no darle valor a ese dictamen, por las razones ya expresadas, no quiere decir ni significa que pueda prescindirse del lucro cesante, porque indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo..

"En casos similares, y ante la imposibilidad de fijar las bases, como sucede en este caso, para que el monto de ese lucro se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

"No puede fijarse el interés comercial porque ya se vio que éste no procede sino de actos contractuales de comercio y aquí no se trata de eso. El artículo 219 del Código de Comercio no es extensivo a la culpa extracontractual. Él tiene su aplicación y su operancia en tratándose de actos de comercio y de prestaciones y situaciones jurídicas derivadas de esos actos". (G. J. Tomo LV, página 593).

"En el fallo que se transcribe tratábase de un juicio de responsabilidad civil por perjuicios con motivo de haber destruído una locomotora de propiedad de la Sociedad demandada, el camión de carga perteneciente al demandante. El fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal condenó a pagar determinada suma por daño emergente, más los intereses comerciales de dicha suma, desde la fecha en que ocurrió la destrucción del vehículo hasta el día en que se hiciera el pago. La Corte encontró jurídica la desestimación del dictamen pericial en lo referente al lucro cesante, pero halló injurídica la aplicación que se hizo del art. 722 del C. J. para fijar, con fundamento en esa norma, el monto de la indemnización. Por eso estimó fundado el cargo hecho sobre ese punto al fallo de segundo grado y casó parcialmente la sentencia recurrida para modificar el pago de los intereses comerciales por los intereses legales.

"Refiriéndose a esa sentencia dice la mayoría de la Sala en la providencia a la cual corresponde este salvamento, que aquella jurisprudencia "no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos". Es decir que para declarar que el lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma en que se aprecia el daño emergente, es indispensable también aportar elementos de juicio que fundamenten esa declaración.

"No fue ese, desde luego, el criterio de la

Corte al sentar la doctrina en el fallo atrás mencionado. En aquel negocio no había prueba alguna de la entidad lucro cesante, ya que el dictamen pericial, único elemento de juicio al respecto, fué desestimado tanto por el Tribunal como por la Corte; no obstante lo cual se condenó a pagar el tipo de interés legal sobre la suma en que fué avaluado el daño emergente, desde la fecha de la destrucción del vehículo, (19 de marzo de 1937), y tal decisión, en mi concepto, no quebrantó ningún ordenamiento legal sino que, por el contrario, se ajustó a principios de orden jurídico teniendo en cuenta, como lo dice el propio fallo, que "indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo". Y la razón es clara, puesto que habiéndose privado al demandante del uso de su vehículo, con la destrucción del mismo, desde el momento de la destrucción, consecuencialmente se le privó de la ganancia o provecho que derivaba del mismo vehículo. Ahora bien: en el presente negocio la situación procesal es idéntica. No hay en autos ninguna prueba que sirva para establecer de manera real u objetiva el lucro, porque el dictamen de los expertos que es la única diligencia que toca esa cuestión no tiene valor legal alguno; mas, sin embargo, la condena al pago del lucro cesante es, en mi concepto, ineludible, por las mismas razones, esto es, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó a la demandante del goce de su propiedad y entonces, lógicamente, se le privó también del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Tan cierto es esto, que si la expropiación se hubiera hecho legalmente, la entidad demandada habría tenido que pagar previamente la plena indemnización, y entonces la demandante hubiera podido reportar alguna ganancia de la suma recibida por valor de la propiedad. De manera que siendo esto así y ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro por el procedimiento que señala el art. 553 del C. J., es aplicable la doctrina en mención declarando que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma de $ 38.125.97 valor del daño emergente según el fallo, y condenando al pago de esos intereses desde la fecha de la ocupación hasta el día en que éste se verifique.

"No sería, de otra parte, incontrastable la objeción que se hiciera a la fecha determinada como inicial para el cobro de los intereses diciendo, por ejemplo, que éstos sólo pueden exigirse desde la ejecutoria del fallo, pues nada impide que al hacerse el reconocimiento del derecho a percibirlos se fije también como fecha de la exigibilidad de ese derecho una anterior al proveído que lo declara ya que, como atrás lo dejo expuesto, la obligación de la entidad demandada surtió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad y se privó de su aprovechamiento al demandante. Además, contribuye a reforzar este razonamiento el principio que informa algunas reglas referentes a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, tales como las del art. 964 del C. C. pues de conformidad con este precepto el poseedor vencido es obligado a restituir los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe; lo que induce a considerar que en casos como el que vengo analizando la entidad demandada debe pagar al demandante, desde la fecha de la ocupación del inmueble, la ganancia o provecho que aquél dejó de derivar de su propiedad con motivo de esa ocupación.

"En aplicación de la doctrina precitada, así entendida, esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 22 de octubre del presente año, proferido en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, dijo:

"Tampoco puede acogerse el dictamen en lo concerniente a la fijación del 9% como interés corriente para la estimación del lucro cesante. Son, en este punto, muy razonables las siguientes consideraciones del fallador de primera instancia:

"En cuanto a la rata que debe tenerse en cuenta para fijar los intereses por lucro cesante, estima el Tribunal que ella no puede ser sino la legal, porque señalar otra cuando no existe convención al respecto o no es posible establecerla por otros medios, sería arbitrario. Las consideraciones hechas por los peritos a este respecto, si bien muy razonables y técnicas no puede acogerlas el Tribunal porque no se apoyan en hechos precisos que lleven a la convicción de que es la rata del 9% anual la que debe tenerse en cuenta...

"En cambio, la ley fija un criterio cierto para dilucidar la cuestión al señalar una rata de interés legal obligatoria para todos los casos en que no media estipulación contractual al respecto, o en que sea imposible determinar el lucro cesante por los medios que la ley establece. Por eso la Corte Suprema ha dicho lo siguiente..." (Aquí se reprodujeron los apartes del fallo de casación que atrás han quedado transcritos).

"Estuvo, pues, de acuerdo esta Sala, en el dicho juicio del señor Peraza, con el fallador de primera instancia, en cuanto fijó el lucro cesante en el 6% anual sobre el valor del daño emergente, desde la fecha de la ocupación. Y confirmó, por tanto, la sentencia recurrida, en aplicación —se repite— de la doctrina, puesto que la situación en ese juicio era idéntica a la que contempló la Corte en el precitado fallo de casación.

"Otras razones respaldan, a mi juicio, la doctrina en mención, tal como se ha venido aplicando:

"Si se acude a la fijación del tipo de interés legal ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, es obvio que no puede ser jurídicamente exigible la comprobación de aquellas bases, porque de ser así se incurriría en ostensible contrasentido y carecería de objetivo práctico la equivalencia buscada con la fijación de ese tipo de interés. De otra parte, el porcentaje opera sobre la suma en que se ha apreciado el inmueble, tanto por los motivos de orden jurídico que se dejan expuestos como porque esa suma es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario, sobre la cual debe aquél cubrir intereses legales hasta la fecha de su cancelación. De manera que por esto pugnaría a la índole misma de ese tipo de interés la exigencia de demostrar que la suma principal puede producirlo, desde luego que esa rata se ha fijado como legal para aplicarla especialmente cuando no existe convención o estipulación sobre intereses, de conformidad con el artículo 1.617 del C. C. según el cual el deudor debe, desde la mora, los intereses legales, en defecto de los convencionales y salvo aquellos casos en que especialmente establezca la ley los intereses corrientes. Luego los intereses legales no constituyen un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que los origina; ellos están instituídos en el citado artículo 1.617 del C. C. y en otros concordantes en calidad de perjuicios, razón más para considerar que también tienen aplicación en eventos como el de autos, puesto que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Finalmente, es incuestionable que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de no recibir el acreedor, oportunamente, ese capital (que para el caso es el valor del inmueble ocupado), le priva, consecuencialmente, de inversiones lucrativas".

Cabe observar ahora, para dar más fundamento a mis puntos de vista, que esta misma Sala, en fallo de 16 de julio del presente año, insertó en la G. J. Nº 2170, páginas 361 a 380, acogió expresamente la doctrina de la Corte, tantas veces citada, y al respecto agregó:

"Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante". Y procediendo de conformidad se condenó a la Nación, en dicho fallo, a pagar a la demandante la suma de $ 55.500.00 valor del daño emergente, y "los intereses legales de la aludida suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00) desde el día de la ocupación hasta el día del pago de la misma suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00), intereses que representan el LUCRO CESANTE sufrido por la misma demandante..."

De esta manera quedan exxpuestos los motivos de orden legal que me han obligado a separarme, con todo respeto, del fallo proferido en este negocio por la Mayoría de la Sala, en lo relativo a la configuración jurídica del lucro cesante.

Fecha ut supra.

Camilo Blouin Lara.

EN JUICIO SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS, DEBE DEMOSTRARSE LA PROPIEDAD SOBRE LA ZONA OCUPADA Y LA SUFICIENCIA DE LOS TITULOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El señor Personero Municipal de Neiva y el apoderado de los demandantes interpusieron, oportunamente, recurso de apelación contra la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo del Huila el 2 de mayo de 1951. En tal virtud se remitió el proceso al H. Consejo de Estado en donde se surtió debidamente la tramitación propia de la segunda instancia y ahora ha llegado a este Sala de Negocios Generales a fin de que avoque su conocimiento de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto-Legislativo número 0529 de 15 de febrero del presente año. Así, pues, se procede a dictar el fallo correspondiente.

Los señores Alfredo y Alejandro Lozano B. formularon, por medio de apoderado y ante el Tribunal en mención, la demanda que dio origen a este negocio, a fin de que siguiendo las normas de procedimiento contenidas en el Capítulo XXII del C. C. A. se condene al Municipio de Neiva a pagarles la zona de terreno que ocupó con un nuevo cauce hecho al río "Las Ceibas" y los daños causados con motivo de esa obra.

En los hechos que a continuación se compendian, fundamentaron los actores su demanda:

En la noche del sábado 22 de abril de 1950 un fuerte aguacero hizo crecer las aguas del río Las Ceibas en tal extremo que desbordando su cauce inundaron considerable zona del perímetro urbano de la ciudad de Neiva. En vista de esto el Municipio procedió inmediatamente a cambiar el curso de las aguas en aquel sector y para ello, sin consentimiento de los demandantes abrió, en terrenos de éstos, en la margen contraria a la inundada, un nuevo cauce al río. De esta manera no sólo consumó la ocupación de una faja de terreno perteneciente a los actores sino que les causó graves perjuicios consistentes en la destrucción de una cerca de alambre, una arboleda que defendía aquellos terrenos de las avenidas del río, y cultivos artificiales de pasto y colinos de plátano.

Con el libelo presentaron los demandantes algunas escrituras públicas para demostrar que son propietarios exclusivos de la finca denominada "La Cucaracha", a la cual corresponde la zona ocupada, y adujeron también copia auténtica del nombramiento y de la posesión del doctor Jorge Antonio Navarro como Ingeniero Director de Obras Públicas Municipales, y un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

El Fiscal del Tribunal, al evacuar el traslado de la demanda, expresó que la mayoría de los hechos no le constaban, y que otros, así como las declaraciones impetradas, son cuestiones que corresponden a la decisión final del juicio.

El Personero Municipal de la entidad demandada dio también respuesta a la demanda negando a los autores toda causa, razón y derecho, infirmando algunos hechos y aceptando otros.

Trabada así la litis se abrió a prueba el juicio y dentro del término correspondiente se practicaron las diligencias pedidas por las partes, entre ellas una de inspección ocular, con intervención de peritos. Se corrieron luego los traslados para alegar de conclusión, se citó después para sentencia y se pronunció, el 2 de mayo de 1951 como ya se ha dicho, el fallo que es materia del recurso ahora en estudio. En él se condena al Municipio de Neiva a pagar a los demandantes Alfredo y Alejandro Lozano B. la suma de mil cuatrocientos veinticuatro pesos "como indemnización por la expropiación de una faja de terreno que hacía parte de la finca denominada "La Cucaracha" de propiedad de los beneficiados...": se dispone que para la efectividad de ese pago se debe extender la correspondiente escritura pública de dominio a favor del Municipio, al que se le condena igualmente a pagar a los mismos señores Lozano B. "una cerca de alambre de dos cuerdas y de una longitud de doscientos sesenta y dos metros (262 mts.), cuyo valor se fijará al

ejecutarse esta sentencia", y se niegan las demás peticiones de la demanda.

En el trámite de la segunda instancia que se surtió, como atrás queda dicho, en el Consejo de Estado, no hubo solicitud de pruebas y solamente alegó el señor Fiscal de la Corporación para pedir la revocatoria de la sentencia objeto del recurso, a fin de denegar las peticiones de la demanda, pues considera que los demandantes no han demostrado el dominio sobre la parte litigiosa del terreno toda vez que, según los títulos, el lindero sur de la finca de La Cucaracha lo constituye el río Las Ceibas, o sea el cauce de dicho río y ese cauce, o conducto descubierto por donde corren las aguas, "es el mismo que el Código Civil reputa como bien de uso público, y conserva la calidad de tal mientras esté sujeto a la ocupación y desocupación alternativa de las aguas...".

Para resolver se considera:

Al disponer el artículo 264 del C. C. A. que en la demanda debe expresarse, en primer término, "el carácter o título con que la indemnización se reclama" es porque, indudablemente, el primero de los elementos axiológicos de indemnización de perjuicios con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada a causa de trabajos públicos, es el de dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien ocupado. Por eso ha considerado la Corte que en estos juicios lo primero que debe estudiarse cuidadosamente es la comprobación de dicho elemento y al respecto ha dicho:

"No se discute, en estos juicios, el dominio de los bienes raíces; mas, no obstante, él debe demostrarse de manera plena, puesto que si se condena a la entidad demandada a pagar, a título de indemnización, el valor del inmueble ocupado, es obvio que el actor está obligado a transferirle el derecho de propiedad en dicho inmueble, y entonces esa transferencia debe hacerse cumpliendo, al respecto, todos los ordenamientos legales, entre ellos el de establecer la tradición completa del mismo inmueble para lo cual es indispensable el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., certificado que ha de referirse a un período de veinte años. Así lo exige, para los juicios de expropiación, el artículo 852 del C. J. al disponer que la entidad oficial demandante acompañe a su libelo dicho certificado, porque el legislador tuvo en cuenta, seguramente, lo relativo a la transferencia del dominio de que se viene hablando. De manera que si tal requisito es legalmente indispensable en aquellos procesos, también debe serlo en éstos, por existir en unos y otros la misma razón, la de que para la mutación del dominio, en cierto modo forzosa, es preciso establecer en autos que el inmueble se encuentra libre de gravámenes y de vicios que puedan afectarlo, porque de lo contrario quedaría menoscabada, en el comprador, su calidad de dueño. Además, sin la plena comprobación de su propiedad el demandante carece de personería suficiente para reclamar la indemnización: o, dicho en otros términos, mientras él no establezca debidamente que es dueño de la zona ocupada, para acreditar así que su personería es legítima —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva— no es posible, jurídicamente, ninguna decisión acerca de las declaraciones pedidas en la demanda.

"Todas estas razones imponen al juzgador la obligación de examinar, en primer lugar, si el demandante es dueño de la zona cuyo pago reclama. Para ello deben estudiarse cuidadosamente los títulos traídos al juicio, para ver si tienen o no plena eficacia legal, puesto que tratándose de bienes raíces el derecho de dominio debe comprobarse con la escritura pública correspondiente, registrada en debida forma, y el certificado sobre suficiencia de ese título, por un período no menor de veinte años, que es el término fijado por la ley para que se extinga la acción ordinaria que pueda surgir en el caso de que la propiedad esté afectada por alguna irregularidad esencial, ya que sin esa certificación, o con una por menor tiempo, no se puede saber si en los veinte años se haya o no inscrito un título en que conste alguna condición resolutoria o cualquier otro defecto de esa naturaleza, título que, en caso de existir y tener vigente su inscripción, incidiría en la tradición del dominio". (G. J. número 2170, páginas 402 a 404).

Los títulos acompañados a la demanda, debidamente registrados, demuestran que los señores Alfredo y Alejandro Lozano B. adquirieron, por compra hecha a las señoras Abigail Solano de Cherry, Manina o Mariana Solano de Solano y María de los Angeles Solano Duque, varios derechos de dominio en la finca denominada La Cucaracha; pero el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Neiva, expedido el 22 de junio de 1950, no satisface las exigencias del artículo 635 del C. J., pues él se contrae únicamente a relacionar las ventas hechas por las citadas señoras Solanos a los demandantes y a dar cuenta del convenio o partición amigable que en lo relativo a aquellos de-

rechos habían consignado éstas en escritura pública suscrita varios años antes. Y aunque el dicho certificado contiene la afirmación de que los señores Alfredo y Alejandro Lozano B. son los actuales poseedores inscritos del inmueble denominado "Ceibas" o "Cucarachas", en la proporción establecida en los cuatro primeros puntos de la misma certificación, también se manifiesta que ella se expide "previo examen de los Libros de Registro respectivos, con sus duplicados, etc., en un período de 18 años contados de la fecha de hoy hacia atrás".

Salta, pues, a la vista, que el tiempo a que se refiere la certificación es inferior a veinte años, por lo cual el certificado no constituye una prueba eficaz sobre la suficiencia de los títulos mediante los cuales adquirieron los demandantes el inmueble a que se refiere la demanda; y sin la completa demostración de la suficiencia de tales títulos no es posible, por las razones anotadas, resolver a fondo acerca de las declaraciones pedidas en la demanda porque "se carece de la prueba legalmente admisible para acreditar el interés jurídico del demandante en el pleito, es decir, la de ser legítimo dueño del inmueble". Por tanto no queda otra alternativa que fallar en forma adversa las pretensiones de los actores porque, como también lo ha dicho esta Sala, "la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción de parte del actor", pues no se trata de un presupuesto procesal sino de un elemento estructural de la acción que se requiere necesariamente para obtener sentencia favorable.

En mérito de todas estas consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo recurrido y en su lugar absuelve a la entidad demandada de los cargos contra ella formulados en la demanda.

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

Manuel Buenahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo—Camilo Rincón Lara — Manuel Escobar M., Ofl. Mayor.

LA PRESCRIPCION COMO MODO DE EXTINGUIR LAS ACCIONES JUDICIALES. — CUANDO SE DECRETA LA NULIDAD EN UN JUICIO, A PARTIR DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA, LA NOTIFICACION DE ESA DEMANDA, QUE HA PERDIDO SU EFICACIA LEGAL, NO TIENE LA VIRTUALIDAD DE INTERRUMPIR LA PRESCRIPCION

1.—La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones también ajenas por haberse poseído aquéllas o no haberse ejercido éstas durante cierto lapso determinado por la ley (artículo 2512 C. C.).

Se dice prescribirse una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.

El juez no puede declararla de oficio y quien quiera aprovecharse de ella deberá alegarla (artículo 2513 ibídem).

Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra de la Nación, del Territorio, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de los menores, los dementes, los sordomudos y todos los que estén bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría.

En relación con esta norma tiene establecido el artículo 2541 ib., que no se tomará en cuenta la suspensión cuando hayan transcurrido 30 años a partir del nacimiento de la acción. La ley 50 de 1936 redujo a veinte este término, mas en virtud del principio de la no retroactividad de la ley, tiene la jurisprudencia establecido que no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que el legislador haya querido modificar el término de las prescripciones que habían empezado a correr bajo el imperio de la ley antigua y que al prescribiente que quiera ampararse en el artículo 1º de la ley 50, deberá contársele el lapso prescriptorio solamente desde la fecha en que la referida ley principió a regir.

2.—Si se declara nulo todo lo actuado en un juicio a partir del auto admisorio de la demanda, todas las actuaciones adelantadas hasta ese momento, inclusive la notificación de la demanda, pierden su eficacia legal. De esta suerte, será la fecha en que se hace legalmente esta última notificación, la que habrá de servir de referencia cierta para contar el lapso señalado por la ley para la prescripción. Así lo tiene establecido la Corte en su jurisprudencia. (Cas. agosto 19 de 1941, G. J. 1978, pág. 193).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente. Dr. Manuel Buenahora)

En virtud de la apelación interpuesta por la parte actora, conoce hoy la Sala de la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín, con fecha cinco (5) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953), en el juicio ordinario propuesto por doña Lya Arango de Martínez contra el Departamento de Antioquia, el Municipio de Medellín y las siguientes personas: "doña Eva Uribe v. de Arango, mujer viuda mayor de edad y vecina de este distrito, quien comparecerá como cónyuge sobreviviente, como albacea de la sucesión, como acreedora de la misma y como cedente de bienes; a los señores acreedores de don Luis Eduardo Arango, que hicieron parte del concurso de acreedores, y a cuyo favor se cumplió la cesión, a saber: Vásquez Correa & Cía., sociedad inexistente hoy, a quien califico de persona incierta para los efectos legales del emplazamiento; Natalia Arango, mayor de edad y vecina de Medellín; Leocadio M. Arango U., mayor de edad y vecino de Medellín; Enrique Mejía O., mayor de edad y vecino de Medellín; Néstor Vallejo, mayor de edad y vecino de Medellín; Juan A. Giraldo, cuya residencia, domicilio o vecindad ignoro, a efecto de lo cual hago la manifestación, para que sea emplazado; Rafael del Castillo & Cía., sociedad cuyo domicilio y representación ignoro, y que califico de persona in-

cierta y ausente del lugar del juicio, para al efecto de su emplazamiento; Ed Victor Sperlyng, persona cuyo domicilio y vecindad ignoro, y que pido su emplazamiento en los términos legales; Mutualidad Nacional, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, y que la demandó representada por su Gerente Antonio Uribe W.; Macario Alvarez, cuyo domicilio y vecindad ignoro y pido sea emplazado; Firming Degremont, cuyo domicilio y vecindad ignoro y pido sea emplazado; A. Held, cuyo domicilio y vecindad ignoro y pido sea emplazado; Antioquia Comercial, cuya existencia ignoro, así como su representación y en consecuencia pido el emplazamiento de tal sociedad y de sus representantes; Palau & Iturria, Sociedad cuyo domicilio, existencia y representación ignoro, y por ello pido su emplazamiento; Carlos Restrepo & Cía., Sociedad cuyo domicilio y representación ignoro y que en consecuencia debe ser emplazado; doctor Francisco E. Tobar, mayor y vecino de Medellín; Juan de Dios Uribe G., cuyo domicilio y vecindad ignoro y pido sea emplazado, él o sus herederos pues lo presumo muerto; Iglesia de San Francisco, representada por el señor Arzobispo de Medellín, doctor Tiberio de J. Salazar H., mayor de edad y vecino de Medellín; Camilo Halaby, mayor de edad y vecino de Medellín; Weryerbeg Hermanos, cuyo domicilio, representación y residencia ignoro, y pido sean emplazados; David Eggers, persona cuya residencia, domicilio o vecindad ignoro, que en consecuencia pido sea emplazada; José Ochoa M., mayor de edad y vecino de Medellín; Antonio J. Caviria, mayor de edad y vecino de Medellín; doctor Eladio Ochoa, mayor de edad y vecino de Medellín; Arango Uribe y Cía., Sociedad cuya representación, domicilio y vecindad ignoro, que en consecuencia debe ser emplazada; Leocadio M. Arango A., mayor de edad y vecino de Medelllín; doctor Francisco Echeverri, quien ya murió, por lo cual, el traslado debe hacerse a los herederos; al efecto denuncio como tal, a la señora doña Rosalía Duque v. de Echeverri, mayor y vecina de Medellín, al señor Hernando Echeverri, mayor de edad y vecino de Medellín, al doctor Martiniano Echeverri, mayor de edad y vecino de Medellín, y a los doctores Jacinto y Jesús Echeverri, mayores de edad y vecinos de Bogotá . . ".

De autos aparece lo siguiente:

1º—El seis (6) de julio de 1916, la señora Eva Uribe de Arango, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, hizo formal cesión de los bienes de la sucesión de su esposo señor Luis Eduardo Arango; pidió que dicha sucesión fuera declarada en quiebra y que se formara concurso de acreedores, tomando por base el respectivo juicio de sucesión.

Aceptada la petición se reunió la junta general de acreedores el 30 de septiembre de 1916 y resolvió designar otra junta compuesta por los señores Rafael Lassance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, a fin de que, como mandatarios de la junta general, recibiera todos los bienes y pertenencias del concurso, los realizara y repartiera su valor entre los acreedores. A esta junta le fueron otorgadas facultades omnímodas en cuanto al mandato que se le confió.

En ejercicio de sus facultades la junta transfirió a título de venta al Departamento de Antioquia una casa de la sucesión por escritura pública número 2491 de 20 de noviembre de 1916, Notaría Primera de Medellín, y posteriormente, el 27 de septiembre de 1927, el Departamento transfirió la misma casa al Municipio de Medellín por escritura 2604 de la fecha citada, extendida ante el Notario 3º de la misma ciudad.

2º—El 26 de noviembre de 1934 la señora Lya Arango Uribe demandó ante el H. Tribunal Superior de Medellín al concurso de acreedores, representado por los señores Lassance, Vallejo y Peláez, lo mismo que al Departamento y al Municipio mencionados a fin de que se declarara la nulidad de los contratos de que dan cuenta las escrituras mencionadas y se declarara consecuencialmente que la casa objeto de ellos pertenecía a la sucesión de Luis Eduardo Arango, o a los herederos de éste, o a la sociedad conyugal formada por Luis Eduardo Arango y Eva Uribe, líquida o ilíquida.

Al contestar la demanda los señores Vallejo y Peláez propusieron las excepciones dilatorias de inepta demanda e ilegitimidad de la personería, y en providencia de fecha 8 de mayo de 1936 el Tribunal del conocimiento declaró probada la segunda de las excepciones nombradas. Esta providencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 29 de enero de 1937.

3º—Dos años después, el 25 de enero de 1939, la misma señora Aya Arango, quien para entonces había contraído matrimonio con el señor Bernardo Martínez, propuso la demanda con que se inició este juicio, obrando ella "como heredera de don Luis Eduardo Arango en su calidad de hija legítima", y a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"1ª—Que es nula y de ningún efecto la cesión de bienes hecha por doña Eva Uribe v. de Aran-

go, a favor de los acreedores de la sucesión de su esposo, señor Luis Eduardo Arango, por memorial presentado ante el Juez 1º de este Circuito y fechado el seis de julio de 1916.

"2ª—Que es nula de nulidad absoluta o relativa, como se le considere, el contrato de compraventa, de que da cuenta la escritura número 2491 de 20 de noviembre de 1916, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito y por medio de la cual los señores Rafael Lassance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, venden al Departamento de Antioquia el objeto de este juicio.

"3ª—Que es nulo de nulidad absoluta o relativa, como se le considere, el contrato de permuta celebrado entre el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, de que da cuenta la escritura número 2304 de 27 de septiembre de 1927 pasada en la Notaría 3ª de este Circuito y por medio de la cual el Departamento transmitió al Municipio, el bien objeto de este juicio.

"4º—Que son nulos los registros públicos hechos en la Oficina de Registro de las escrituras números 2304 de 27 de septiembre de 1927 citada y 2491 de 20 de noviembre de 1916 también citada, y que en consecuencia tales registros no dan cuenta de transmisiones de dominio de la propiedad a que ellas se refieren o no causan la transmisión de dominio o no la causaron en la época en que se hicieron tales registros.

"5º—Que se declare en consecuencia que la casa individualizada bajo el hecho 6º de la demanda y que fue transmitida primero al Departamento de Antioquia y luego al Municipio de Medellín, quien figura como actual poseedor, pertenece a la sucesión de Luis Eduardo Arango o a los herederos de éste, o a la sociedad conyugal iliquida formada por él y la señora Eva Uribe de Arango, en dominio y propiedad, y que pertenece en consecuencia en posesión y propiedad a una o alguna de estas personas.

"6º—Que los demandados deben pagar las costas de ese juicio, si se opusieren, y que el Municipio de Medellín o todos los demandados están en la obligación de entregar este bien a la persona o personas a cuyo favor se declare el dominio de él, según la petición anterior y que sean condenados a los frutos civiles del bien desde el 20 de noviembre de 1916, hasta el día en que se verifique la entrega".

Los hechos de la demanda los sintetiza el Tribunal así:

"Doña Lya Arango en fecha noviembre 20 del año de 1934 propuso una acción ordinaria a los señores Rafael Lassance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, en su carácter éstos de miembros de la junta de concurso de acreedores formada en la sucesión del finado señor Luis Eduardo Arango y contra el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, con el fin de que se decretase la nulidad de unos contratos.

"En la sentencia con la cual finalizó este juicio y cuyo pronunciamiento lo fue el ocho de mayo de 1936 esta Corporación declaró establecida la excepción dilatoria de "Ilegitimidad de la personería" de los señores Lassance, Vallejo y Peláez y fue confirmada por la H. Corte Suprema de Justicia en 29 de enero de 1937 por lo cual dice el abogado actor, "reformo la demanda por este memorial".

"El fallecimiento del señor Arango tuvo lugar el 13 de febrero del año de 1916 y su causa mortuoria se inició en el Juzgado 1º de este Circuito y en vista de que esta entidad soportaba fuertes cargas u obligaciones, la esposa de éste doña Eva Uribe v. de Arango en su carácter de albacea, hizo cesión de bienes en favor de sus acreedores, obrando ésta con la investidura anotada y como representante de sus hijos menores, carácter este último con el cual no podía obrar en razón de que éstos tenían curadores en el juicio mortuorio y por ser ella acreedora de la misma sucesión y al mismo tiempo favorecida con la cesión que ella misma hizo.

"En vista de la oferta de la preanotada cesión el Juez dispuso abrir un concurso de acreedores, embargar los bienes relictos, ordenar su ocupación, etc., y declaró así abierto tal concurso.

"Entre los bienes que hicieron parte de la cesión aludida, figura una casa de habitación ubicada en la calle de Calibío de esta ciudad con sus servicios de agua, instalación de energía eléctrica y demás mejoras y anexidades y delimitada por los siguientes puntos: "Por el frente o sur con la calle de Calibío; por el Norte y Oriente con propiedad que fue del Departamento de Antioquia y por el Occidente con la carrera de Cundinamarca, donde se encuentra o se encontraba una casita de balcón, lindando también por este lado con propiedad que fue del doctor Avelino Saldarriaga y después del Departamento de Antioquia".

"Formado así el concurso de acreedores, sus miembros en la reunión que tuvieron y en la cual estuvo presente doña Eva Uribe como acreedora de un crédito por suma de pesos, representada por el doctor Francisco Cardona S. resolvieron: 'Designar una Junta de acreedores para recibir todos los bienes y pertenencias del concurso, rea-

lizarlo, repartirse su valor entre todos los acreedores, respetando los privilegios e hipotecas y liquidar las cuentas en forma legal, Junta que quedó con facultades completas para enajenar los bienes, bien a acreedores o extraños en los términos, con facultades omnímodas en cuanto al mandato conferido, pero advertida, según la misma resolución, que si hubiere formalidades especiales que llenar para la transmisión de algunos bienes, procedería a hacer valer las acciones conducentes a tal fin en calidad de mandatarios judiciales. Esta junta quedó integrada por los señores Rafael Lessance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, como principales, y Rafael Pérez, Enrique Mejía O. y Climaco Palau como suplentes'.

"Mal interpretado el mandato, los tres primeros señores procedieron a vender al Departamento de Antioquia, según la escritura número 2491 de 20 de noviembre de 1916 de la Notaría 1ª de este Circuito y sin haberse protocolizado el juicio y el concurso, el inmueble ubicado en la calle de Calibío descrito, que luego pasó al Municipio de Medellín por transmisión que le hizo la primera entidad, en escritura número 2304 de 27 de septiembre de 1927, de la Notaría 3ª del Circuito.

"En la reunión de acreedores verificada con ocasión al concurso de acreedores declarado, no se llegó a arreglo alguno en los términos del artículo 76 de la Ley 40 de 1907, ya que sólo fue aprobada la proposición del doctor Francisco Echeverri, con el fin de designar los síndicos y señalar la facultad de éstos para vender los bienes concursados, proposición que no tuvo ni tiene la virtud de constituir en favor de sus acreedores un título adquisitivo sobre los bienes mortuoriales, puesto que siguieron radicados en cabeza del finado señor Arango, porque la providencia aprobatoria de lo resuelto por la Junta no ordenó, pues no podía hacerlo, la cancelación de los registros, debido a que éstos eran simples mandatarios que sólo tenían en su poder los bienes.

"Como consecuencia de estas circunstancias los bienes y en especial, el inmueble objeto de estas actuaciones, siguieron radicados en el señor Arango o su sucesión, pues no existió sentencia judicial en contrario, ni acto alguno dispositivo de sus dueños o herederos para que así se pudiera cancelar el registro y porque la cesión de bienes no causa mutación en la propiedad.

"En armonía con el procedimiento civil ya indicado (Ley 40 de 1907) y en vista de no haber ocurrido arreglos en esa reunión, sino un mandato de operar para la liquidación ya que las demás deudas quedaron canceladas, forzosamente era el caso de llegar al remate de los bienes en atención al artículo 100 de dicho estatuto legal.

"La expresada cesión que hizo doña Eva Uribe v. de A. es totalmente nula por no tener ella capacidad de hacerlo, ni como albacea, ni como cónyuge: porque únicamente representaba su interés en la sociedad conyugal ilíquida; ni como representante de sus hijos por cuanto éstos tenían su curador: y aún admitiendo su carácter de curadora, tampoco puede existir en ésta dicha capacidad para disponer de bienes y por último, por cuanto a que ella era también acreedora en el concurso.

"Fuera de estos impedimentos y suponiendo que en tal evento se hubiera obrado por persona con capacidad legal de disposición, tales bienes debieron haberse transferido mediante la subasta pública en razón de la existencia de menores hijos del causante, con lo cual se tiene que la permuta verificada por el Departamento con el Municipio de Medellín quedó afectada de nulidad por la omisión en cuanto se prescindió de la subasta en la venta que se hizo por la primera entidad.

"Como la cesión de bienes en armonía con el artículo 1678 del C. C. no transfiere el dominio, sino la facultad de disponer de ellos o de sus frutos, hasta pagarse sus créditos y siendo éstos de la sucesión del señor Arango en la que fueron reconocidos como herederos sus hijos legítimos Luis Eduardo, María, María Josefa, Samuel, Betsabé, Lya y Héctor Arango Uribe, todos menores al acto dispositivo y dada su incapacidad, los bienes no pudieron transferirse, sino en subasta pública.

"La señora Eva Uribe de Arango al hacer cesión de los bienes de la sucesión verificó una transmisión sobre los derechos hereditarios de sus hijos y esta negociación se hizo sin previo decreto judicial.

"La expresada demandante instauró demanda en veinte de noviembre de 1934 y su mayor edad la obtuvo en 27 de marzo de ese mismo año, por lo cual se operó la interrupción de la prescripción a que alude el artículo 1751 del C. C.

"Por último, como se declaró en la sentencia de excepciones que finalizó el proceso a que se refiere la demanda de 20 de noviembre anotada, es por ello que el libelo llama como demandados a todos los acreedores en forma personal o mediante sus sucesores.

"Debe anotarse, según las expresiones del li-

pelo que el abogado de la señora Arango de Martínez expresa que esta demanda es reformatoria de la anterior que se propuso contra los mismos acreedores del concurso, pues así lo manifiesta no sólo en la iniciación de la parte motiva de su demanda sino también en el apoderamiento que le fue conferido".

En derecho fundó su acción el demandante en las disposiciones 303, 483, 484, 1750, 1761, 1013, 480, 1678 y 1743 del C. C. y en el artículo 47 de la ley 100 de 1892.

4º— Como cuestiones fundamentales merecen destacarse las dos siguientes:

a) Que en el libelo de demanda presentado en enero de 1939, el actor manifiesta que por medio de él procede a reformar la presentada el 20 de noviembre de 1934 contra la Junta de acreedores representada por Rafael Lassance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, en la cual prosperó la excepción de ilegitimidad de la personería, según providencia del Tribunal de Medellín, confirmada por la Corte Suprema, como anteriormente se vio.

b) Que iniciado el juicio, se incurrió en algunas informalidades que no es del caso relatar pero que constituían motivo para una declaración de nulidad, y que, en proveído de fecha 21 de julio de 1947, se declaró nulo todo el proceso a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Subsanadas estas irregularidades y enderezado el proceso por las vías normales, se inició la notificación de la demanda a todas las personas señaladas como demandadas, habiéndose realizado la última con fecha 28 de julio de 1952.

Sentencia de primera instancia

Como todas las personas demandadas, con excepción de los herederos de don Luis Eduardo Arango, impugnaron los hechos y el derecho invocado por el actor, y todos, también, con la excepción expresada, propusieron la excepción de prescripción extintiva de la acción, el Tribunal del conocimiento la estudió en primer término, y por haberla hallado probada, así lo declaró en la sentencia que hoy se revisa.

Para ello el Tribunal aceptó que —contra lo afirmado por el actor— la demanda con que se inició este juicio, o sea la presentada el 25 de enero de 1939 no es ni puede considerarse como reformatoria de la otra que la misma demandante había presentado contra la Junta de Acreedores representada por los señores Lassance, Vallejo y Peláez en 1934; que habiendo fracasado ésta y el juicio a que dio origen precisamente con base en la "ilegitimidad de la personería", la prescripción que corría a favor de la parte aquí demandada no pudo interrumpirse con la presentación de dicha demanda, y que, como consecuencia natural debe decidirse que cuando se presentó la actual en enero de 1939, el cuatrenio exigido por el artículo 1750 del C. C., que debe contarse a partir de la fecha en que la demandante cumplió su mayor edad, o sea el día 27 de marzo de 1934, estaba ya cumplido.

Agrega el Tribunal que aún en el caso de considerarse que la acción propuesta pudiera generar la declaratoria de una nulidad absoluta, la prescripción habría también de declararse cumplida por haber transcurrido más de treinta 30— años desde el otorgamiento de la escritura pública número 2491 de 20 de noviembre de 1916 por la cual se traspasó al Departamento de Antioquia el derecho de dominio de la casa en disputa hasta el veintiocho (28) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), fecha en que se notificó legalmente la presente demanda (fs. 190 y 190 v. C. número 2).

Consideraciones de la Sala

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones también ajenas por haberse poseído aquéllas o no haberse ejercido éstas durante cierto lapso determinado por la ley (artículo 2512 del C. C.).

Se dice prescribirse una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.

El juez no puede declararla de oficio y quien quiera aprovecharse de ella deberá alegarla (artículo 2513 ibidem).

Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación, del Territorio, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de los menores, los dementes, los sordomudos y todos los que estén bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría.

En relación con esta norma tiene establecido el artículo 2541 del C. C. que no se tomará en cuenta la suspensión cuando hayan transcurrido treinta (30) años a partir del nacimiento de la acción. La ley 50 de 1936 redujo a veinte este término,

mas en virtud del principio de la no retroactividad de la ley, tiene la jurisprudencia establecido que no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que el legislador haya querido modificar el término de las prescripciones que habían empezado a correr bajo el imperio de la ley antigua y que al prescribiente que quiera ampararse en el artículo 1º de la ley 50 citado, deberá contársele el lapso prescriptorio solamente desde la fecha en que la referida ley principió a regir.

En el caso de autos los apoderados de las partes han centralizado sus alegaciones sobre el punto de saber si la demanda presentada en 1939 es o no reformatoria de la presentada en 1934 para saber si en virtud de la notificación que de ésta se hizo se interrumpió o no la prescripción. La demandante sostiene que es reformatoria en tanto que la demandada afirma que por haberse declarado, con ocasión de la presentada en 1934 que era ilegítima "la personería de los señores Rafael Lassance, Néstor Vallejo y Ramón Peláez, demandados como representantes del concurso de acreedores de la sucesión de Luis E. Arango" (f. 15 vto.), la presentada en 1939 es una nueva demanda y que las primeras actuaciones no alcanzaron a constituir el recurso judicial capaz de interrumpir la prescripción pues conforme al artículo 2543, numeral 1º del C. C., es necesario que la notificación se haya hecho en forma legal.

No considera la Sala necesario detenerse en este punto pues habiéndose declarado nulo todo lo actuado en el juicio a partir del auto admisorio de la demanda, según providencia de 21 de julio de 1947 (f. 96 v. C. 2), todas las actuaciones adelantadas hasta ese momento, inclusive la notificación de la demanda, perdieron su eficacia legal. De esta suerte, será la fecha en que se hizo legalmente esta última notificación, la que habrá de servir de referencia cierta para contar el lapso señalado por la ley para la prescripción.

La Corte ha dicho:

"Como viene ya expresado en el fallo de primer grado, la demanda con que se inició este juicio fue presentada el 25 de febrero de 1935 y notificada el 15 de marzo siguiente. Por auto de 12 de agosto de 1937 se declaró nulo todo lo actuado en este proceso desde su iniciación y es indudable que tal declaratoria de nulidad cobijó y dejó sin valor alguno la notificación de la demanda, puesto que no hizo ni podía hacer excepción alguna en la referida declaratoria.

"Tal notificación de la demanda, al quedar sin valor ni efecto alguno en virtud de la declaratoria de nulidad del proceso, no pudo producir el importante efecto jurídico de interrumpir la prescripción incoada, porque el artículo 2539 del C. C. dispone que la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524. Y precisamente el caso primero de excepción taxativamente señalado en dicho artículo 2524 consiste en que la notificación de la demanda no haya sido hecha en forma legal.

"Como en este juicio tal notificación, evacuada el 15 de marzo de 1935, no fue hecha en forma legal y fue por último declarada nula, hay que concluir forzosamente que no pudo producir el efecto importante de interrumpir la prescripción de la acción incoada en este proceso". (Casación, 19 agosto 1941. G. J. número 1878, pág. 193)". (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Orozco Ochoa, Tomo VII, pág. 534).

Sin que valga alegar que la nulidad declarada en el proceso no se originó en la indebida notificación de la demanda al Departamento de Antioquia y al Municipio de Medellín, pues la ley no autoriza la anulación del proceso en relación con uno de los litigantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada. La nulidad se refiere al proceso y perjudica o favorece a todos los interesados en él, pues "si se admitiese que determinada actuación es nula en lo que respecta a uno solo de los componentes de cualquiera de las partes, y válida en lo que atañe al otro y otros componentes de la misma parte, se rompería la unidad de relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componentes de cada grupo de contendientes". (G. J. XLIX, 903).

Según consta de autos la última notificación a los demandados se hizo el 28 de julio de 1952 (f. 192 C. 2), fecha en la cual los herederos de don Eladio Ochoa se dieron por notificados de la demanda nuevamente instaurada, o reformada.

Lo anterior quiere decir que sólo en esa fecha vino a cumplirse la notificación legal que conforme al artículo 2524 sirve para la interrupción civil de la prescripción, y que habían transcurrido más de treinta (30) años desde cuando se verificó la cesión de bienes hecha por doña Eva Uribe v. de Arango a los acreedores de su esposo (6 de julio de 1916) y se celebró el contrato de compraventa de la casa en discusión con el Departamento de Antioquia (escritura 2491 de 20 de noviembre de 1916, Notaría 1ª de Medellín).

De otra parte, debe recordarse que la prescrip-

ción que extingue las acciones y derechos, al igual que la usucapión, se suspende en favor de las personas enumeradas en el numeral 1º del artículo 2530 del C. C. y que al tenor de las constancias que obran en autos, la demandante señora Arango de Martínez sólo vino a cumplir su mayor edad el día 27 de marzo de 1934 por haberse acreditado que su nacimiento tuvo lugar el 26 de marzo de 1913 (f. 28 cdo. proceso anterior). De donde se infiere que la prescripción a cargo de ésta se suspendió hasta la fecha primeramente citada.

De conformidad con los términos en que vienen redactadas las peticiones de la demanda, el actor no determina la clase de nulidad —absoluta o relativa— que según su concepto afecta a los actos y contratos contenidos en las escrituras 2491 de 20 de noviembre de 1916 y 2304 de 27 de septiembre de 1926 por las cuales se transfirió el derecho de dominio sobre la casa objeto del pleito primero al Departamento de Antioquia y luego al Municipio de Medellín. Se limita a pedir que son nulos, "de nulidad absoluta o relativa, como se la considere", los referidos contratos.

Pero dado que los motivos de nulidad que se alegan se hacen provenir de una indebida representación de los menores herederos de don Luis Eduardo Arango en el acto de cesión de bienes hecha a los acreedores de la sucesión y en el contrato de compraventa celebrada por los representantes de éstos con el Departamento de Antioquia, fácilmente se comprende que se trata de una nulidad relativa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1741 del C. C. que dice:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

"Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

En efecto, ha dicho la Corte que están afectados de nulidad relativa los actos jurídicos que atentan contra los intereses individuales de las partes. (G. J. Tomo XLII, 372; XLIX, 71; LIX, 424).

En el presente caso puede agregarse que la nulidad ha podido ser saneada por la ratificación que los menores hubieran podido hacer una vez llegados a la mayor edad.

De conformidad con el artículo 1750 del C. C. esta acción prescribe al cabo de cuatro años y "cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuatrenio desde el día en que haya cesado esta incapacidad".

Se tiene así que habiendo llegado la demandante a la mayor edad el día 27 de marzo de 1934, según se vio atrás, este cuatrenio estaba ya cumplido para el día 24 de abril de 1952 en que se terminó legalmente la notificación de la demanda a la parte demandada, o para los días 23 de octubre de 1947 o 3 de febrero de 1949, en que, respectivamente, se hizo la notificación legal de la misma demanda al Departamento de Antioquia y al Municipio de Medellín.

Por todo lo cual se concluye que la sentencia del Tribunal de instancia es legal y debe confirmarse, sin que sobre agregar, como se dice en la sentencia apelada, que aún considerando como absoluta la nulidad que se impetra, la prescripción se había cumplido para la época de la notificación de la demanda en forma legal por haber transcurrido más de treinta (30) años desde que en 1918 se realizó la cesión de bienes a los acreedores y se vendió la casa objeto de litigio al Departamento, hasta el 28 de julio de 1952, pues en tales circunstancias no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el artículo 2541 del C. C.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, proferida en este juicio por el H. Tribunal Superior de Medellín con fecha 5 de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

Costas a cargo del apelante.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

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

Manuel Buenabara — Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Manuel Escobar Melendro, Oficial Mayor.

ACCION EXHIBITORIA. — PRUEBA DE QUE LA COSA O DOCUMENTO CUYA EXHIBICION SE PIDE, ESTA EN PODER DEL DEMANDADO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

El señor Procurador de la Nación —Delegado en lo Civil— ha pedido dentro de la oportunidad procesal correspondiente, que la Compañía demandante en este juicio exhiba los siguientes documentos:

"...Libro o libros de actas de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. en los que figuren las actas correspondientes a las sesiones llevadas a cabo el 15 y 16 de febrero de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1946, y 23 y 25 de febrero de 1946;

"...los poderes conferidos por los accionistas para llevar su representación en las sesiones de la Asamblea General de Accionistas mencionadas en el hecho anterior. Los nombres de las personas representadas en esas sesiones, el número de sus acciones.

"...Libro o libros de registro de acciones de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. con el objeto de establecer si las acciones que figuran en las actas ya mencionadas se encuentran debidamente registradas en dichos libros y en cabeza de las personas que aparecen como accionistas en tales actas;

"...los talonarios correspondientes a las acciones originales expedidas y a los traspasos posteriores para determinar si se encuentran los comprobantes de expedición de títulos a favor de quienes asistieron personalmente o por medio de representante a la Asamblea tantas veces citada;

"...las relaciones y comprobantes sobre pago del impuesto de expedición y transferencia de acciones, en cuanto se refiere a la expedición o transferencia de títulos a favor de las personas que asistieron o se hicieron representar en las Asambleas ya mencionadas;

"...libro de Actas de la Junta Directiva de la Compañía Empresaria del Camino del Carare con el objeto de establecer si la transmisión de las acciones nominativas hechas a favor de las personas que asistieron a las Asambleas mencionadas fue aceptada por la Junta Directiva de la Empresa y el de establecer si la Junta convocó las Asambleas de Accionistas que con carácter extraordinario se reunieron en Bogotá el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945, y el 23 y 25 de febrero de 1946.

"...el título por 1.050 acciones que debió expedirse al señor Eduardo Dreyer en su carácter de Gerente de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, título que corresponde a las acciones que estaban reservadas para el Gobierno Nacional, en representación de la Nación.

Los hechos que la Nación se propone demostrar con los libros y documentos de la Compañía demandante, cuya exhibición pide, y que se refieren a la existencia legal de la sociedad, son:

"1) Que los señores Antonio Roldán Fernández, Eduardo Dreyer, Alberto Moya Tovar, Carlos Pinzón Azuero, Josué Olarte Angel, Carlos Uribe Gaviria, y A. González Fernández, quienes intervinieron en las sesiones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. verificadas en Bogotá los días 15 y 16 de junio de 1944 no tenían en esas fechas el carácter de accionistas de dicha Compañía.

"2) Que ni las sucesiones de Paúl Dreyer, Aristides Pinzón, Samuel Olarte, Pablo Vanegas, Rafael Uribe Uribe, Rodrigo González y Antonio M. Moreno, ni los señores A. y J. Moya Vásquez tenían el carácter de accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. el 15 y 16 de junio de 1944.

"3) Que los señores Antonio Roldán Fernández, Eduardo Dreyer, Alberto Moya Tovar, Carlos Pinzón Azuero, José Olarte, Carlos Uribe Gaviria y A. González Fernández no representaron válidamente de acuerdo con los requisitos señalados por los Estatutos a ninguno de los accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la mencionada empresa verificadas en Bogotá el 15 y 16 de junio de 1944.

"4) Que los señores Eduardo Dreyer, Anto-

nio Roldán Fernández, Enrique Restrepo, Alberto Moya Tovar, Josué Olarte Angel, Luis Hernán Vanegas, Octavio Benavides, Francisco de P. Vicaría, Carlos Uribe Gaviria y José María Quijano B. quienes intervinieron en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare verificadas en Bogotá el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946, no tenían en esas fechas el carácter de accionistas de la mencionada Compañía Empresaria del Camino del Carare.

"5) Que Clementina Pinzón viuda de Pinzón y las sucesiones de Rodrigo González, Elías Alvarez, Justo Olarte, Aristides Pinzón, Paúl Dreyer, Aurelio y Jorge Moya Vásquez, Samuel Olarte, Pablo Vanegas, Octavio Benavides, Clímaco Pinzón, Rafael Uribe Uribe y Rafael Quijano, no tenían el carácter de accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las fechas en que se llevaron a cabo las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas citada en el punto anterior, es decir, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946.

"6) Que los señores Eduardo Dreyer, Antonio Roldán Fernández, Enrique Restrepo, Alberto Moya Tovar, Josué Olarte Angel, Luis Hernán Vanegas, Octavio Benavides, Francisco de P. Vicaría, Carlos Uribe Gaviria y José María Quijano B. no representaron válidamente de acuerdo con los requisitos señalados en los Estatutos de la Compañía a ninguno de los accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare en las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas verificadas en Bogotá el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946.

"7) Que las Asambleas Extraordinarias de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. verificadas el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946 no fueron convocadas ni por la Junta Directiva de la Empresa ni por la Asamblea General de Accionistas.

"8) Que las decisiones tomadas en las sesiones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare verificadas en Bogotá el 15 y 16 de junio de 1944, el 17 y 18 de diciembre de 1945 y el 23 y 25 de febrero de 1946 violan los estatutos de la mencionada Compañía".

Al decorrer el traslado de la petición anterior, el apoderado de la Compañía demandante expresa:

"Con el mayor gusto serán exhibidos ante la H. Corte todos los documentos que mi poderdante señor Eduardo Dreyer, gerente de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, posee en relación con lo que es objeto de la acción exhibitoria, esto es, documentos creados a partir de su gerente que data del año 1944 (Junio). Con excepción de algunas copias auténticas de parte de los documentos que se hallan en el Ministerio de Obras Públicas, copias pedidas por el señor Eduardo Dreyer a ese Despacho, no hay en poder del mismo señor Dreyer documentos anteriores relacionados con la citada Compañía Empresaria del Camino del Carare y acerca de los temas aludidos a que se refiere la acción exhibitoria". Y agrega como razón para la falta de los documentos mencionados: "Precisamente por no haberse logrado que el Dr. Francisco José Camacho Gamba entregara tales documentos, libros, archivos etc. de fechas anteriores, y pertenecientes a la Compañía, el señor Dreyer presentó denuncia contra el mismo señor Dr. Camacho, ante el señor Juez de Instrucción Criminal de Bogotá, con fecha 18 de diciembre de 1945, y de todo ello ha tenido oportuno conocimiento la Superintendencia de Sociedades Anónimas".

Abierto a prueba el incidente por auto de fecha cinco (5) de marzo del año en curso, el señor Procurador pidió reposición de la providencia manifestando que el asunto debía fallarse de plano, por no ser necesario demostrar que los libros cuya exhibición demanda se encuentran en poder del Gerente de la Compañía, toda vez que por disposición legal —art. 58 Sa. Código de Comercio— "Los comerciantes deberán conservar los libros y papeles de su giro, hasta que termine de todo punto la liquidación de sus negocios"; y agrega, que si el Gerente de la Compañía Empresaria del Carare no lleva los libros que la ley ordena, o no los conserva en su poder, es él quien debe demostrarlo. La reposición fue negada precisamente con fundamento en esta última afirmación de la Procuraduría, y para dar oportunidad a la Empresaria del Camino del Carare de demostrar que los libros, documentos, archivos, etc. de fechas anteriores a la gerencia del señor Eduardo Dreyer no están en poder de éste, por retenerlos indebidamente el doctor Francisco José Camacho Gamba "con excepción de algunas copias auténticas de parte de los documentos que se hallan en el Ministerio de Obras Públicas, copias pedidas por el señor Dreyer a su Despacho..." En consecuencia, allegaron a los autos las que se encuentran en los cuadernos números 8 y 9.

Precluído el debate probatorio del incidente, ha llegado el momento de decidir sobre él, y para ello se hacen las siguientes consideraciones:

Las normas que regulan la acción exhibitoria, contenidas en el Capítulo II, Título V del Libro Segundo del Código Judicial, son claras en su texto, y su alcance en el derecho probatorio es preciso, por lo cual se evita —y ha evitado— crear situaciones conflictivas en su aplicación. Cuando una de las partes en el juicio pide a la otra parte que exhiba un documento que considera eficaz para demostrar un hecho fundamental de la litis, debe expresar concretamente cuál es ese hecho (Art. 300). No es éste un ordenamiento caprichoso de la ley sino una consecuencia lógica del efecto probatorio que consagra el artículo 301 ibidem, según el cual, si decretada la exhibición ésta no se lleva a cabo por renuencia del que deba hacerla, se tiene como probado en su contra el hecho que la otra parte quería demostrar. La gravedad que implica tal presunción de veracidad, impone consecuencialmente a quien ejerce la acción exhibitoria la carga procesal de "acreditar plenamente que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige", según el texto del artículo 300 antes citado.

Evidentemente ni ésta ni ninguna otra norma legal puede aplicarse mecánicamente, en forma que no obligue al juzgador a relacionarla con otras aplicables al caso sometido a su consideración. Pero aparte de que no es lícito desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 del C. C.), la carga probatoria que la disposición mencionada impone al demandante no es caprichosa, como ya se dijo, sino que halla su fundamento en la sanción que el artículo 303 ibidem establece.

De acuerdo con este artículo "Si decretada una exhibición no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar, si es admisible la prueba de confesión:..." Bien se comprende que una sanción de tal naturaleza grave no podría imponerse a quien no se le haya demostrado plenamente que la cosa o documento cuya exhibición se pide está en su poder; solamente en esa forma podría imputársele la renuencia de que habla la disposición mencionada y afirmarse que su conducta es desviada frente a la contraparte en el libre juego del ejercicio de derechos legítimos. Es sólamente esa renuencia, originada en un fraude a la ley, el único motivo que moralmente justifica la imposición de la sanción de declarar ciertos los hechos que la otra parte se proponía demostrar.

De la circunstancia de que el artículo 59 del Código de Comercio imponga a los comerciantes la obligación de llevar libros de contabilidad y de conservarlos, junto con todos los papeles y documentos relacionados con su giro hasta que termine totalmente la liquidación de sus negocio no puede presumirse que tales libros y papeles hayan sido llevados ni menos que se conserven en poder del comerciante.

Las presunciones legales son de derecho estricto y no pueden sino resultar del texto expreso de la ley.

Puede ocurrir, y en realidad ocurre con mucha frecuencia, que algunos comerciantes traten de ocultar sus libros y documentos; pero en casos tales, fácil es demostrar no sólo su existencia sino su posesión en poder del demandado mediante diversos medios, entre los cuales no es el menos importante el certificado de la Cámara de Comercio que los registró y entregó a su dueño, o con el de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para cuando se trate de empresas cuyo funcionamiento exige permiso especial de esa entidad y el cual no podría concederse sin haberse acreditado previamente el cumplimiento de la obligación de registrar tales libros. Producida esta prueba, si el demandado alega su desaparición por cualquier causa, será materia que deba resolverse frente a las pruebas allegadas para acreditar tal desaparición.

Estas son las tesis que ha venido sosteniendo la Corporación como puede verse de la G. J. Nº 2138, págs. 248 y ss.

Ya se ha visto que al dar contestación al traslado de la solicitud y exhibición, el apoderado de la Compañía expresa que el Gerente señor Dreyer posee los documentos creados a partir de su gerencia, que data de junio de 1944, pero no los correspondientes a los años anteriores porque los retiene el doctor Francisco José Camacho Gamba, contra quien ha formulado denuncia criminal por ese acto; que si el señor Procurador insiste en que tales libros y documentos se hallan actualmente en poder del señor Dreyer, está en la obligación legal de demostrarlo.

Para el caso de autos se observa que la Concesionaria de Petróleos Shell-Cóndor presentó un certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá del cual se desprende que la Sociedad Empresaria del Camino del Carare re-

gistró, en su tiempo, diversos actos de la sociedad así: a) reformas de la Compañía llevadas a cabo en los días 4 de mayo de 1920; 23 de mayo de 1946 y 30 de junio de 1944; b) designación de Gerentes y Vice-Gerentes llevadas a cabo en tre 5 y 20 de abril de 1920, en agosto 24 de 1928, en 1º de octubre de 1931, en 15 de junio de 1944 y en 15 de enero de 1954.

A su turno, la Empresaria del Camino del Carare, en orden a acreditar su aseveración excepti va, adujo a los autos las siguientes probanzas entre otras que vienen en copia expedida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas:

a) Memorial que la expresada Compañía dirige a la Superintendencia en diciembre de 1945 en el cual le da cuenta de que no habiéndole sido posible que el accionista Francisco J. Camacho Gamba devuelva "los libros de contabilidad y demás documentos que retiene indebidamente", se dispone a presentar contra dicho señor la correspondiente denuncia criminal; b) copia de la denuncia penal que con fecha 18 de diciembre de 1945 presentó contra el mismo señor Camacho por "abuso de confianza y retención indebida y dolosa de documentos ajenos", en la cual, bajo juramento, se expresa que Camacho recibió los libros y archivos de la empresa y se ha negado a devolverlos; c) copia de otro memorial dirigido a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, acompañado del certificado del juez 7º de instrucción criminal sobre la existencia del anterior denuncio, y en el que solicita se le amplíe el plazo que antes se le había concedido para el funcionamiento provisional de la Compañía; d) memorial de fecha 27 de agosto de 1946 reiterando la solicitud anterior; e) certificado del Fiscal 3º sobre el hecho de que para el 21 de agosto de 1946 el sumario de que tratan los números anteriores se hallaba en su poder para concepto; f) copia de otro memorial pidiendo ampliación del plazo antes concedido; g) copia del acta de visita practicada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas el 15 de junio de 1949 en la cual se ve que para ese día la situación de la sociedad es la misma que los visitadores habían encontrado anteriormente en lo referente a la imposibilidad de practicar la visita por no existir libros de contabilidad que registren movimiento alguno. Los únicos libros presentados por el Gerente son los siguientes: un diario, uno de Inventarios y balances, un mayor, debidamente registrados en la Cámara de Comercio con fecha 28 de noviembre de 1945. Y como auxiliares presentó un libro de Actas de la Asamblea General y Junta Directiva en el cual aparecen sentadas las Actas de 14 de junio de 1944 y 15 de enero del presente año. Un libro de Caja y otros de Gastos Generales; en la misma visita se expresa "Que la apertura de los libros de la Compañía no se ha podido efectuar debido a que los antiguos libros de la Empresa los sigue reteniendo indebidamente el señor Francisco J. Camacho Gamba, accionista de la compañía, contra quien se adelantó un juicio criminal . ."; h) copia del Acta de Conclusiones de la Visita a que se refiere el numeral anterior que dice: "...Como de la diligencia de visita queda plenamente establecido que la Compañía no lleva en la actualidad los libros a que está obligada de acuerdo con lo prescrito en el artículo 27 del C. de C. se le ordena que proceda a ello previa elaboración de un inventario físico de sus activos y pasivos, el cual será sometido a la aprobación o improbación de la Asamblea General de Accionistas que debe ser convocada para tal fin..."; i) presentó, además, declaraciones rendidas por los señores Alberto Moya Tovar, Josué Gabriel Olarte Angel, Francisco Vicaría, Carlos Pinzón y Carlos Uribe Gaviria, quienes en su carácter de accionistas de la Compañía opinan que el señor Camacho Gamba ha retenido los libros y archivos de la misma, lo cual les consta, porque habiendo pretendido tener la propiedad de un número elevado de acciones que pertenecieron al señor Francisco J. Fernández, siendo así que éste las había cedido al señor Antonio Roldán Fernández, como consta en documento, sólo se le ha reconocido por la Empresa como poseedor de las acciones que proporcionalmente le correspondan entre los herederos del señor Francisco Camacho, quien poseía un número de 301 acciones antes de morir.

Ninguno de los documentos anteriores constituye, por sí solo, plena prueba del hecho que pretende demostrar la Compañía Empresaria del Camino del Carare, pero en su conjunto tales elementos vienen a formar la convicción legal de que con anterioridad al año de 1944, el doctor Camacho Gamba retiene libros, archivos y documentos de la Compañía; que desde el 1º de octubre de 1931 hasta el mes de junio de 1944, la Compañía no tuvo actividades comprobadas, excepto la sesión llevada a cabo en la primera de las fechas citadas, en la que fueron elegidos los socios Washington Bernal y Francisco José Camacho como gerente y como vice-gerente en su orden. El único documento existente con anterioridad a 1944, de acuerdo con las pruebas que obran en autos, es la lista oficial

de accionistas que aparece a los folios 18 vto y 19 del C. Nº 7.

Y se dice que cada uno de los medios probatorios, tomados aisladamente, no tiene valor de plena prueba porque, en efecto, los varios instrumentos públicos que recogen los actos de la Compañía, contienen constancias y declaraciones provenientes de sus propios miembros; los testimonios rendidos en el incidente pertenecen también a accionistas de ella; y la denuncia formulada contra la persona de quien se dice retiene los libros, es acto del gerente, aunque autorizado por la entidad. Empero la circunstancia de que se haya tratado el punto de la retención de esos documentos, las declaraciones juradas, y además las certificaciones de funcionarios del ramo penal y del Ministerio Público acerca del adelantamiento de la investigación, son actos que indudablemente reflejan la situación de la Empresa respecto de esos libros y documentos. Y si a lo anterior se añaden los documentos emanados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, visita a esa entidad, acta de conclusiones y las resoluciones consiguientes, en donde se destaca el hecho de la carencia de libros que la Compañía estaba legalmente obligada a llevar, debe concluirse que tal acervo de elementos de juicio llevan al ánimo del juzgador la convicción de que la dicha Compañía no tiene actualmente los libros y documentos cuya exhibición se le demanda, anteriores a la Gerencia del Sr. Eduardo Dreyer —junio de 1944— ya porque los retiene un socio, o porque no hubo actividades de la Empresa durante largo tiempo.

Lo dicho es suficiente para que la exhibición solicitada prospere, en armonía con las conclusiones expuestas, y por hallarse reunidos los requisitos que exige el artículo 300 del Código Judicial.

Por lo expuesto, se resuelve:

Decrétase la exhibición de los libros, poderes, talonarios, comprobantes y título a que se refieren los apartes a) y h) de la demanda exhibitoria, y para los efectos en ella expresados, entendiéndose que tales documentos han de comprender el período comprendido de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) en adelante.

La exhibición decretada conlleva la práctica de una inspección ocular sobre los documentos mencionados; durante ella ha de permitirse tomar dibujo, copia o cualquier otro dato útil para la cuestión que se debate.

Nómbrase como testigos actuarios para este acto a los doctores Gustavo Bazzani y Bernardo Mejía Rivera. Si aceptan déseles posesión oportunamente.

Oportunamente se señalará fecha y hora para dar comienzo a la diligencia, en las Oficinas de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Manuel Buenahora — Jorge García Meriano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

Procedente del Consejo de Estado vino a la Corte, el juicio iniciado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por los señores Luis A. Orjuela, Clemente y Moisés Suárez contra el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial de Bogotá, sobre indemnización por trabajos públicos municipales de carácter permanente.

Peticiones de la demanda

En el respectivo libelo de demanda se formulan las peticiones que en seguida se copian:

"Primera. — Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar a mis mandantes, al día siguiente de la ejecutoria del fallo que debe recaer a esta demanda, la suma de **cuarenta mil pesos** ($ 40.000.00) moneda corriente, o la que resulte conforme avalúo pericial, valor de una zona de terreno que el Municipio ocupó con trabajos públicos de carácter permanente y que por el Norte mide quince metros (15 mts.); por el Sur, quince metros (15 mts.); por el Oriente, treinta y seis metros (36 mts.); y por el Occidente, treinta y seis metros (36 mts.), zona que hace parte de un globo de terreno situado en el Barrio de San Victorino de esta ciudad, distinguido en sus puertas de entrada con los números diez y nueve sesenta y siete (19-67) y diez y nueve noventa y nueve (19-99) de la calle novena (9ª) de esta ciudad y el cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, con terreno que fue de la Sociedad de San Vicente de Paúl, y luego de Adán Salazar; por el Norte con la calle novena (9ª); por el Occidente con zona destinada para la prolongación de la carrera veinte (20), hoy carrera diez y nueve A (19-A) y por el Sur, con propiedad de Aníbal Curren.

"Segunda. — Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar a mis poderdantes, al día siguiente de ejecutoriado el fallo que debe recaer a esta demanda, la suma de **quince mil pesos** ($ 15.000) moneda corriente, o la que resulte de avalúo pericial, valor de la indemnización de perjuicios a que tienen derecho mis poderdantes por haber sido despojados o injustamente privados de la posesión de la zona de terreno determinada en la petición primera anterior por el Municipio de Bogotá al ocupar de hecho dicha zona de terreno con trabajos públicos permanentes. Y

"Tercera.—Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar a mis mandantes, al día siguiente de ejecutoriado el fallo que debe poner fin a esta demanda, los frutos civiles de la zona ocupada y desde el día en que la ocupó, que lo fue el veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el día en que se pronuncie el fallo que debe recaer a esta demanda".

Hechos de la demanda

Son hechos sustentadores de las anteriores súplicas:

"1º Mis mandantes adquirieron el globo de terreno determinado y alinderado en la petición primera de esta demanda, y del cual formaba parte la zona que el municipio ocupó, por compra que hicieron a Luis Alejandro Monroy por medio de la escritura número 2.214 de fecha 4 de julio de 1947, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá: Luis Alejandro Monroy adquirió de mis mandantes Luis A. Orjuela, Clemente y Moisés Suárez por escritura número 95 de fecha 11 de enero de 1945, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito; Luis A. Orjuela, Clemente y Moisés Suárez habían adquirido, a su vez, de Alfonso, Carlos Alberto y Luis Felipe Orjuela Hidalgo por escritura número 94 de 11 de enero de 1945, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito: Alfonso, Carlos Alberto y Luis Felipe Orjuela Hidalgo adquirieron por adjudicación que se les hizo en el juicio de sucesión acumulado de Luis Orjuela y Amalia Hidalgo protocolizado por me-

dio de la escritura número 2.130 de fecha 31 de mayo de 1943, otorgada en la Notaría Cuarta de esta ciudad; Luis Orjuela y Amalia Hidalgo adquirieron por virtud de compra que hizo el primero de los nombrados a Demetrio Bonilla, Samuel Rojas, Dámaso Mediano y David Anguiliardi por medio de la escritura número 2.024 de fecha 19 de agosto de 1928, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"2º—Mis mandantes tienen la propiedad sobre la zona de terreno que el Municipio ocupó, zona determinada en la petición primera de esta demanda y que hacía parte del globo de terreno que en dicha petición primera de este libelo se determinó y alinderó y tenían sobre ella también la posesión, quieta, tranquila y pacífica por más de veinte años unida la posesión de mis poderdantes a la de sus anteriores tradentes y poseedores, posesión que mis mandantes tuvieron hasta el día en que el Municipio de Bogotá despojó o injustamente los privó de ella y que lo fue el 28 de diciembre de 1948.

"3º—Como digo, mis mandantes tenían sobre la zona de que vengo hablando y que hacía parte del lote descrito y alinderado en la petición primera de esta demanda, la posesión tranquila, quieta, pacífica e ininterrumpida desde hacía más de veinte años ejercitando sobre todo el lote, incluída la zona de terreno que el municipio ocupó, actos de señor y dueño como arrendando, construyendo enramadas, construyendo y conservando paredes, instalando sanitarios, etc.; teniendo cercado el lote en sus cuatro costados en paredes de ladrillo, con una pared divisoria dentro del mismo y con enramadas de las cuales unas quedan hacia el costado occidental del lote.

"4º—El día veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho el Municipio de Bogotá o la Secretaría de Obras Públicas Municipales, por orden del procurador de bienes, mandó tumbar partes de las paredes Norte y Sur del lote determinado y alinderado en la petición primera de este libelo.

"5º—A mediados del mes de enero de mil novecientos cuarenta y nueve el Municipio de Bogotá o la Secretaría de Obras Públicas Municipales, por orden del procurador de bienes del Municipio, después de haber mandado a tumbar las paredes de que se habla en el hecho anterior, mandó a echar, pasándolo por dicho lote, el alcantarillado y abrir o prolongar la carrera diez y nueve A (19-A) con la calle novena (9ª) de esta ciudad, atravesando el lote referido de Norte a Sur, por su parte occidental, cogiendo o tomando así el Municipio de Bogotá, una extensión del lote nombrado y descrito en la petición primera de esta demanda, que por el Norte y el Sur mide quince metros y por el Oriente y el Occidente treinta y seis metros; ocupando de tal manera la entidad demandada dicha zona con obras de carácter permanente y para ello el Municipio mandó a tumbar también las enramadas que mis mandantes tenían construídas en el costado oriental y a quitar un sanitario que se encontraba en el mismo costado oriental de la zona tomada u ocupada por el Municipio, zona ésta que al ser tomada u ocupada por la entidad demandada separó las enramadas del costado occidental del lote del resto de éste, enramadas que son de ladrillo y teja eternit y constan de siete piezas.

"6º—El Municipio de Bogotá procedió en la forma en que lo expreso anteriormente sin juicio previo de expropiación alguno, sin previa indemnización y sin que hubiera mediado convenio o trato alguno entre la entidad demandada y mis poderdantes.

"7º—Posteriormente mis mandantes vendieron el resto del lote de terreno que no fue ocupado por el Municipio de Bogotá.

"8º—En vista del atropello verificado por el Municipio de Bogotá mis mandantes acudieron en acción posesoria ante la justicia ordinaria para la restitución de la zona de terreno de que fueron despojados conforme a lo anteriormente expresado, habiendo sido aceptada la demanda en el Juzgado del conocimiento pero rechazada luego por el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, quien conoció en virtud de apelación, por considerar que estando ya la carrera abierta y ocupada la zona con trabajos de carácter permanente el interés general priva (sic) sobre el particular y en tal caso sólo era plausible (sic) la acción que ahora ejercito ante ese H. Tribunal Administrativo".

Adelantado el juicio hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó fallo con fecha 25 de enero de 1952, por medio del cual negó todas las peticiones de la demanda.

La sentencia subió en grado de apelación al Consejo de Estado, donde se adelantó el juicio con todos los trámites de rigor para la segunda instancia hasta citación para sentencia por medio de auto de fecha 3 de noviembre de 1953.

El título fundamental que presentaron los demandantes como base de su demanda, es el de propiedad contenido en la escritura número 2214 de 4 de julio de 1947, Notaría 3ª de Bogotá, re-

gistrada bajo el número 9074, por medio de la cual los señores Luis Orjuela, Clemente Suárez y Moisés Suárez M., compraron a Luis Alejandro Monroy el derecho de dominio sobre un globo de terreno con las edificaciones, situado en el barrio de San Victorino de esta ciudad números 19-68 y 19-99 de la calle 9ª, con extensión de 1.968.75 varas cuadradas, alindado así: "Norte, en 36 metros con zona destinada a la continuación de la calle 9ª; Sur, en 36 metros con propiedad de Aníbal Correa; Oriente, en 38.20 metros con propiedad que fue de Adán Salazar, hoy de Marco T. Izquierdo y Occidente, en 37.30 metros con zona destinada a la prolongación de la carrera 20". Allí se declara que el vendedor Monroy hubo dicho inmueble por compra a Luis Orjuela, Clemente y Moisés Suárez, por escritura número 95 de 11 de enero de 1945 pasada en la Notaría Primera de Bogotá.

Obran también como pruebas en el expediente las escrituras números 2.024 de fecha 19 de agosto de 1926, pasada en la Notaría 2ª de Bogotá; 94 de 11 de enero de 1945 de la Notaría Primera, otorgadas a favor de los anteriores adquirentes del mismo lote, en las cuales consta la misma cabida de 1.968.78 v2. que adquirieron los demandantes, con excepción de la segunda de esas escrituras, donde se hizo constar una cabida de 2.066.07 v2.

Según certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá (folios 61 y 62 del expediente), los demandantes vendieron a Neftalí Piñeros y Rosalbina Díez, según escritura número 3678 de 10 de diciembre de 1948, de la Notaría 3ª de Bogotá, y vendieron también a Bernardo Botero R. por escritura número 2534 de 9 de septiembre de 1949, de la Notaría 3ª de Bogotá, dos porciones del inmueble en referencia, la última de las cuales tiene una cabida de 1.504.98 v2.

Como no se conociera la extensión superficiaria del lote vendido a los señores Piñeres y Díaz, y como por otra parte no se había determinado la zona que el Municipio de Bogotá pudiera haber ocupado, pues la inspección ocular practicada ante el Consejo de Estado, con fecha 30 de septiembre de 1952 no arroja luz al respecto, el señor Consejero ponente dictó auto para mejor proveer, en el cual ordenó la práctica de una nueva inspección ocular en asocio de peritos, y la presentación de las copias auténticas de las escrituras relativas a las ventas hechas por los demandantes de los terrenos objeto del presente litigio, todo a fin de precisar si había quedado en cabeza de aquéllos alguna parte, y en ese caso cuál sería su extensión.

Tales pruebas fueron presentadas y practicadas oportunamente.

Consideraciones de la Sala

Según el título presentado para reclamar la indemnización o sea la escritura número 2214 de fecha 4 de julio de 1947, el lote que adquirieron los demandantes mide 1.968.75 v2.

Conforme al dictamen de los peritos, la cabida del lote vendido por los demandantes a Neftalí Piñeros y Rosalbina Díez, según escritura número 3678 de 10 de diciembre de 1948 de la Notaría 3ª de Bogotá, es de 415.56 v2. El lote vendido por los mismos demandantes a Bernardo Botero R. por escritura número 2534 de 9 de septiembre de 1949 de la Notaría 3ª de Bogotá, mide según reza esta escritura, y de acuerdo con el dictamen de los peritos, 1.504.98 v2.

Al sumar la extensión de estas dos ventas, se tienen 1.926.54 v2., que restadas de la cabida total de propiedad de los demandantes según el título presentado como base de este juicio, o sean 1.968.75 v2., da un residuo de 48.21 v2.

De modo que de acuerdo con las pruebas que obran en el presente juicio, es esta última la extensión del lote de propiedad de los demandantes que ocupó el Municipio de Bogotá para la apertura de la carrera 19-A.

Los señores peritos hacen un nuevo cálculo del área del lote de los demandantes, antes de verificar las dos ventas anotadas, según las dimensiones de los lados que figuran en la escritura número 2214 y "teniendo en cuenta, dicen, el ángulo que forman los lindamientos del costado sur de la calle 9ª con el costado occidental de la carrera 19-A". En esta forma deducen un cálculo de esa área de 2.117.78 v2, la cual se obtuvo sobre el plano del terreno dibujado a escala. "Pero los mismos peritos expresan en su dictamen lo siguiente: 'Hacemos notar que el área del lote (el que los demandantes compraron por medio de la escritura 2214), figura en las diversas escrituras de su tradición que obran en autos en forma variada tanto en la longitud de los lados como el área misma'".

Hecho el anterior análisis, la Sala considera que en cuanto al área del lote de propiedad de los demandantes, objeto del presente juicio, hay que estarse a lo que consta en su título presentado como base de la demanda, o sea la de 1.968.75 v2. que reza la escritura 2214 de 4 de julio de

1947, Notaría 3ª de Bogotá, y que es la que consta también en dos escrituras más: la número 2024 de fecha 19 de agosto de 1926 de la Notaría 2ª de Bogotá, y la número 95 de 11 de enero de 1945, de la Notaría Primera del mismo Circuito.

De todo lo cual concluye la Sala que el lote ocupado por el Municipio de Bogotá y de propiedad de los demandantes para la apertura de la carrera 19-A es de 48.21 v2. solamente.

De acuerdo con el concepto pericial, el valor de la vara cuadrada de terreno en ese sitio y en el mes de enero de 1949, fecha en la cual abrieron la carrera 19-A podrá ser de treinta pesos ($ 30.00) la vara cuadrada. De modo que según este precio unitario la pequeña zona ocupada vale $ 1.446.30 moneda corriente.

Como de acuerdo con los razonamientos expuestos, a los demandantes no les queda terreno del lote adquirido por escritura número 2214 de 4 de julio de 1947, no es el caso de deducir de esa suma el 20% por concepto de valorización, de que trata el artículo 268 del Código de lo Contencioso Administrativo.

No aparecen demostrados objetivamente los perjuicios que dicen haber sufrido los demandantes.

De lo que se ha expuesto se deduce rectamente que los actores en el curso de esta segunda instancia lograron demostrar satisfactoriamente: la propiedad sobre el terreno materia de la ocupación con trabajos públicos de carácter permanente (prolongación de la carrera 19-A) de esta ciudad; y que esa ocupación se realizó por orden de la entidad demandada. En cambio, no lograron demostrar los hechos que se relacionan con los perjuicios de otro orden, como el lucro cesante de que trata la demanda.

De todo lo cual resulta que la sentencia apelada debe ser revocada.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Revócase la sentencia apelada dictada con fecha 23 de enero de 1952 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se dispone:

1º — Condénase al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial de Bogotá, a pagar a los señores Luis A. Orjuela, Clemente y Moisés Suárez, como valor de la zona ocupada en lote de su propiedad, para la apertura de la carrera 19-A, la suma de **un mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos con treinta centavos** ($ 1.446.30) moneda corriente, a título de indemnización, suma que corresponde a la extensión de la zona fijada en 48.21 varas cuadradas, a razón de $ 30.00 la vara cuadrada.

2º—Simultáneamente con el pago ordenado en el punto primero anterior, los demandantes señores Luis A. Orjuela, Clemente y Moisés Suárez, otorgarán a favor del Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial de Bogotá, la escritura pública de venta de la zona de terreno de que habla el punto primero ya citado. (Artículo 268 de la Ley 167 de 1941).

3º — Absuélvese al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial de Bogotá, de los demás cargos formulados en la demanda de que se ha hecho mérito.

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

Manuel Bucnahora—Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo, con salvamento de voto. **Camilo Rincón Lara — Manuel M. Escobar M.**, Ofl. Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO EINCON LARA

No obstante haber pedido los actores que se condene a la entidad demandada a pagarles los perjuicios (dentro de los cuales se cuenta, como es obvio, el lucro cesante), sólo se condena a pagar el valor de la zona ocupada, y se absuelve al Municipio "de los demás cargos formulados en la demanda...", pues la mayoría de la Sala estima que los demandantes "no lograron demostrar los hechos que se relacionan con los perjuicios de otro orden, como el lucho cesante de que trata la demanda".

Sobre este particular he expuesto mis puntos de vista en otros salvamentos de voto, como el relacionado con el fallo de fecha 10 de diciembre de 1956 proferido en el juicio, por indemnización de perjuicios, de Antonio Gómez Arrubla contra el Municipio de Bogotá, salvamento en el cual consideré que procedía la condena al pago del lucro cesante, por varias razones que expuse en los términos que a continuación reproduzco:

"En efecto: se reconoce por la Sala que la entidad demandada ocupó de manera permanente la propiedad inmueble del demandante, y por ese se le condena a pagar el daño emergente. Siendo esto así, no encuentra el suscrito aceptable la denegación que motiva este salvamento, porque desde el momento mismo en que se consumó, de facto, la ocupación, quedó obligada a pagar la indemnización correspondiente que, de conformidad con el artículo 1613 del C. C., comprende el daño emergente y el lucro cesante; y porque el hecho de desestimarse el dictamen pericial en cuanto al lucro se refiere, no significa, en manera alguna, que la indemnización sólo comprenda el valor de la propiedad en la fecha de su ocupación.

"Trataré, en la forma más breve que me sea posible, de fundamentar y explicar mis puntos de vista sobre este particular, a cuyo fin principiaré por reproducir los párrafos pertinentes del fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. números 1998-1999, páginas 593 a 596). Dicen así:

"El recurrente tiene, pues, razón en el cargo que se estudia, lo cual no quiere decir que deba aceptarse el avalúo pericial que fijó el lucro cesante, porque ya se vio que ese dictamen está basado sobre hipótesis, y que es al Juez a quien toca pesar los fundamentos de un experticio, para dar a éste el valor legal del caso.

"Pero al no darle valor a ese dictamen, por las razones ya expresadas, no quiere decir ni significa que pueda prescindirse del lucro cesante, porque indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo.

"En casos similares, y ante la imposibilidad de fijar las bases, como sucede en este caso, para que el monto de ese lucro se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

"No puede fijarse el interés comercial porque ya se vio que éste no procede sino de actos contractuales de comercio y aquí no se trata de eso. El artículo 219 del Código de Comercio no es extensivo a la culpa extracontractual. El tiene su aplicación y su operancia en tratándose de actos de comercio y de prestaciones y situaciones jurídicas derivadas de esos actos". (G. J. Tomo LV, página 593).

"En el fallo que se transcribe (tratábase de un juicio de responsabilidad civil por perjuicios con motivo de haber destruído una locomotora de propiedad de la Sociedad demandada, el camión de carga perteneciente al demandante. El fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal condenó a pagar determinada suma por daño emergente, más los intereses comerciales de dicha suma desde la fecha en que ocurrió la destrucción del vehículo hasta el día en que se hiciera el pago. La Corte encontró jurídica la desestimación del dictamen pericial en lo referente al lucro cesante, pero halló injurídica la aplicación que se hizo del artículo 728 del C. J. para fijar, con fundamento en esa norma, el monto de la indemnización. Por eso estimó fundado el cargo hecho sobre ese punto al fallo de segundo grado y casó parcialmente la sentencia recurrida para modificar el pago de los intereses comerciales por los intereses legales.

"Refiriéndose a esa sentencia dice la mayoría de la Sala en la providencia a la cual correspon-

de este salvamento, que aquella jurisprudencia "no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos". Es decir que para declarar que el lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma en que se aprecia el daño emergente, es indispensable también aportar elementos de juicio que fundamenten esa declaración.

"No fue ese, desde luego, el criterio de la Corte al sentar la doctrina en el fallo atrás mencionado. En aquel negocio no habría prueba alguna de la entidad lucro cesante, ya que el dictamen pericial, único elemento de juicio al respecto, fue desestimado tanto por el Tribunal como por la Corte; no obstante lo cual se condenó a pagar el tipo de interés legal sobre la suma en que fue avaluado el daño emergente, desde la fecha de la destrucción del vehículo (19 de marzo de 1937), y tal decisión, en mi concepto, no quebrantó ningún ordenamiento legal sino que, por el contrario, se ajustó a principios de orden jurídico teniendo en cuenta, como lo dice el propio fallo, que "indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo". Y la razón es clara, puesto que habiéndose privado al demandante del uso de su vehículo, con la destrucción del mismo, desde el momento de la destrucción, consecuencialmente se le privó de la ganancia o provecho que derivaba del mismo vehículo. Ahora bien: en el presente negocio la situación procesal es idéntica. No hay en autos ninguna prueba que sirva para establecer de manera real u objetiva el lucro, porque el dictamen de los expertos que es la única diligencia que toca esa cuestión no tiene valor legal alguno; mas, sin embargo, la condena al pago del lucro cesante es, en mi concepto, ineludible, por las mismas razones, esto es, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó a la demandante del goce de su propiedad y entonces, lógicamente, se le privó también del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Tan cierto es esto, que si la expropiación se hubiera hecho legalmente, la entidad demandada habría tenido que pagar previamente la plena indemnización, y entonces la demandante hubiera podido reportar alguna ganancia de la suma recibida por valor de la propiedad. De manera que siendo esto así y ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., es aplicable la doctrina en mención declarando que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma de $ 36.125.97 valor del daño emergente según el fallo, y condenando al pago de esos intereses desde la fecha de la ocupación hasta el día en que éste se verifique.

"No sería, de otra parte, incontrastable la objeción que se hiciera a la fecha determinada como inicial para el cobro de los intereses diciendo, por ejemplo, que éstos sólo pueden exigirse desde la ejecutoria del fallo, pues nada impide que al hacerse el reconocimiento del derecho a percibirlos se fije también como fecha de la exigibilidad de ese derecho una anterior al proveído que lo declara ya que, como atrás lo dejo expuesto, la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad y se privó de su aprovechamiento al demandante. Además, contribuye a reforzar este razonamiento el principio que informa algunas reglas referentes a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, tales como las del artículo 964 del C. C., pues de conformidad con este precepto el poseedor vencido es obligado a restituir los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe; lo que induce a considerar que en casos como el que vengo analizando la entidad demandada debe pagar al demandante, desde la fecha de la ocupación del inmueble, la ganancia o provecho que aquél dejó de derivar de su propiedad con motivo de esa ocupación.

"En aplicación de la doctrina precitada, así entendida, esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 22 de octubre del presente año, proferido en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, dijo:

"Tampoco puede acogerse el dictamen en lo concerniente a la fijación del 9% como interés corriente para la estimación del lucro cesante. Son, en este punto, muy razonables las siguientes consideraciones del fallador de primera instancia:

"En cuanto a la rata que debe tenerse en cuenta para fijar los intereses por lucro cesante, estima el Tribunal que ella no puede ser sino la legal, porque señalar otra cuando no existe convención al respecto o no es posible establecerla por otros medios, sería arbitrario. Las consideraciones hechas por los peritos a este respecto, si bien muy razonables y técnicas no puede acogerlas el Tribunal porque no se apoyan en hechos

precisos que lleven a la convicción de que es la rata del 9% anual la que debe tenerse en cuenta...

"En cambio, la ley fija un criterio cierto para dilucidar la cuestión al señalar una rata de interés legal obligatoria para todos los casos en que no media estipulación contractual al respecto, o en que sea imposible determinar el lucro cesante por los medios que la ley establece. Por eso la Corte Suprema ha dicho lo siguiente...". (Aquí se reprodujeron los apartes del fallo de casación que atrás han quedado transcritos).

"Estuvo, pues, de acuerdo esta Sala, con el dicho juicio del señor Peraza, con el fallador de primera instancia, en cuanto fijó el lucro cesante en el 6% anual sobre el valor del daño emergente, desde la fecha de la ocupación. Y confirmó, por tanto, la sentencia recurrida, en aplicación —se repite— de la doctrina, puesto que la situación en ese juicio era idéntica a la que contempló la Corte en el precitado fallo de casación.

"Otras razones respaldan, a mi juicio, la doctrina en mención, tal como se ha venido aplicando:

"Si se acude a la fijación del tipo de interés legal ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, es obvio que no puede ser jurídicamente exigible la comprobación de aquellas bases, porque de ser así se incurriría en ostensible contrasentido y carecería de objetivo práctico la equivalencia buscada con la fijación de ese tipo de interés. De otra parte, el porcentaje opera sobre la suma en que se ha apreciado el inmueble, tanto por los motivos de orden jurídico que se dejan expuestos como porque esa suma es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario, sobre la cual debe aquél cubrir intereses legales hasta la fecha de su cancelación. De manera que por esto pugnaría a la índole misma de ese tipo de interés la exigencia de demostrar que la suma principal puede producirlo, desde luego que esa rata se ha fijado como legal para aplicarla especialmente cuando no existe convención o estipulación sobre intereses, de conformidad con el artículo 1617 del C. C., según el cual el deudor debe ,desde la mora, los intereses legales, en defecto de los convencionales y salvo aquellos casos en que especialmente establezca la ley los intereses corrientes. Luego los intereses legales no constituyen un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que los origina; ellos están instituídos en el citado artículo 1617 del C. C. y en otros concordantes en calidad de perjuicios, razón más para considerar que también tienen aplicación en eventos como el de autos, puesto que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Finalmente, es incuestionable que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de no recibir el acreedor, oportunamente, ese capital (que para el caso es el valor del inmueble ocupado), lo priva, consecuencialmente, de inversiones lucrativas.

"Cabe observar ahora, para dar más fundamento a mis puntos de vista, que esta misma Sala, en fallo de 16 de julio del presente año, inserto en la G. J. número 2170, páginas 361 a 380, acogió expresamente la doctrina de la Corte, tantas veces citada, y al respecto agregó:

"Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante". Y procediendo de conformidad se condenó a la Nación, en dicho fallo, a pagar a la demandante la suma de $ 55.500.00 valor del daño emergente, y "los intereses legales de la aludida suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00) desde el día de la ocupación hasta el día del pago de la misma suma de cincuenta y cinco mil quinientos pesos (55.500.00), intereses que representan el lucro cesante sufrido por la misma demandante...".

Hasta aquí los razonamientos expuestos en el salvamento en mención, a los cuales puede agregarse lo dicho por esta Sala en otro fallo, el de 8 de septiembre de 1955, y que confirma la tesis que he venido sosteniendo. Dijo así la Corte: "Las demás prestaciones a que el propietario tiene derecho conforme a las reglas de los artículos 961 y siguientes del Código Civil, se transforman en este caso en intereses legales desde la fecha en que fue pronunciada la sentencia de segunda instancia que confirmó la declaración de dominio en favor de la señora Dominga Dávila de Alvarez Correa". (G. J. número 2157-58, pág. 332).

Quedan así expuestas las razones de orden legal que me separan, con todo respeto, de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en lo referente al lucro cesante.

Camilo Ebrón Lara

Fecha ut supra.

NI EL CESIONARIO NI LA SUCESION ILIQUIDA TIENEN CAPACIDAD JURIDICA PARA EJECUTAR LA ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS

1—Si la acción, conforme al art. 263 del C. C. A. se origina o tiene por causa la ocupación de la propiedad particular por una entidad de derecho público, no puede haber duda de que, quien tiene derecho a que se le pague la indemnización debida es el legítimo dueño de esa propiedad. Tan evidente es esto, que uno de los efectos de la sentencia en estos juicios, es la transferencia del derecho de dominio del inmueble ocupado a la entidad pública como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado.

Entonces, apenas si hay para qué decir que cuando los demandantes no son titulares del derecho de dominio de los inmuebles afectados por la ocupación, sino meros cesionarios de derechos dentro de la universalidad de los bienes del causante que se hallan en estado de indivisión, es claro que no podrían otorgar un título traslaticio de dominio a favor de la entidad demandada, sino tan sólo los mismos derechos que poseen.

Síguese de lo expuesto que hay falta de legitimación en la causa de los demandantes o carencia de derecho para demandar, y que ese hecho conlleva la inhibición de desatar el litigio conforme a los ordenamientos que impone la ley, o sea, el pago de los terrenos al expropiado y la transferencia del derecho de dominio por parte de éste a la entidad pública que los paga. Y no se diga que la sentencia podría pronunciarse ordenando el pago tan pronto como los herederos puedan transferir la propiedad, o sea una vez practicada la partición de los bienes sucesorales, porque tal pronunciamiento equivaldría a dejar sin solución el litigio, posponiendo el reconocimiento de los derechos y obligaciones para un futuro incierto. (G. J. LXXXIII, 391 y ss. y 386 y ss.)

2—La acción indemnizatoria por la ocupación de la propiedad inmueble con motivo de trabajos públicos, sólo puede ser ejercitada por el verdadero o legítimo dueño del bien raíz ocupado, hecho que no puede demostrarse por medio probatorio distinto al de la exhibición del título válido de adquisición, debidamente registrado.

El dominio o propiedad es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer libremente de ella. Ninguno de los herederos —dentro del proceso sucesoral— tiene la propiedad de cosas determinadas dentro del acervo o masa de bienes dejados por el causante, sino simples derechos sobre ella. Solo cuando se verifica la partición y se aprueba por el Juez, surge el efecto traslativo del causante al heredero sobre el objeto determinado o cuerpo cierto.

Mientras no exista la adjudicación concreta a alguno o algunos de los herederos del bien raíz ocupado por la Administración a causa del trabajo público, no pueden ellos conjunta ni individualmente transferir la propiedad de ese bien a la entidad pública, y por tanto, no puede decretarse por sentencia esa contraprestación necesaria. Por consiguiente, la sucesión en estado ilíquido no tiene capacidad jurídica para ejercitar la acción indemnizatoria de que trata el art. 263 del C. C. A.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor JOSE JARAMILLO GIRALDO)

Corresponde a esta Sala de la Corte decidir sobre el presente litigio, promovido por Miguel Jordán y señora Lily Massoux de Jordán contra el Municipio de Bogotá, del que conocía en segunda instancia el Honorable Consejo de Estado, y que hubo de pasar a la Corte en razón de las disposiciones del Decreto legislativo Nº 0293 de 1956.

Con fecha 28 de julio de 1952, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó el fallo de

primer grado, y en él se resuelven las peticiones de la demanda en los siguientes términos: ... ..

"Condénase al Municipio de Bogotá, a pagar a las sucesiones acumuladas de Ezequiel Albarracín e Isabel Rodríguez de Albarracín, representadas por sus cesionarios Miguel Jordán y Lily Massoux de Jordán, la cantidad de ciento ochenta y siete mil novecientos ochenta y ocho pesos con cuarenta y un centavos ($ 187.988,41), valor de las zonas ocupadas por dicha entidad en la carrera séptima con calle diez y ocho de esta ciudad para la ampliación de las vías públicas. La expresada cantidad debe pagarse por el Municipio a los demandantes, tan pronto como quede ejecutoriado este fallo (Art. 546 del C. J.)

"Parágrafo. Para obtener este pago deberá la parte actora otorgar previamente, a favor del Municipio de Bogotá, la respectiva escritura pública para que sirva a éste de título de dominio sobre las referidas zonas".

Tal fallo fue apelado por las partes y por el Ministerio Público, quienes han actuado en la instancia expresando las razones de su inconformidad con aquella providencia.

El apoderado de los demandantes sólo impugna la decisión del Tribunal, en cuanto por ella se deduce del monto de la indemnización debida el 20% por concepto de valorización del inmueble, y por cuanto los peritos conceptuaron que no se había producido valorización alguna, y por el contrario, el inmueble había sufrido demérito por haber quedado reducido y sometido a condiciones de difícil aprovechamiento o negociación. "De consiguiente —dice textualmente el apoderado— no cabe deducir del monto de las indemnizaciones el 20%, porque tal deducción es tan sólo viable cuando los peritos dejan de estimar la valorización y en el caso presente, como tengo expuesto, los señores peritos hicieron el avalúo llegando a la conclusión que su monto es cero. Por esta razón, el Municipio debe ser condenado al pago de la totalidad de la indemnización o sea a la suma de $ 234.985.55".

El señor Agente del Ministerio Público conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse en todas sus partes. Refiriéndose al punto de la valorización, objetado por el demandante, expresa: "Como en el caso en estudio aparece que la parte actora no ha pagado por concepto de valorización suma alguna, se concluye que se hace necesario, para dar correcta aplicación al Art. 264 del C. C. A. descontar el 20%. Es decir, si la indemnización total asciende a la suma de $ 234.985,55, el 20% de esta suma equivale a $ 46.997.10, lo que nos dá la cantidad definitiva o sea $ 187.987.41".

A su vez el representante de la parte demandada —Personero Municipal de Bogotá— en su alegato escrito (fls. 23 a 32 del cuaderno Nº 2), pide que se revoque en su totalidad el fallo apelado y se absuelva al Municipio de las pretensiones contenidas en la demanda, por ser ilegítima la personería sustantiva de la parte actora. Funda su petición en los siguientes términos:

"Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

"Los demandantes al conferir el poder que opera al folio 34 del cuaderno Nº 1, manifestaron que su representación 'se deriva de nuestra calidad de cesionarios de varios herederos en las nombradas sucesiones'. En el libelo, como puede constatarse al folio 37 vto. del mismo cuaderno, se afirma que los 'poderdantes Miguel Jordán y señora Lily Massoux de Jordán, son cesionarios de derechos en estas sucesiones'. Los expresados juicios no son otros que los de Ezequiel Albarracín Tolosa e Isabel Rodríguez Mariño de Albarracín los cuales, como lo afirma el hecho 14 de la demanda, 'se siguen actualmente acumulados en un solo juicio que cursa en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, y aún se hallan pendientes e ilíquidos'.

"En el presente litigio se pretende obtener el pago de la indemnización que pueda derivarse por la circunstancia de haber ocupado el Municipio demandado las zonas de terreno referidas en autos. Ante el clarísimo precepto del Art. 268 del C. C. A. si la administración resulta condenada se prevendrá en la sentencia que deberá otorgarse a su favor 'el correspondiente título traslaticio de dominio'. De manera que en esta clase de acciones, la sentencia condenatoria debe declarar la obligación de otorgar a favor del demandado no cualquier título, sino el traslaticio de dominio es decir, aquel que además de tener los requisitos generales de todo contrato, necesariamente debe provenir del verdadero dueño porque si el título no emana del verdadero dueño, no puede tener la virtud de transferir el dominio...

"Ningún punto nuevo pretendo plantear en materia de representación de la herencia pues para ello me valgo, además de las disposiciones legales sobre la materia, de la clara jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que el mismo apoderado de los actores invoca en el libelo y que dice: 'los herederos reconocidos representan a la sucesión. Por activa, basta que uno solo

de ellos pida para ella. Por pasiva, se exige la concurrencia de todos' (folio 39 del cuaderno Nº 1). En juicios donde la sentencia va a declarar **obligaciones a cargo** de la sucesión, se necesita la intervención de todos los herederos, ya que sólo la totalidad de ellos representa pasivamente a la herencia. En el caso de autos, como tantas veces lo he afirmado, la sentencia declara **un derecho** a favor de la sucesión pero al mismo tiempo declara una obligación a cargo de ella y en estas condiciones, es evidente que no basta la intervención de uno solo de los herederos, sino que se impone la **concurrencia de todos** para que el fallo tenga el efecto normal de ser acatado por los titulares de los respectivos derechos y obligaciones. De no ser así se presentarían los dos absurdos de que he hablado anteriormente, a saber: O la sentencia no declara la obligación de expedir el título traslaticio de dominio, o ella declara tal obligación que desde luego es incapaz de obligar al 'verdadero dueño' ya que **sólo parte** de los herederos, pero no todos, han intervenido en el litigio. Y en cualquiera de estas dos tan inadmisibles como absurdas conclusiones, se observa que el fallo viene a ser ilegal, porque en la primera hipótesis se abstendrá de declarar una obligación que la ley le impone y en la segunda, pretendería atar a personas que no han sido citadas ni emplazadas y que por lo tanto no pueden perjudicarse con la declaración que en su contra se produzca..."

Consideraciones de la Sala

De la relación que precede aparecen planteadas dos cuestiones, a saber: la ilegitimidad de la personería de la parte demandante, y el punto relacionado con la valorización del inmueble. Por constituir la primera un presupuesto fundamental de la acción se procede a estudiarlo de preferencia.

La demanda ha sido formulada por los señores Miguel Jordán y Lily Massoux de Jordán, quienes por medio de su apoderado piden que el Municipio de Bogotá sea condenado a pagar "a las sucesiones acumuladas de Ezequiel Albarracín e Isabel Rodríguez de Albarracín", representadas por los demandantes, el valor de las indemnizaciones correspondientes a la ocupación, por motivo de trabajos públicos, de dos inmuebles situados en la calle 18 con la carrera 7ª de esta ciudad, inmuebles que pertenecen a las sucesiones dichas y de las cuales, según el hecho 15 del libelo, "mis poderdantes Miguel Jordán y Lily Massoux de Jordán, **son cesionarios de derechos** y, a título de tales, tienen personería sustantiva para pedir a nombre de ellas y para ellas". (subraya la Sala).

En el aparte titulado "Carácter o título con que la indemnización se reclama", expresa el libelo: "La personería de mis representados la tiene definida muy claramente, tanto la jurisprudencia de los Tribunales como la Corte Suprema de Justicia diciendo: "Al cesionario de una herencia le competen los mismos derechos y tiene las mismas obligaciones que el cedente de ella, supuesto que la venta no hace sino cambiar la persona del heredero, aunque no transmite el título y la calidad de tal, por ser éstos inherentes a la persona (Casación, 28 de julio de 1894, X. 3. 2ª)"; "Los herederos reconocidos representan a la sucesión. Por activa, basta que uno solo de ellos pida para ella. Por pasiva se exige la concurrencia de todos". (G. J. Nº 2032, pág. 366)"

Quedó pues definido en la demanda que el título que ostentan los demandantes es el de ser cesionarios de derechos en las sucesiones, y ese mismo carácter es el que les reconoce el fallador de primer grado, cuando al iniciar el capítulo relativo a la personería sustantiva, dice: "La parte demandante acciona a nombre de las sucesiones acumuladas de Ezequiel Albarracín e Isabel Rodríguez de Albarracín, por tener el carácter de **cesionaria de varios e importantes derechos**, como más adelante podrá comprobarse". (subraya la Sala).

Ahora bien: será suficiente tal título de los actores para ejercitar la acción de perjuicios de que trata este pleito? Si la acción, conforme al artículo 263 de la ley 167 de 1941, se origina o tiene por causa la ocupación de la propiedad particular por una entidad de derecho público, no puede haber duda de que, quien tiene derecho a que se le pague la indemnización debida es el legítimo dueño de esa propiedad. Tan evidente es esto, que uno de los efectos de la sentencia en estos juicios, es la transferencia del derecho de dominio del inmueble ocupado a la entidad pública como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado.

Apenas si hay para qué decir que los demandantes en este juicio no son titulares del derecho de dominio de los inmuebles afectados por la ocupación; ellos son cesionarios de derechos dentro de la universalidad de los bienes del causante que se hallan en estado de indivisión, y en tales circunstancias, es claro que no podrían otorgar un título traslaticio de dominio a favor de la entidad demandada, sino tan sólo los mismos derechos que poseen. Pero es más: ni siquiera puede aseverarse que dichos demandantes tengan, o tu-

vieran al incoarse la acción, la totalidad de los derechos herenciales, pues en el poder que otorgaron para iniciar este juicio manifiestan ser únicamente "cesionarios de varios herederos", y por eso en el libelo piden en nombre de la sucesión y para ella, y no para sí de modo personal.

Síguese de lo expuesto que hay falta de legitimación en la causa de los demandantes o carencia de derecho para demandar, y que ese hecho conlleva la inhibición de desatar el litigio conforme a los ordenamientos que impone la ley, o sea, el pago de los terrenos al expropiado y la transferencia del derecho de dominio por parte de éste a la entidad pública que los paga. Y no se diga que la sentencia podría pronunciarse ordenando el pago tan pronto como los herederos puedan transferir la propiedad, o sea una vez practicada la partición de los bienes sucesorales, porque tal pronunciamiento equivaldría a dejar sin solución el litigio, posponiendo el reconocimiento de los derechos y obligaciones para un futuro incierto.

La Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre estos temas. En sentencia de 24 de julio de este año proferida en el juicio de Manuel Medina Herrera y otros contra el Municipio de Bogotá, se dijo lo siguiente:

"...Dada la naturaleza de la acción que se ventila en este juicio, el demandante ha de ser el dueño del inmueble que ha ocupado la entidad pública con motivo del trabajo, pues las resultas del pleito afectan el dominio. El actor ha de transferir su derecho de propiedad al demandado. Sería ilógico el ordenamiento judicial que recayera sobre persona no dueña del bien y resultaría improcedente dictarlo en contra de persona extraña a la litis". Y en este mismo fallo se citó el de 18 de junio anterior, transcribiendo de él lo que sigue: "...uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular de lo expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del Código Judicial. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble. ...la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción por parte del actor. No se trata aquí de la falta de un presupuesto procesal, que conduciría a la inhibición del juzgador para fallar, sino de un elemento estructural de la acción, de un requisito necesario para obtener sentencia favorable: el de demostrar el demandante ser propietario del inmueble expropiado".

Estas mismas tesis se hallan expuestas con toda precisión y claridad en el fallo de 18 de julio último, proferido en el juicio de Lucrecia Suescún de Neck contra el Municipio de Bogotá (G. J. Nº 2170, págs. 391 y ss.)

Como síntesis doctrinaria de lo expuesto se tiene:

La acción indemnizatoria por la ocupación de la propiedad inmueble con motivo de trabajos públicos, sólo puede ser ejercitada por el verdadero o legítimo dueño del bien raíz ocupado, hecho que no puede demostrarse por medio probatorio distinto al de la exhibición del título válido de adquisición, debidamente registrado.

El dominio o propiedad es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer libremente de ella. Ninguno de los herederos —dentro del proceso sucesoral— tiene la propiedad de cosas determinadas dentro del acervo o masa de bienes dejados por el causante, sino simples derechos sobre ella. Sólo cuando se verifica la partición y se aprueba por el Juez, surge el efecto traslativo del causante al heredero sobre el objeto determinado o cuerpo cierto.

Mientras no exista la adjudicación concreta a alguno o algunos de los herederos del bien raíz ocupado por la Administración a causa del trabajo público, no pueden ellos conjunta ni individualmente transferir la propiedad de ese bien a la entidad pública, y por tanto, no puede decretarse por sentencia esa contraprestación necesaria. Por consiguiente, la sucesión en estado ilíquido no tiene capacidad jurídica para ejercitar la acción indemnizatoria de que trata el art. 283 del Código Contencioso Administrativo.

Tal es lo que acontece en este juicio con los demandantes señores Jordán y Massoux de Jordán, que si es cierto que poseen derechos en las sucesiones acumuladas de Ezequiel Albarracín e Isabel Rodríguez de Albarracín, no se ha radicado aún en cabeza de ellos, ni de ningún otro heredero, el dominio del inmueble ocupado por el Municipio de Bogotá, y por tanto no pueden transferir a éste la propiedad de las zonas ocupadas. Vale decir, que no hay legitimación en la causa de los demandantes, que es requisito necesario para obtener sentencia favorable y por tanto se impone la absolución del demandado.

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 el fallo materia de la apelación, y en su lugar niega las peticiones de la demanda y absuelve al Municipio de Bogotá de los cargos formulados.

Sin costas.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION EXHIBITORIA E INSPECCION OCULAR

El litigio tiene por objeto alcanzar el resarcimiento de perjuicios por culpa contractual, del cual son extremos el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquél. De manera que para demostrar EL PERJUICIO, el demandante optó por el medio probatorio del dictamen pericial, y como bases o elementos de apreciación y estudio de los peritos, el examen de SU cuenta corriente en los bancos y unos escritos de periódico, para lo cual consideró necesario y conveniente que el juez, acompañado de los peritos vieran esos documentos. Salta a la vista que el demandante no se propuso demostrar LA EXISTENCIA DE LA CUENTA CORRIENTE ni la de los ejemplares DEL PERIODICO, para deducir de ellos un derecho o aducirlos como prueba. Menos podía aspirar a que se presumiera la existencia de esos papeles, que sería la sanción consecuencial para el caso de renuencia a exhibirlos, para demostrar los perjuicios demandados.

Para llegar a esta conclusión, o sea, la de inconducencia de la acción exhibitoria —que no se ha pedido— no parece necesario hacer un prolijo examen de las disposiciones que regulan tal acción. De conformidad con los artículos 297 y 298 del C. J., la acción exhibitoria se ejerce entre las partes o contra terceros, según verse sobre la cosa materia del pleito, o sobre un documento o testamento que el peticionario tenga que aducir como prueba o del cual pretenda deducir algún derecho. También puede ejercerse sobre documentos privados o correspondencia de propiedad de un tercero (artículo 300 C. J.) siempre que se observe lo dispuesto por el artículo 38 de la C. N. En todos esos casos la cosa o documentos a exhibirse, debe tener entidad propia, capaz de acreditar por sí lo que el peticionario se propone.

De muy distinta naturaleza y alcances es la inspección ocular con intervención de peritos o testigos, pues de acuerdo con el artículo 724 del C. J., ella tiene por objeto **el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de tales peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos O RELACIONADOS CON EL DEBATE. La percepción directa del juez sobre el hecho o la cosa puede no ser la prueba relacionada con el debate mismo, sino una de los factores constitutivos de ella. Serán los peritos, quienes a través de su dictamen complementen ese medio probatorio, del cual ha de juzgar el fallador.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

Ha llegado este negocio a la Corte para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de fecha 19 de septiembre del presente año, en la parte en que niega la práctica de las inspecciones oculares a que se refieren las series segunda y tercera del memorial visible a folios 6 a 9 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, negativa que se fundamenta en esta consideración:

"...porque lo que en realidad allí se pretende, es que se decrete la exhibición de los libros de contabilidad y otros papeles de los Bancos de Bogotá, Colombia e Industrial Colombiano, sucursales de Ibagué, y Diario Tribuna de esta ciudad, y que anexa a esa exhibición se practique la inspección ocular que autoriza el artículo 302 del C. J. Mas ocurre que tal exhibición no puede ser decretada, sino previos los trámites que señalan los artículos 229 y siguientes del C. J."

A las anteriores razones añadió el Tribunal estas otras, en el auto por medio del cual no accedió a reponer el primero:

"Olvida el peticionario que por mandato del artículo 43 de la Constitución Nacional, los papeles privados —entre los que se cuentan los libros de comercio— no pueden ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las

formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales, y que los casos y las formalidades las señala la ley en el Código de Comercio y en los arts. 648, numeral 2º, y 654 del C. Judicial, que exigen orden previa de exhibición, la que no es posible decretar sino con audiencia del poseedor o tenedor del libro o documento respectivo".

En la reposición que el demandante impetró ante el Tribunal sostiene su petición sobre las inspecciones oculares, manifestando que hubiera sido a todas luces inconducente solicitar una exhibición de libros y documentos a los bancos y al diario 'Tribuna', entre otras razones porque la demanda no se ha enderezado ni contra el diario citado ni contra los bancos. Y añade: "y es claro, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema que 'la acción exhitoria **no tiene lugar sino cuando una parte o presunta parte, le pide a la otra** que exhiba documentos, libros, muebles u otras cosas que pueden ser objeto de un debate judicial".

"Y si se aceptara —dice más adelante— que era necesario pedir la exhibición de libros y no la inspección ocular que he solicitado, el pedimento no hubiera tenido razón de ser, o al menos hubiera podido ser rechazado por cuanto, por ser los Bancos y el diario 'Tribuna' absolutamente extraños a este juicio, en ellos no radica la obligación de exhibir...

"La prueba que se me ha denegado, pedida en forma de exhibición, hubiera sido absolutamente inoficiosa e inocua. Porque en el evento de que los Bancos y el diario 'Tribuna', una vez decretada la exhibición, ésta no se llevare a cabo por renuencia de sus gerentes o empleados, el Tribunal no podría dar por probados los hechos que se trataran de demostrar...".

En el alegato de conclusión ante la Corte, sustentatorio del recurso, insiste el apoderado en su tesis de que la acción exhibitoria sólo puede entenderse "cuando se produce en JUICIO planteado por una parte contra otra, y en la medida en que la parte que figure como demandada... tenga en su poder la cosa que es materia del mismo juicio (artículo 297), o un testamento u otro documento cualquiera que el peticionario quiera aducir como prueba, o del cual pretende deducir algún derecho (artículo 298).

"No quiere esto decir que respecto de la cosa que va a ser litigiosa, o del testamento, o del documento que se requiera aducir como prueba en sí mismo considerado, o del cual se pretenda deducir algún derecho, no pueda ejercerse la misma acción contra un tercero cuando sea él quien la tenga en su poder. Lo que ocurre es que en este evento sólo es posible, por regla general, el ejercicio de tal acción contra un tercero antes del juicio, como acción prejudicial independiente. O dentro del juicio, pero únicamente cuando el objeto de la exhibición sea el contemplado, bien por el artículo 297 o bien por el artículo 298, toda vez que de esta manera sí se configura el presupuesto esencial de la 'actio ad exibendum': que se tenga derecho al documento cuya exhibición se pide.

"El artículo 306 de C. J. corrobora ampliamente la afirmación precedente y establuye en forma particular para el caso de que sea tenedor o poseedor **un tercero.** Conforme a esta disposición, en cuanto a **documentos privados o correspondencia de propiedad exclusiva del tercero,** no se le puede obligar a éste a exhibirlos en guarda del derecho consagrado por el artículo 38 de la Constitución Nacional; pero a quien los necesite le queda a salvo el derecho de obtener la exhibición, incluso la aplicación de las sanciones establecidas para el caso de renuencia, mediante el **juicio correspondiente,** es decir, que para lograr, como lo dice el Profesor Hernando Morales en su Curso de Derecho Procesal Civil —Parte General, pág. 481—, poner a la luz tal correspondencia o tales documentos privados 'ha de adelantarse la exhibición **en juicio contra dichos terceros o instaurarse fuera de juicio'** ".

Argumenta luego el recurrente que en el caso sometido al recurso, el objeto de la pretendida exhibición no es la cosa materia del juicio, ni un testamento cuya copia quiera aducirse como prueba, ni del cual la parte actora pretenda deducir algún derecho, pues conforme puede verificarse en el pedimento de la prueba de inspecciones oculares, se trata de examinar una serie innumerable de datos extraídos de muy diversos **documentos** para que los peritos puedan elaborar un dictamen sobre perjuicios materiales y morales, que constituiría la **prueba** junto con las observaciones personales del juez.

"La inspección ocular tiene por objeto —dice luego— el examen y reconocimiento que para juzgar con más acierto, hace el juez acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o **relacionados con el debate.** Ya no se trata de la cosa que es o va a ser objeto del litigio, ni del testamento, o del documento determinado destinado a servir de prueba o del cual emana un derecho que pretenda hacerse valer, o de documen-

los privados y correspondencia de propiedad exclusiva de un tercero, sino de cosas o hechos relacionados con el debate. Ahí está precisamente la conducencia manifiesta de la prueba tal como se pidió. ".

Las anteriores transcripciones resumen el problema planteado ante la Corte, a cuya solución se procede mediante las siguientes

Consideraciones:

Al expresar el Tribunal que lo que pretendía el actor con las inspecciones oculares pedidas era que se decretara la exhibición de libros de contabilidad y otros papeles de los bancos y del diario "Tribuna", hizo indudablemente una apreciación equivocada, porque ni del texto del pedimento, ni el fin perseguido por el demandante, ni sus efectos o consecuencias en el debate probatorio podrían tener las características propias de la acción exhibitoria.

Del texto del memorial de pruebas se desprende con toda evidencia que la primera inspección ocular ha de llevarse a cabo sobre la cuenta corriente de la sociedad "Industria de Construcciones Catroconcreto Ltda.", para que los peritos estimen el cupo de crédito bancario de que disponía la sociedad en los bancos de Bogotá, de Colombia e Industrial Colombiano.

Obsérvese cómo la inspección ocular no versa sobre esa materia del pleito, ni sobre un testamento, o documentos; ni que tales documentos, testamento o cosa, por sí mismos pudieran servirle de prueba al peticionario, o le fundamentaran un derecho, requisitos éstos que son los que se contemplan en la acción exhibitoria, conforme a las disposiciones de los artículos 297 y 298 del Código Judicial.

Lo que persigue el demandante con esa prueba es demostrar su mayor o menor crédito bancario por la época en que sucedieron los hechos materia del pleito, y la cuenta corriente, por sí sola, no demostraría esa situación. Ni pudo ser el pensamiento del peticionario, según la interpretación del Tribunal, que se presumiera su situación financiera en caso de que los bancos se negaran a exhibir esa cuenta corriente.

Igual cosa sucede respecto a la inspección ocular al diario "Tribuna", solicitada para examinar las ediciones del periódico en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1955 y ver las publicaciones relacionadas con "Industria de Construcciones Catroconcreto Ltda.", con el objeto expreso de que "los peritos dictaminen sobre si esta serie de publicaciones constituyeron un serio atentado contra la buena fama pública" de la empresa, "y si por ser tan persistente y tenaz la campaña publicitaria a que se viene aludiendo, es por sí sola causa generadora de perjuicios materiales y morales...", etc.

Tampoco podría pensarse, ni aseverarse, que los ejemplares del periódico, por sí solos, es decir, sin análisis minucioso de los respectivos escritos, sirvieran al demandante como prueba de los perjuicios morales que afirma se le causaron, pues esto no se demostraría ni con la acción exhibitoria de los periódicos, ni con la presunción establecida para el caso de renuencia a exhibirlos.

No era pues pertinente proceder a la interpretación de la prueba pedida, denominarla, y fijarle alcances distintos de los que realmente se desprenden del escrito, para sacar la conclusión de su inconducencia y por ende negarla.

El litigio tiene por objeto alcanzar el resarcimiento de perjuicios por culpa contractual, del cual son extremos el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquél. De manera que para demostrar el perjuicio, el demandante optó por el medio probatorio del dictamen pericial, y como bases o elementos de apreciación y estudio de los peritos, el examen de su cuenta corriente en los bancos y unos escritos de periódicos, para lo cual consideró necesario o conveniente que el juez, acompañado de los peritos vieran esos documentos. Salta a la vista que el demandante no se propuso demostrar la existencia de la cuenta corriente ni la de los ejemplares del periódico, para deducir de ellos un derecho o aducirlos como prueba. Menos podía aspirar a que se presumiera la existencia de esos papeles, que sería la sanción consecuencial para el caso de renuncia a exhibirlos, para demostrar los perjuicios demandados.

Para llegar a esta conclusión, o sea, la de la inconducencia de la acción exhibitoria —que no se ha pedido— no parece necesario hacer un prolijo examen de las disposiciones que regulan tal acción. De conformidad con los artículos 297 y 298 del Código Judicial, la acción exhibitoria se ejerce entre las partes o contra terceros, según verse sobre la cosa materia del pleito, o sobre un documento o testamento que el peticionario tenga que aducir como prueba o del cual pretenda deducir algún derecho. También puede ejercerse sobre documentos privados o correspondencia de propiedad de un tercero (artículo 306 C. J.) siempre que se observe lo dispuesto por el artículo 38 de la Constitución Nacional. En todos esos casos la cosa o documento a exhibirse, debe tener

entidad propia, capaz de acreditar por sí lo que el peticionario se propone.

De muy distinta naturaleza y alcances es la inspección ocular con intervención de peritos o testigos, pues de acuerdo con el artículo 724 del Código Judicial, ella tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de tales peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate. La percepción directa del juez sobre el hecho o la cosa puede no ser la prueba relacionada con el debate mismo, sino uno de los factores constitutivos de ella —como en el caso en estudio, la cuenta corriente o el periódico—, serán los peritos, quienes a través de su dictamen complementen ese medio probatorio, del cual ha de juzgar el fallador.

Se pretende demostrar pericialmente en este juicio, como ya se dijo, uno de los extremos esenciales del litigio cual es el perjuicio material y moral que pudo sufrir la empresa demandante, es decir, un hecho relacionado con el debate. El juez verificará la existencia de los escritos y de las cuentas, o sean los elementos o bases que han de permitir a los peritos sacar las conclusiones técnicas sobre el hecho que se investiga, y el juez habrá de estimar su mérito probatorio. Si la prueba pedida por Industria de Construcciones Catroconcreto tiene tal finalidad, como en efecto la tiene, está plenamente autorizada y respaldada en el artículo 724 del Código Judicial, por ser cabalmente aplicable al caso, y no haber disposición legal que la prohiba o limite.

Estas consideraciones permiten concluir que la negativa del Tribunal a decretar las inspecciones oculares solicitadas no tiene base legal, y por consiguiente la providencia que las negó debe revocarse.

Por lo expuesto, **REVOCASE** la parte final del auto de 19 de septiembre del presente año, por la cual se niega la práctica de las inspecciones oculares a que se refieren las series segunda y tercera del memorial de folios 6 a 9 del cuaderno número 6, y en su lugar se dispone:

1º—Decrétase la inspección ocular, con intervención de peritos, sobre los libros, archivos, papeles y comprobantes de contabilidad de los **Bancos de Bogotá, Colombia** e **Industrial Colombiano**, con el fin de establecer los hechos relacionados en los apartes 1, 2 y 3 del pedimento, y para que los peritos estimen el cupo de crédito bancario de que disponía "Industria de Construcciones Catroconcreto Ltda." en tales empresas bancarias, sucursales de Ibagué, hasta el 25 de junio de 1955.

2º—Decrétase la inspección ocular, con intervención de peritos, en los archivos, y libros del diario "Tribuna" de Ibagué, de propiedad del señor Héctor Echeverri Cárdenas, con el objeto de establecer los hechos relacionados en los numerales 1º a 5º inclusive del respectivo pedimento, y para que los peritos dictaminen acerca de las cuestiones propuestas en el numeral 6º del mismo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Jaramillo Giraldo — **Manuel E. Escobar**, Oficial Mayor

UTILIDAD DE LA DISTINCION ENTRE RESPONSABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA DE LA PERSONA DEMANDADA. — CUANDO SE DECRETA A FAVOR DE LA VICTIMA UNA INDEMNIZACION POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL SUBJETIVO, NO PUEDE DECRETARSE INDEMNIZACION POR EL MISMO MOTIVO A FAVOR DE PARIENTES O AMIGOS

1—Deducida como se halla la responsabilidad del demandado por las pruebas del juicio, no es necesario ni importante —a juicio de la Sala— establecer si esa responsabilidad es directa o indirecta, porque tales términos hacen relación al MODO como se compromete la responsabilidad de la persona moral, pero no a la responsabilidad misma. Solo sería pertinente esa definición judicial si se estuviese en presencia de una controversia relativa a la prescripción de la acción, prevista en el art. 2358 del C. C.

2—De acuerdo con el art. 95 del C. P. la indemnización por perjuicios morales autorizada por el legislador en la forma y términos allí previstos, solamente corresponde al OFENDIDO o a sus herederos cuando la víctima del daño haya fallecido de acuerdo con los artículos 24 y 25 del C. de P. P.

Si esto no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales, sería ilimitado contrariando el texto de la ley que determina la persona perjudicada a quien directamente se le reconoce la reparación que le corresponde por la ley. Pero esto es muy diferente al evento de la muerte de la víctima, porque entonces son sus herederos los que indirectamente vienen a percibir la misma reparación moral por el deceso del ser querido. En el primer caso, es la víctima quien recibe directamente la reparación por el daño y en el segundo sus herederos en forma indirecta. Y la explicación de esta afirmación se halla en que en el primer caso de la perjudicada sobreviviente, el dolor y la depresión psíquica a que quedó sometida la víctima por las deformidades causadas por las lesiones personales graves que afectan la integridad funcional y corporal, no pueden trasvasar los límites fijados por la norma positiva, ya que si en aquélla se tradujo en dinero la reparación de ese sentimiento moral que hizo las veces más sensibles de su personalidad humana, no puede hacerse extensiva tal indemnización a otras personas, por haber sido, se repite, indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo, el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy estrechos de consanguinidad o de gran amistad, hayan experimentado en su espíritu un hondo dolor y una inmensa tristeza debida a la tragedia psíquica que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija, que víctima de una agresión injusta, quedó reducida a la impotencia física o perturbada en sus funciones orgánicas o deformada su configuración facial que altere su estética.

En los casos en que la indemnización del daño moral subjetivo la recibe directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a favor de sus parientes o amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona, se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor, se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una pulenta interminable de acciones.

Ni sobra advertir que si la causa de la indemnización reclamada por los padres o amigos es el daño causado al ofendido, quiere ello decir que se trata de una causa refleja, nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado por aquéllos.

De otro lado, el daño moral subjetivo hasdinero, pues en ocasiones se reconocía tal la hace poco tiempo no se indemnizaba en elemento subjetivo por medio de obras, como monumentos, que se erigían a la memoria de la víctima del suceso, en reparación del daño moral sufrido por los herederos de aquél.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente Dr. José Jaramillo Giraldo

A eso de las nueve de la noche del 10 de noviembre de 1952, hallándose la señorita Lucila Ordóñez Barco en la puerta de su casa de habitación, -Nº 22-02 de la calle 31 de Bucaramanga— en compañía de unos amigos, fué herida en la mejilla derecha por un disparo de revólver hecho por Carlos Eduardo Orduz, detective del Cuerpo de Seguridad del Departamento de Santander, cuando perseguía a un sujeto apodado "Tobita". La señorita Ordóñez Barco sufrió una incapacidad de 60 días, quedándole una cicatriz de carácter permanente.

Como consecuencia de estos hechos, el señor Emilio Ordóñez Mutis, padre de la señorita Lucila, en nombre de ésta y en el suyo propio formuló demanda contra el Departamento de Santander a efecto de obtener la declaración de responsabilidad civil de éste por los perjuicios materiales y morales que recibieron y consecuencialmente la condena de la entidad al pago de tales perjuicios.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, luégo de fenecido el trámite de primera instancia, dictó el fallo que lleva fecha julio 6 de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"En mérito de las consideraciones que preceden, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, se declara: civilmente responsable al Departamento de Santander de los perjuicios materiales y morales sufridos por don Emilio Ordóñez Mutis y por la señorita Lucila Ordóñez Barco con ocasión de la herida que a esta última le causó en el rostro el Detective de la Policía Departamental Carlos Eduardo Orduz, el día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, en esta ciudad de Bucaramanga.

"Condénase en consecuencia al Departamento de Santander a pagar a los mismos señor Emilio Ordóñez Mutis y Lucila Ordóñez Barco los perjuicios materiales a ellos ocasionados con motivo de la herida sufrida por la segunda, en las circunstancias a que ya se hizo referencia. Estos perjuicios se regularán por peritos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta lo determinado al respecto en la parte motiva de este fallo.

"Condénase al Departamento de Santander a pagar a la señorita Lucila Ordóñez Barco los perjuicios morales causados por la cicatriz que le dejó en el rostro la herida que recibió del Detective Carlos Eduardo Orduz en la noche del diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos. Estos perjuicios se avaluarán por los peritos, según el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

"Condénase al Departamento de Santander a pagar a los señores Emilio Ordóñez Mutis y Lucila Ordóñez Barco, seis días después de la ejecutoria de este fallo, las sumas de mil pesos ($ 1.000.00) al primero y dos mil pesos ($ 2.000.-00) a la segunda, por concepto de perjuicios morales no objetivados, causados a ellos por el delito que dio origen a este juicio".

De esta sentencia apeló el señor Gobernador del Departamento y por tal motivo llegó el expediente a la Corte, donde ha recibido la tramitación del caso. No sustentó el apelante el recurso, ni el actor ha intervenido en la instancia, por lo que ha de contraerse el examen de la Sala a verificar si el fallo apelado se funda en la existencia y verdad de los hechos y si el derecho ha sido aplicado rectamente.

PRUEBAS

Del haz probatorio aducido al juicio tendiente a demostrar el interés jurídico de los demandantes, el daño y su autor material y la relación de dependencia de éste con la entidad de derecho público demandada aparecen las siguientes pruebas:

a) Partidas de matrimonio del señor Emilio Ordóñez Mutis, y de nacimiento de la señorita Lucila Ordóñez Barco, hija legítima del primero (folios 1 y 2 del cuaderno principal);

b) Copia del decreto Nº 01293, de septiembre 13 de 1952, emanado de la Gobernación de Santander, por el cual se dió de alta a Carlos Eduardo Orduz como agente de tercera categoría de la Seguridad Departamental; copia del acta de posesión del mismo Orduz del cargo mencionado, y copia del Decreto Nº 01637, de

noviembre 13 de 1952, por el cual se le dio de baja en dicho Cuerpo. (folos 9 vuelto, 10, 15 vuelto del cuaderno de pruebas del demandante);

c) Copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia en la causa seguida a Carlos Eduardo Orduz por el delitó de lesiones en la persona de Lucila Ordóñez Barco y otro, por virtud de las cuales aquél fue condenado a sufrir la pena de un año y dos meses de prisión en su carácter de autor responsable de tal delito en concurso ideal y mediante la modalidad del aberratio ictus.

Responsabilidad Civil del Departamento

La responsabilidad civil del Departamento de Santander en los perjuicios ocasionados al señor Emilio Ordóñez Muñiz y a su hija, por la actividad delictuosa del detective Carlos Eduardo Orduz, en la noche del diez de noviembre de 1952, está determinada en la sentencia que se revisa, mediante esta consideración: "En la noche de los sucesos Orduz estaba en ejercicio de sus funciones y al pretender detener a un individuo que salió en fuga disparó su revólver con intención de herirlo. Y ya se vio que el Juzgado condenó a Orduz como responsable del delito de heridas". Esta apreciación del fallador es evidente. De la declaración indagatoria del agente Orduz, cuyas expresiones verbales se transcriben en el fallo penal que en copia aparece en los autos, y de otras piezas del proceso allí referidas, aparece sin lugar a dudas que el detective actuó cuando al acercársele el individuo apodado "Tobita", a quien reconoció como sujeto de malos antecedentes, dicho sujeto lo insultó y trató de agredirlo, emprendiendo luego la fuga; el agente lo persiguió disparando "al nivel de los pies del ratero" y con el designio de "Impedirle que siguiera corriendo", como lo puntualiza el fallador penal al deducirle la intención manifiesta que tuvo de herir o lesionarlo, pero por error en el golpe resultaron víctimas otras personas. En ninguna parte del fallo del Juez penal a que se viene haciendo referencia, se hace alusión a móviles distintos del procesado.

"Admite la Sala en principio —dice el Tribunal del conocimiento— la responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público por los actos y omisiones de sus agentes autorizados, cuando en ejercicio de sus funciones vulneran el derecho ajeno causando un perjuicio cierto, que normas superiores de justicia determinan indemnizar. Condición de tal responsabilidad y consiguiente reparación del daño es que los actos o abstenciones, originados unas veces del hecho delictuoso y punible, intencional o culposo, como del simple cuasi-delito civil, provengan de personas investidas del carácter de agentes de la administración en ejercicio de sus funciones, y que el hecho generador del daño no sea realizado dentro del lícito ejercicio de las funciones sino precisamente excediendo las facultades del agente... Los autores más notables no vacilan en afirmar la responsabilidad civil del Estado por las culpas del servicio en que hayan incurrido sus agentes; y una copiosa y uniforme jurisprudencia de nuestra Corte la viene reiterando diariamente".

La calidad de agente de la Administración que Orduz tenía cuando obró en la forma reconocida, está comprobada en los autos y es lo que configura la responsabilidad de la entidad de derecho público demandada. El Tribunal opta, al estudiar la forma o manera como se ha producido la responsabilidad, por la aplicación del artículo 2341 del C. C. o sea por la llamada responsabilidad directa, de preferencia a la interpretación doctrinaria del artículo 2347 ibidem, o responsabilidad indirecta, según lo expresa en los considerandos del fallo, lo que apoya con la transcripción del siguiente pasaje de la sentencia de esta Sala, de fecha 18 de octubre de 1950:

"Mucho más clara por su lógica resulta la idea de la responsabilidad, tal como se deduce de los términos en que han sido concebidos la existencia y funcionamiento de la persona moral. Como simple abstracción jurídica que es, el séc moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas, a quienes una norma superior (la ley, los decretos y los reglamentos para las personas de derecho público, los estatutos y reglamentos para las de derecho privado) les señala las particulares funciones que deben cumplir, y sin cuyo ejercicio no podría llenar aquél los fines para que se creó. Esos agentes cualesquiera que sea su denominación, y jerarquía, al accionar sus funciones carecen de toda personalidad; sus actos no son por tanto personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusivamente de esta la responsabilidad que en dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella... (G. J. Nº 2087, pág. 466).

Deducida como se halla la responsabilidad del

demandado por las probanzas del juicio, no es necesario ni importante —a juicio de la Sala— establecer si esa responsabilidad es directa o indirecta, porque tales términos hacen relación al modo como se compromete la responsabilidad de la persona moral, pero nó a la responsabilidad misma. Solo sería pertinente esa definición judicial si se estuviese en presencia de una controversia relativa a la prescripción de la acción, prevista en el artículo 2358 del Código Civil.

Los perjuicios

Diversos medios probatorios adujo la parte actora para demostrar el valor de los perjuicios materiales sufridos a causa de la lesión que lo fue ocasionada a la señorita Lucila Ordóñez Barco, elementos que el Tribunal estimó insuficientes para hacer una declaración concreta respecto de su valor. Y en efecto, la señorita Ordóñez Barco, herida con proyectil de arma de fuego que le penetró por el pómulo derecho y le fracturó los huesos molar y palatino, tuvo que someterse a operaciones quirúrgicas y a tratamientos médicos especiales en Bogotá y Bucaramanga, que ocasionaron a su padre, el demandante Emilio Ordóñez, diversos gastos, y a la propia lesionada un lucro cesante consistente en los sueldos que dejó de devengar durante el tiempo de su incapacidad. Estos hechos demostrados con los dictámenes médicos producidos tanto en el proceso penal como en este juicio (folios 27 del cuad. 1º y 27 del cuad. de pruebas); con las declaraciones del doctor Luis González Torres y de los señores Rodolfo Rodríguez Leal, Teresa de Rodríguez y Gustavo Gómez Gómez (fls. 31, 25, 26 y 17 del cuaderno de pruebas); con la inspección ocular a los libros del Depósito Dental Latorre donde trabajaba la señorita Ordóñez (fls. 12 y 13 ibidem); y además con varios comprobantes, cuentas y facturas aducidas oportunamente no dan sinembargo base para fijar de modo inequívoco el valor de los perjuicios materiales que sufrió cada uno de los demandantes. Es verdad que se produjo un dictamen pericial sobre la materia, pero no puede tenerse en cuenta por haberse omitido ponerlo en conocimiento de las partes. De ahí que el Tribunal en su fallo, con muy buen acierto dispusiera la regulación posterior de la cuantía del perjuicio patrimonial por los trámites señalados en el artículo 553 del Código Judicial.

Hecho el reconocimiento de los perjuicios materiales, ha de hacerse consecuencialmente el de los perjuicios de carácter subjetivo, que se hubiesen causado por el grave insuceso que motiva la acción. Pero como previamente aparece de autos que los peritos han dictaminado que les es imposible fijar el cuantum del pretium doloris, puede seguirse —como lo hace el Tribunal— la ya definida y aceptada jurisprudencia de aplicar la norma de derecho positivo consagrada en el artículo 95 del Código Penal, que fija hasta la suma de dos mil pesos como indemnización para el ofendido.

En relación con los perjuicios de carácter subjetivo que el sentenciador de primera instancia reconoce a favor del padre del ofendido, la Sala disiente de ese parecer por considerar que ella se opone al texto de la ley y a la doctrina establecida. En efecto, el artículo 95 del Código Penal estatuye lo siguiente: "Cuando no fuere fácil o posible avaluarse pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". De acuerdo con esta norma la indemnización por los perjuicios morales autorizada por el legislador en la forma y términos allí previstos, solamente corresponde al **ofendido** o a sus herederos cuando la víctima del daño haya fallecido de acuerdo con los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal.

De manera, pues, que es el ofendido personalmente quien tiene derecho a percibir la indemnización reparadora del daño causado, como ocurre en el caso de autos, en que la víctima recibió lesiones que produjeron consecuencias materiales y morales de tremenda repercusión en la vida de la señorita Lucila Ordóñez. Siendo ésta la víctima del atentado, es ella quien tiene el derecho de percibir los perjuicios morales subjetivos y en ello no hay objeción alguna que formular por parte de la Sala; pero tratándose del padre de la señorita ofendida, no parece legal y jurídico que el juzgador le otorgue ese mismo derecho aunque disminuído cuantitativamente, ya que la acción reparatoria por el daño moral subjetivo, según se acaba de expresar, ha sido reconocido a la ofendida demandante en este juicio en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00).

Si esto no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales, sería ilimitado contrariando el texto de la Ley que determina la persona perjudicada, caso en el cual está contemplado el de la señorita Lucila, a quien directamente se le reconoce la reparación que le corresponde por la ley. Pero esto es muy di

ferente al evento de la muerte de la víctima, porque entonces son sus herederos los que indirectamente vienen a percibir la adecuada reparación moral por el deceso del sér querido. En el primer caso, es la víctima quien recibe directamente la reparación por el daño y en el segundo sus herederos en forma indirecta. Y la explicación de esta afirmación se halla en que en el caso de la perjudicada sobreviviente, el dolor y la depresión psíquica a que quedó sometida la víctima por las deformidades causadas por las lesiones personales graves que afectan la integridad funcional y corporal, no pueden traspasar los límites fijados por la norma positiva, ya que si en aquélla se tradujo en dinero la reparación de ese sentimiento moral que hirió las fibras más sensibles de su personalidad humana, no puede hacerse extensiva tal indemnización a otras personas, por haber sido, se repite, indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo, el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy estrechos de consanguinidad o de gran amistad, hayan experimentado en su espíritu un hondo dolor y una inmensa tristeza debida a la tragedia psíquica que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija, que víctima de una agresión injusta, queda reducida a la impotencia física o perturbada en sus funciones orgánicas o deformada su configuración facial que altere su estética.

En los casos en que la indemnización del daño moral subjetivo los reciba directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a favor de sus parientes o amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones.

Ni sobra advertir que si la causa de la indemnización reclamada por los padres o amigos es el daño causado al ofendido, quiere ello decir que se trata de una causa refleja, nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado por aquellos.

Ahora bien, el daño moral subjetivo hasta poco tiempo no se indemnizaba en dinero, pues en ocasiones se reconocía tal elemento subjetivo por medio de obras, como monumentos, que se erigían a la memoria de la víctima del suceso, en reparación del dolor moral sufrido por los herederos de aquél.

La jurisprudencia ha sido últimamente uniforme en reconocer pecuniariamente el daño moral subjetivo a los herederos del perjudicado de acuerdo con las normas legales; pero cuando la víctima no fallece, la reparación no va más allá del sujeto que ha sufrido el atentado, por las razones expuestas anteriormente, razones que la Sala comparte. En esto precisamente ha consistido el disentimiento del Magistrado doctor Jaramillo C. con la mayoría de la Sala falladora. Por todas estas consideraciones, la Corte estima que el señor Emilio Ordóñez no tiene derecho a la indemnización por los perjuicios morales subjetivos en la cantidad fijada por el Juzgado de primera instancia, cuya decisión habrá de reformarse en esta parte.

Además de lo anterior, encuentra también el Tribunal a que el perjuicio moral objetivado de que fue víctima la señorita Ordóñez Barco, por la cicatriz de carácter permanente que le queda en el rostro. Dice el Tribunal: "Es éste, para usar el lenguaje de Mazeaud, de los perjuicios que hieren a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo. La depresión psíquica, el sufrimiento consecuencial y la especie de complejo social derivado u originado en esa consecuencia visible de la herida, tratándose de una mujer joven, de posición social muy distinguida, conforma un perjuicio moral que debe repararse y que para ello debe ser avaluado por peritos".

Indudablemente hay suficiente base probatoria en el proceso para deducir el perjuicio moral objetivado. En el dictamen de los peritos doctores Pedro A. Plata y Francisco González García, se dice: "Como conclusión podemos afirmar que a la señorita Lucila le queda como consecuencia de sus heridas: 1º Una deformidad física, permanente e irreparable, por ser la cicatriz del rostro. 2º Una perturbación funcional, permanente e irreparable, por las consecuencias fisiopatológicas que las heridas imprimen al órgano lesionado." A esta prueba hay que agregar las declaraciones del doctor Samuel Arango Reyes y del señor Carlos Manuel Gómez, acerca de la posición social de la señorita lesionada, y la partida de nacimiento de la misma. Estos son los elementos que ponen en evidencia el daño moral objetivado, susceptible de

valoración, e indemnizable conforme lo tiene establecido la jurisprudencia; pero como no fue avaluado en el juicio, debe hacerse también al pedir la ejecución del fallo, en el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial.

Las bases de la liquidación que ha de hacerse para concretar el monto de la indemnización debida, conforme al art. 553 del C. J. están determinadas claramente en la parte motiva del fallo apelado, y por consiguiente han de mantenerse igualmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia apelada de fecha seis de julio de mil novecientos cincuenta y cinco proferida por el Tribunal Superior de Santander, en el sentido de no condenar al demandado a pagar la suma de mil pesos ($ 1.000.00) a favor del señor Emilio Ordóñez, por concepto de los perjuicios morales subjetivos, por los cuales la Corte declara no responsable al Departamento demandado. En lo demás se confirma.

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

Manuel Buenahora — **Abelardo Gómez Naranjo** — Con salvamento de voto, **José Jaramillo Giraldo**—**Camilo Rincón Lara**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO PONENTE DR. JOSE JARAMILLO GIRALDO

Sea lo primero agradecer a mis colegas de la mayoría el honor que me han discernido al aceptar, después de largos e intensos debates, casi todas las disposiciones de la parte resolutiva de mi proyecto, parte apreciable de los conceptos y argumentos en que lo fundamentaba, y aspectos esenciales del estilo en que aparecía.

Naturalmente que, una vez protocolizado el disentimiento, consideré oportuno profundizar un poco más en mis tesis, sobre todo al examinar ciertos matices de redacción que sólo conocí a última hora, cuando mi ilustre seguidor en ésta, Honorable Magistrado Camilo Rincón Lara, me hizo pasar para la firma el fallo definitivo.

Por fuerza de la claridad e imperativo mandato de la ley, tendré que referirme a esos matices nuevos —sacrificando la brevedad—, pero limitándome a los aspectos de su contenido que, realmente, destaquen la sustancia jurídica de las dos orientaciones.

Supeditando el deseo de presentar las cosas en la forma personalísima que acostumbra cada uno, al orden de los párrafos donde brillan las tesis de mis apreciados colegas, comenzaré por analizar los motivos de disentimiento con el que aparece al inicio de la página 8.

Dice así:

"En relación con los perjuicios de carácter subjetivo que el sentenciador de primera instancia reconoce a favor del padre del ofendido, la Sala disiente de ese parecer por considerar que ella se opone al texto de la ley y a la doctrina establecida. En efecto, el artículo 95 del Código Penal estatuye lo siguiente: 'Cuando no fuere fácil o posible avaluarse pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos'. De acuerdo con esta norma la indemnización por los perjuicios morales autorizada por el legislador en la forma y términos allí previstos, solamente corresponde al ofendido o a sus herederos cuando la víctima del daño haya fallecido de acuerdo con los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal".

Mi tesis

El reconocimiento de derechos, por razón del daño moral subjetivo indirecto, en favor del ofendido Emilio Ordóñez Mutis, no se opone al texto de la ley ni a la doctrina establecida.

El artículo 95

No es posible negar que el artículo 95 del Código Penal ha sido aplicado por interpretación. Todos los artículos de casi todas las leyes que en el mundo han sido, fueron aplicados por interpretación. Interpretación de sus antecedentes, o a la luz de la lógica de las disposiciones generales y concordantes, o por sus ordenamientos explícitos, interpretación **textual, subjetiva, objetiva o simplemente gramatical; por deducción** de lo que presumiblemente habría dispuesto el legislador de haber tenido en mente el caso que no previó, **por la costumbre, la histórica, la analógica, la de equidad**; interpretación de la voluntad del legislador, o de la voluntad de la ley, o de lo que llanamente aparece escrito, o de las palabras en su prístina acepción gramatical: PERO DE TODAS MANERAS INTERPRETACION.

Mas es indudable que unas disposiciones pueden estar, y de hecho lo están, más sometidas que que otras al vaivén de las interpretaciones. A esa clase pertenece, por la sutil materia inasible de que trata, el artículo 95 del Código Penal.

En consecuencia, resulta por lo menos arcaico invocar "el texto de la ley", y subrayar sus palabras con el dogmático afán de encarrilar su interpretación por el simple criterio literal de la primera lectura.

Con ese criterio —pregunto yo— cómo habría podido la Corte Suprema de Justicia hacer algunas de las afirmaciones contenidas en los siguientes fallos:

De 15 de marzo de 1941 (T. L. de la G. J., pág. 795), donde, al lado de los "perjuicios morales PROPIAMENTE DICHOS", extiende el concepto de "daño moral" —lisa y llanamente llamado así en el Código— a los "perjuicios de AFECCION,

que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y **los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones** FAMILIARES, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección".

De abril 23 de 1941 (T. LI de la G. J., pág. 424) donde aparece el mismo criterio interpretativo por extensión, al sostenerse que "el daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, **en su patrimonio moral** PROPIAMENTE DICHO, o bien en sus afecciones, en la PARTE AFECTIVA **del patrimonio moral**".

De abril 23 de 1941 (T. LI de la G. J., págs. 470-471), donde aplica el mismo criterio interpretativo por extensión, al afirmarse que "es un postulado de derecho contemporáneo la doctrina de la indemnización en dinero no sólo del **daño moral** DE INDOLE SOCIAL, sino también **del meramente** ESPIRITUAL producido por el dolor que hiere los sentimientos afectivos de la persona...". "Y en la misma legislación nacional existe el artículo 95 del actual Código Penal que expresamente sanciona con el pago de una suma de dinero las lesiones meramente subjetivas al patrimonio moral...". "Por el hecho de ser tal daño inasible desde el punto de vista material, no hay excusa para que la justicia, COMO NO LA HAY EN EL CASO DE HERIDA A LOS SENTIMIENTOS DE AFECCION, deje de reaccionar de alguna manera contra el perjuicio. Por ello este caso de daño moral innegable, **que se supone con sólo plantearlo a la conciencia del juez**, merece alguna satisfacción, de índole pecuniaria aun cuando sea, y así lo reconoce la doctrina foránea, según también puede ser comprobado".

De junio 20 de 1941 (T. LI de la G. J., pág. 300) donde la Sala de Casación Civil, después de aceptar y transcribir la importante jurisprudencia adoptada, con fecha 15 de marzo del mismo año, por la de Negocios Generales, la aplica con vigorosa nitidez: "el caso que hoy ocupa la atención de la Corte puede ilustrar como ejemplo esta posibilidad jurídica de la coexistencia de las dos especies de daño y su reparación separada: el perjuicio patrimonial representado en una suma equivalente al apoyo pecuniario que **los padres** demandantes dejaron de recibir por causa de la muerte culposa de su hijo Juan de Dios Cifuentes, a cuya apreciación se refirió la parte anterior de este fallo, y el detrimento —DOLOR DE AMOR FAMILIAR, PODRIA DECIRSE— que les causó la muerte de su hijo en las trágicas condiciones ya recordadas, y para cuya demanda les confiere personería el establecimiento procesal de sus **vinculaciones de sangre con la víctima**".

"DOLOR DE AMOR FAMILIAR", dice la Corte en su Sala de Casación Civil, no "dolor de amor" simplemente, como el del amigo o el novio: es decir, "dolor de amor EN DERECHO" porque "la familia" es un concepto jurídico. He pensado, por eso, que no tienen fundamento las invocaciones al peligro de la "ilimitud" de las reclamaciones por concepto del "daño moral subjetivo indirecto", a menos que se demuestre que "el amigo adolorido" o "el discípulo angustiado" o "el novio triste" forman parte de ese concepto valorizado —"FAMILIA" —o están amparados, en nuestro Derecho Civil, por un estatuto especial que los ate a **priori** al ofendido inmediato. Aplicando a nuestro sistema jurídico el atinado comentario de Orgaz sobre el artículo 1078 del C. C. argentino, que habla de "afecciones **legítimas**", podríamos decir que tampoco aquí la acción de indemnización pueda corresponder a toda persona que mantenga con la víctima inmediata una simple **situación** de hecho: hijo de crianza, novio o novia, concubina, amigo íntimo, etc., sino sólo a las personas unidas con aquélla por algún vínculo **legal** o jurídico, que autorice a considerar como daño propio, en la órbita moral, la lesión o el ataque inferido a la víctima inmediata. Ese vinculación legal, según la cual los daños de unos son en alguna medida compartidos por otros, no puede ser sino la de parentesco. EN NINGUNA PARTE LA LEY HACE DEL SIMPLE VINCULO DE AFECTO UN VINCULO LEGAL, de modo que, a falta de un precepto expreso, aquél no puede servir por sí solo para decidir quiénes son los titulares de la acción dentro del sistema de nuestra ley: EL VINCULO DE AFECTO ES UN MERO VINCULO DE HECHO, NO UN VINCULO JURIDICO.

Pueden consultarse entre otros fallos, los siguientes que contienen doctrinas semejantes a las anteriores: (**de julio 10/41**, T. LII, pág. 131; **de marzo 3/42**, T. LII, pág. 910; **de octubre 28/42**, T. LIV bis, pág. 381; **de noviembre 3/42**, T. LIV bis, pág. 398; **de noviembre 20/43**, T. LVII, pág. 263).

Ahora veamos algunos que contienen matices un tanto diferentes:

De octubre 20 de 1942 (T. LIV bis de la G. J., págs. 188-191), donde el fallador se sale del sistema muy generalizado que se venía aplicando, y —quizás recordando el fallo de 1922— busca otros senderos de interpretación: "debe observarse ade-

más, que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. No: esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer a quien sufre el dolor".

Tiene un relativo interés advertir que en el fallo anterior se produjo un fenómeno paradojal: se inició con vigorosas manifestaciones de **literalidad**, bajo la monística obsesión de "EL" ofendido ("el fallador no puede pasarse de ese máximum, porque entonces ese límite, **que es rígido**, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo **considerado**, sino con el número de demandantes, estableciéndose **una progresión en sentido** directo: a mayor número de demandantes, mayor **indemnización**, y hasta podría llegarse el caso de multiplicar el máximum fijado por la ley, dos mil pesos, por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se ve cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor"). Pero a poco andar, ya la razón vital había recobrado sus fueros al sentar un principio de raíz diferente, emancipado del ordenamiento literal que nos habla de: "avaluar **pecuniariamente** el daño moral", "la suma de dos mil pesos", etc. Y no solamente emancipado de la tiranía del "texto", sino muy resuelto a crear nuevos sistemas: "no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero...". "Esa reparación puede consistir en OTRA COSA MUY DISTINTA". En esta forma se descontaba del fallo la prima que la interpretación literal —con su apego a la indemnización en dinero, que parece cubrir como una coraza a los fallos anteriores— le había cobrado a la espiritual que impusieron los falladores del 22 y que, realmente, podría ser fuente de una "REPARACION" más acorde con la calidad de ese daño. El dinero dice relación casi exclusiva al "resarcimiento", etc., mientras que, con la insinuación hecha por este fallo, se podría llegar a la "reparación", "satisfacción", o si se quiere "atenuación" —morales— del "daño moral". Pero esto no es lo que interesa en este momento, y por eso volvemos al punto de partida: o sea al de que aun tratándose de sentencias tan cuidadosamente elaboradas como esta, el criterio de interpretación cuando menos se piensa resbala: de lo literal a lo humano, de la letra al espíritu, del texto a la vida.

Posteriormente vinieron otros fallos sin la obsesión de "EL" ofendido, y realmente parecía que —sin renunciar a la muy jurídica exigencia de ponerle límite al número de actores—, la jurisprudencia no volvería a poner el acento en la absoluta escuela primaria de la interpretación literal.

De noviembre 30 de 1942 (T. LIV de la G. J., pág. 543), donde en forma radical se le concede elástica aplicación por encima de los rígidos vocablos del texto, al artículo 95 del Código Penal. He aquí algunos párrafos: "la ley civil prescribe que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es **toda** lesión en el patrimonio, éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales propiamente dichos y derechos extrapatrimoniales. CUALESQUIERA QUE SEAN LOS DERECHOS QUE ESE DAÑO AFECTE, PROCEDE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL". "El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende **la parte afectiva**, los afectos, el amor a la familia; y **la parte social** del patrimonio moral, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales. La injuria al sentimiento **del amor filial** o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados". "Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral: si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase". "No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo: es la pena misma, el **dolor**, el **sufrimiento** lo que se considera".

De marzo 4 de 1943 (T. LV de la G. J., pág. 374) donde se dice lo siguiente: "El daño moral inobjetivado, según lo ha expresado la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherente a toda lesión o herida que el hombre recibe en su propio cuerpo. Esta clase de daño no es susceptible de reparación en ninguna forma. Lo que debe entenderse por daño moral inobjetivado en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, ES LA DEPRESION PSIQUICA a que está sometida la víctima cuando tales heridas o lesiones originan deformaciones que afectan de modo permanente y definitivo la integridad corporal y funcional. En tales circunstancias es indiscutible la existencia de una causa de preocupación y de pesar...".

De **septiembre 16 de 1943** (T. LVI de la G. J., pág. 422) donde la Corte sostiene, con marcado énfasis y subrayando la palabra TODOS del artículo 92 del Código Penal, el principio de la reparación del daño moral EN SU ABSOLUTA INTEGRIDAD: "El precepto del artículo 92 del C. J. es imperativo: condenar al responsable de una infracción que aparejó perjuicios o daños, a resarcir **todos** los que el delito causó. Todos los perjuicios sin excepción: el daño emergente y el lucro cesante. Estas dos clases de perjuicios, en ocasiones, son materiales y morales. Los últimos son de dos especies, una en que se menoscaba el estricto patrimonio moral, especialmente hablando, y otra que es de pura esencia subjetiva. Pertenece a la primera especie, y son objetivados y justipreciables pecuniariamente, pues a veces encierran una utilidad económica, aquellos que se originan en algunos delitos contra la libertad y el honor sexuales, contra la integridad moral, contra la familia y contra la integridad personal. Y en la segunda especie están **los de afección sola**, como el **sentimiento, pena y congoja**...".

De **febrero 28 de 1945** (T. LVIII de la G. J., pág. 623), donde la Corte, a través de su ilustre Sala de Casación Civil, fue al fondo mismo del problema del daño, del cual —por ausencia total de excepciones, reservas o matices en los artículos 2341, 2356, etc., del Código Civil— debiera inmediatamente inferirse el criterio de interpretación para casos como el nuestro: "Cierto es que el artículo 2356, inciso 3º, emplea la expresión: "todo daño", que abarca los perjuicios materiales, los morales Y AUN LOS DE AFECCION, y cierto es igualmente que con la muerte de un individuo se causan perjuicios morales a los parientes de éste". Sería en vano alarde jurídico entrar en inútiles disquisiciones para demostrar que el sabio criterio de la Corte resulta exactamente aplicable al caso de las gravísimas heridas sufridas por Lucila Ordoñez Barco. Basta con una sencilla traducción de ese criterio, empleando las mismas palabras del fallo anterior. La noble sencillez del concepto le permite ser transvasado a este otro sin alteraciones de ninguna clase: "**cierto es igualmente que con las heridas a Lucila Ordoñez se causaron perjuicios morales a su padre**".

De **junio 6 de 1945** (T. LIX de la G. J., pág. 140) donde en forma sencilla y clara —con la naturalidad de las cosas que devienen y se transforman al calor de la vida— la Corte avanzó en el sentido general del nervio jurídico ya analizado; y cuyas intermitencias no desvirtúan la orientación general que trae, lenta pero segura como el engranaje de una rueda dentada. La Corte liquidó el fantasma de "EL" ofendido al decir, textualmente, lo que sigue: "Interpretando el artículo 95 del Código Penal observa la Corte que el límite máximo de reparación fijada en esa disposición legal es para "la indemnización que corresponde al ofendido", como lo reza claramente el texto; LO CUAL ESTA SIGNIFICANDO, AL USARSE ESTA EXPRESION EN SINGULAR, QUE CUANDO SON VARIOS LOS OFENDIDOS, A CADA UNO DEBE ASIGNARSE LA CORRESPONDIENTE INDEMNIZACION, pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo. Resulta entonces como la interpretación más conforme con el texto del artículo citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo, que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al **fijar el pretium doloris**, pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, LA REPARACION PARA CADA DEMANDANTE U OFENDIDO puede fijarla prudencialmente el juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo".

De **Julio 17/45** (T. LIX de la G. J., pág. 1063). Donde la Sala de Negocios Generales ratificó y reformó la doctrina que venía aplicando, y que fue acogida también por la de Casación Civil, lo que le otorga singular importancia: "El daño moral subjetivo es tanto más intenso **cuanto más fuertes son las relaciones de afecto que se lesionan**, y puede afirmarse que es proporcional también al grado de emotividad individual. La reparación que la jurisprudencia reconoce por él se limita de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código Penal que dice: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". Esta disposición obedece —continúa el fallo de Cardoso Gaitán— a que el daño moral subjetivo, por su calidad mismo, es invaluable pecuniariamente y no puede ser materia de una tasación precisa que debidamente lo recompense en su cuantía, al contrario del daño material cuyo monto indemnizatorio hácese sobre un avalúo exacto. **Limítase, pues, el juzgador a reconocer la existencia del daño**, fijando prudencialmente el monto de la indemnización y pudiendo hacerlo hasta la suma de dos mil pesos, límite máximo sentado en la disposición legal transcrita. La Sala ha reconocido esta cantidad a cada uno de los ofendidos cuando son varios, atendiendo a que la

indemnización debe corresponder a los varios patrimonios lesionados y a la intensidad subjetiva del daño moral que experimenta cada una de las personas afectas a aquél. Esta doctrina aplicada por la Sala de Negocios Generales de la Corte cuando se está en presencia de varios lesionados SUBJETIVAMENTE por el daño moral fue acogida por la Sala de Casación Civil en reciente providencia".

Hemos subrayado, entre otras cosas, el adverbio "SUBJETIVAMENTE" para proyectar más fuertes luces sobre el caso de autos: Emilio Ordóñez Mutis no fue lesionado sólo material, sino moralmente, y es tal clase de daño —el moral subjetivo— el que suscita este debate. Pero es posible que el hecho de coexistir las dos clases de daño produzca en la subconciencia, por la costumbre de pensar más y mejor en el "material", un fenómeno psíquico de urdimbre sutil, que consiste en ver solamente el hilo más grueso y más viejo, mientras el fino y reciente del "subjetivo indirecto" aparece desdibujado.

Nos haríamos interminables si incluyéramos la doctrina —muy variada por cierto— de todos los fallos pronunciados por la Corte y que hemos reestudiado, en este caso, con el exclusivo fin de poder ofrecer una visión global de la parábola seguida por nuestros jurisconsultos en materia tan delicada. Pero no estaría bien dejarla inconclusa, cuando en los últimos años se han introducido modalidades del más alto valor científico. Véamos unos pocos casos, tomados al azar:

De **abril 28 de 1951** (T. LXIX de la G. J., pág. 561) donde se dice lo siguiente: "Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil no disponen que cuando el daño —de cualquier naturaleza que él sea— proviene de la muerte de una persona sólo puedan ser indemnizados —como lo sostuvo el Tribunal— los herederos de la víctima, pues conforme a su letra y a su espíritu han derecho a obtener la reparación a TODO AQUEL a quien el delito o la culpa le ha inferido daño. Generalmente las personas que sufren el perjuicio moral son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consanguinidad o afinidad, lo cual es muy razonable y no origina dificultades, pues como lo anotan conocidos autores, "el grado de parentesco desempeña respecto de ellos el papel de una presunción, presunción que la existencia de circunstancias especiales, por lo demás, puede siempre desvanecer". "Pero también hay necesidad de admitir que es conforme a la ley que pida aquel a quien el suceso ha herido positiva y bandamente en sus más puros afectos y da de ellos la demostración adecuada y plena, tiene derecho a lograr la correspondiente indemnización".

De **diciembre 4 de 1952** (T. LXXIII de la G. J., pág. 903), donde aparecen matices diferentes: "consisten los perjuicios morales en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en afección a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción en esta forma tiene los caracteres suficientes para producir convencimiento del juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial".

De **diciembre 16 de 1954** (T. LXXIX de la G. J., págs. 399 y 400), donde aparecen nuevos elementos jurídicos: "Nuestra jurisprudencia, como se demuestra con apartes de la misma providencia de la Sala de Casación Civil, arriba citada, y que reproduce el Tribunal en el fallo que se revisa, ya ha sentado el principio de que el carácter propiamente subjetivo del daño moral no puede estructurarse y demostrarse en el proceso en su cuantía y en sus proyecciones económicas, al igual del objetivo o material". "Pero subsiste el problema de saber cómo haya de limitarse el derecho a tal indemnización cuando varias personas, ligadas por distintos vínculos de afecto o parentesco, quepan dentro de la órbita del Color". "Para consagrar, pues, el límite a que se refiere el razonado alegato del señor Procurador, la Sala observa que fundándose el llamamiento a recoger la herencia intestada, en los vínculos de sangre y de afecto, que sirven de cohesión a la familia, es jurídico aplicar ese mismo criterio cuando se trata de indemnizar el daño moral subjetivo, causado por lesiones a esos sentimientos de afecto y cohesión familiar. De ahí que sea pertinente recordar el principio de derecho común de que DONDE HAY LA MISMA RAZON DEBE HABER LA MISMA DISPOSICION".

De **febrero 28 de 1956** (T. LXXXI de la G. J., págs. 110, 111), donde la Sala de Casación Civil intenta un resumen de la doctrina al respecto, y no ciertamente en el sentido restrictivo al cual nos hemos enfrentado en este salvamento de voto: "Hace poco más de 33 años (fallo de julio 21 de 1922) la Corte Suprema de Justicia le dio cabida a la acción indemnizatoria por perjuicios morales, en el juicio que León Villaveces promovió contra el Municipio de Bogotá, por el que-

branto espiritual que le produjo el descuido o equivocación culposa del administrador del Cementerio Central, quien, hallándose ausente del país el señor Villaveces, creyó que la bóveda que desde hacía varios años ocupaba el cadáver de la esposa de dicho señor, era del Municipio, hizo exhumar los restos que fueron a dar al osario común. Propuesto el juicio y surtidas las dos instancias, la Corte, en casación, pronunció fallo condenatorio en abstracto; y luego sobrevino el señalamiento, en concreto, de la indemnización debida, mediante el dictamen de peritos. Observando el legislador la gran dificultad con que se tropezaba en la apreciación de perjuicios de esa clase, al expedir el nuevo Código Penal en 1936, vigente desde el 1º de julio de 1938, incluyó una norma que ha servido para tasar los daños ocasionados por un delito, y también los procedentes de una culpa civil extracontractual. Esa norma (artículo 95 de dicho estatuto), señaló un máximo de $ 2.000.00 para el damnificado, y sostenidamente la jurisprudencia en muchos fallos ha sentado la doctrina de que cuando el damnificado moralmente es uno solo, la reparación pecuniaria indicada por el artículo 95, le corresponde a él; y si son dos, cinco, nueve, etc., otro tanto a cada uno, mas no que los $ 2.000.00 previstos por aquella norma se repartan entre todos. Así, si son diez, y se hallan en condiciones semejantes, no serían $ 200.00 para cada uno sino $ 2.000.00 para cada damnificado. Esto porque si se trata de varios hijos que perdieron al padre, el dolor o la pena moral de cada uno no se divide entre todos, no disminuye porque sean varios los dolientes, pues el mal de muchos no es consuelo para nadie, ni la pena aumenta porque sean menos los afectados; al contrario, siendo varios, el dolor propio de cada uno se aumenta por el ajeno, por la vinculación de sentimientos, al paso que el perjuicio material o pérdida patrimonial sí disminuye a mayor número de damnificados. Así, en el caso de que la muerte de la víctima haya ocasionado una pérdida patrimonial de $ 40.000, si son dos los sucesores, cada uno habría sufrido un menoscabo de $ 20.000.00, pero si son diez, el perjuicio para cada uno sería de $ 4.000.00. Por eso el cómputo realizado por el Tribunal en razón de perjuicios morales, es más jurídico, razonable y humano que el efectuado por el juez, y la Corte lo acoge en uso de la amplia facultad que a este respecto otorgan a los jueces las disposiciones sustantivas que regulan la materia".

"Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar, RESUELVE:... **Cuarto.** Se declara que el Municipio de Medellín está también en la obligación de pagar los perjuicios morales causados por el mismo suceso, a las personas ya mencionadas, en las siguientes cuantías: dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los demandantes María Maya v. de Restrepo, Néstor, Gladys y Silvia Restrepo M.; mil quinientos pesos ($ 1.500.00) para cada uno de los demandantes Alvaro y Roberto Restrepo; y mil pesos ($ 1.000.00) para cada uno de los demandantes Gloria, Ruth, Juan Fernando y César Restrepo M....".

El daño material y sus numerosas repercusiones morales en el mismo individuo y en otros.

Como decíamos antes, es posible que en los más complejos meandros de la subconciencia de algunos funcionarios se esté consolidando un equivoco difícil de expulsar, consistente en reducirlo todo, sin percatarse de la sutil confusión de factores que se opera en su mente, al relacionado con la "capacidad de trabajo", la "productividad", etc., es decir, facetas de orden económico aunque indirectamente puedan tener origen moral. Para muchos juristas, a poco reflexionar sobre el problema, el llamado "daño moral" se reduce a un perjuicio en el patrimonio económico. Cuando no ven clara la existencia de ese perjuicio, renuncian al intrincado análisis de la subjetividad. E inclusive cuando hablan de "daño moral", mentalmente y de manera sutil están pensando en ingredientes que sólo cuentan para el otro. En esta forma se mantiene incólume, por ley de inercia, la vieja concepción del daño anterior a 1922, cuando la reparación del moral adquirió carta de naturaleza en la jurisprudencia de este país.

Nuestros jueces no se han acostumbrado todavía, a pesar de los fallos anteriores, y de otros que han tocado la epidermis del problema, a pensar con naturalidad en que al lado de "UN" daño material pueden existir numerosos daños morales, de varios matices aunque provenientes del mismo hecho, y que paralelamente con el "ofendido material" pueden coexistir, en razón de la misma causa, varios "ofendidos morales". Sólo un ejemplo, entre muchos, proyectará luz indirecta sobre este inconcebible sig-zag jurisprudencial: ya en el año de 1935 (septiembre 17, Tomo XLIII de la G. J., pág. 305) se yergue el principio que —desarrollado con lógica jurídica y al calor de la incontenible dinámica social de un país como el nuestro—, le habría permitido al

legislador recoger la experiencia de los jueces para darle forma definitiva al concepto de "daño moral"; en muy importante sentencia de casación se establece, de manera incidental la obligación de reparar LOS PERJUICIOS INDIRECTOS. Dice así: "...basta que, entre las diversas causas cuya ocurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la **integridad del perjuicio.** En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad...". "La Corte de Casación francesa, **sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia** —como que la nuestra contiene todo lo que aquélla contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual— ha hecho, en sentencia reciente, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse...". "Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar LA INTEGRIDAD DEL PERJUICIO CAUSADO, que éste sea DIRECTO, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa **proximidad en el espacio y en el tiempo.** En la que pudiera llamarse **cascada de perjuicios** que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, DEBEN SER REPARADOS POR EL AUTOR DEL HECHO CULPABLE TODOS AQUELLOS DE LOS CUALES SE PUEDA AFIRMAR LOGICAMENTE QUE, AUNQUE ALEJADOS DE LA CULPA EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO, NO SE HABRIAN PRODUCIDO SIN LA CULPA".

Pero hay algo más: nos parece que, al fondo de la operación mental que pretende subsumirlo todo en la idea del "daño material", existe una vaga reminiscencia de los estadios primitivos del hombre, cuando el acto de la "venganza privada" se realizaba casi siempre con un férreo criterio individualista y monista: UN hecho, UNA ofensa, UN individuo que ofende, UN individuo ofendido, UN daño material **individualizado**, y, consecuencialmente, la venganza, que es el embrión de "la pena".

Influencia del derecho penal

Es posible también que esa reminiscencia resulte alimentada por la influencia subconciente de los conceptos que forman el Derecho Penal. En un caso como el de Ordóñez —en que se condenó al agresor por la especial gravedad del delito a una alta pena, se le negó el beneficio de la condena condicional y se hicieron muy fuertes consideraciones sobre las modalidades del hecho y la peligrosidad del sujeto —hay quienes sufran una recóndita influencia de los principios que inspiran el Derecho Penal— con su incontrovertible, absoluta y básica tesis de la identidad entre el autor del delito y el que sufre la pena—, y sólo por fuerza del imperativo mandato de una disposición escrita aceptan que se busque otra clase de reparación en favor de los ofendidos. Una lejana voz les está diciendo que se trata de OTRA "**pena**", y cuando menos lo piensan, muy en el fondo de sus cavilaciones, ante la figura de "EL" individuo ofensor, surge en su mente la figura monística de "EL" individuo ofendido.

Pero esta clase de influencias no puede interferir el proceso de comprensión de la categoría "daño moral". Está definido en forma que no permite dudas, que la reparación económica no es una "pena". Queda en pie, entonces, para el que falla un caso por la vía civil, una situación totalmente ajena al "non bis in idem" y que bien podría situarse gráficamente en la siguiente figura: 1º El delito (generalmente cometido por un solo individuo), es el eje de una rueda; 2º Penado o no, de allí surgen los radios (uno, o cinco, o diez, porque entonces no cabe la individualización que es típica del delito y la pena), que son los "daños": **de toda índole** porque los artículos 1494, 2341, 2356, etc., del Código Civil, no los limitan al que produce un menoscabo económico, sino que los extienden inclusive al que tiene VALOR DE AFECCION; lo que no constituye un endriago jurídico inventado por la fantasía mucilaginosa y pueril de algún falladorsensiblero, ya que explícitamente figura en nuestro derecho civil (artículo 483 del Código); 3º Esos radios ESTAN LIMITADOS por la periferia, que "redondea" la figura jurídica con la colaboración de ideas tan rigurosas y estrictas como "interés legítimo", "**afección legítima**", "**órbita** del dolor", "**lesión de un derecho**", etc., etc.

Conclusión

Aplicando todo esto al caso de autos tenemos: a) El Derecho es una valoración que tiene, entre otros objetos, el de proteger BIENES; b) Esos BIENES, ya protegidos por el derecho objetivo, son BIENES JURIDICOS;

c) La Constitución colombiana abre la puerta del título sobre "derechos civiles y garantías sociales" con la básica disposición de que "las autoridades de la República están instituídas PARA proteger a todas las personas residentes en sus vidas, honra y BIENES";

d) El artículo 653 del Código Civil establece que "los bienes CONSISTEN en cosas corporales o incorporales" y el 664 dice que "las cosas incorporales SON derechos reales O PERSONALES";

e) Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil dicen: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". "Por regla general **todo** daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1º El que dispara imprudentemente un arma de fuego..";

f) El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal establece que "la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona **o** PERSONAS PERJUDICADAS o por sus herederos" y el 25 dice: que "si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil";

g) El artículo 29 de la misma obra estatuye que "cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado";

h) El artículo 92 del Código Penal establece que en TODA sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de **todos** los perjuicios que se hayan causado" y el 95 dice que "cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización, que corresponda al ofendido, hasta por la suma de dos mil pesos";

i) La Corte puede fijar la indemnización que corresponda "AL OFENDIDO", señor Emilio Ordóñez Mutis por el "DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA INFRACCION PENAL", y que se encuentra plenamente demostrado en el expediente".

Nada más. Nada menos.

Nueva interpretación del artículo 95

Sentada la tesis de que el artículo 95 de nuestro Código Penal ha sido aplicada en virtud de múltiples interpretaciones que descartan la posibilidad de tomar sus palabras en sentido literal y simplista, o en el escueto tenor gramatical que suministran leyéndolas aisladamente, se deduce que ya NO es posible hablar de "EL" ofendido, en sentido monista, cuando la concurrencia de valores diferentes y de nuevas categorías jurídicas, crea la posibilidad de que al lado del damnificado directo existan "ofendidos indirectos" de varias clases.

Sin embargo, hemos recorrido apenas la mitad del camino (la manera cómo NO se debe entender el artículo 95). Por lo tanto, debemos profundizar un poco en su interpretación, a fin de establecer, concretamente, la calidad de "ofendido moral" que tiene don Emilio Ordóñez Mutis y su derecho a ser resarcido.

Atentos al pensamiento de Brebbia ("El Daño Moral", pág. 153), podemos decir, con él, que interpretar no es sólo investigar el sentido adecuado de una disposición legal, **sino, sobre todo, verificar el sentido que cobra ésta al ser confrontada con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad.**

Una vez obtenida la significación particular de un texto legal por cualquiera de los procedimientos de interpretación comunes (gramatical o lógica), se hace necesario confrontar el mismo con las demás normas que integran el sistema jurídico, en especial con las de carácter fundamental.

Sólo entonces, aparecerá revelado en su exacto valor y sentido el precepto en cuestión. Por obvio que aparezca el significado de una norma, su verdadera importancia sólo quedará evidenciada cuando ella sea relacionada con los demás preceptos legales, sobre todo, con aquellos que señalan las directivas al ordenamiento jurídico.

Es necesario hacer constar además que, debido a que el Derecho, una vez elaborado, adquiere un sentido autónomo distinto o posiblemente distinto al que pensó imprimirle el legislador, al indagar la significación de una norma es imperativo escudriñar la voluntad concretada en la ley y no la tenida por el legislador.

Como bien lo expresa Soler "la interpretación no va a buscar **extra legem**, sino **intra legem**. No

se trata con ello de buscar y descubrir una voluntad extraña a la ley misma, para encontrarla, por ejemplo, en sus antecedentes, sino que se trata de servirse de todos esos antecedentes y medios para entender cuál es la voluntad que vive auténtica en la ley. No basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a la ley, para que ésta efectivamente la diga.

Me propongo demostrar que, a la luz del actual ordenamiento jurídico colombiano, considerado en su dinámica unidad, el artículo 95 del Código Penal no puede interpretarse con el criterio férreamente individualista que llevaría a considerar siempre como "ofendido" exclusivamente al individuo aislado, sino desde el ángulo del conjunto de normas que le han dado a la familia una categoría celular tan importante que sólo a través de ella, se puede entender la verdadera esencia de numerosas instituciones jurídicas.

Como no se trata de un trabajo exhaustivo, sino de allegar el suficiente acopio de datos que proyecten luz propia sobre el caso de autos, me limitaré a mencionar algunas de ellas.

La Carta Fundamental

Para entender el significado histórico-jurídico del artículo 95, hay que ir a las cabeceras de donde fluye, la orientación general de nuestras leyes: a la fuente misma que les da forma y determina su curso: a la Constitución Nacional, que es la matriz de los derechos particulares.

Es importante recordar que algunos principios básicos incorporados en el Título III de la Carta, son auténticas normas de derecho privado, no solamente por la consagración "de los derechos civiles y garantías sociales" que determinan la órbita en que se mueven las personas, sino también por el modo expreso como el artículo 52 establece que "las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución".

Y aquí aparece ya, en el umbral mismo de la Ley de Leyes, una directiva esencial, fundamental, consustancial con la tesis que pretendo probar: ahora se dice "GARANTIAS SOCIALES". El título de la Constitución de Rionegro que correspondía al III del actual ordenamiento constitucional, se denomina simplemente "Garantías de los derechos individuales". Si es que las disposiciones de una Constitución son normas imperativas, surge ya un principio de interpretación a cuya luz puede verse con mayor claridad las orientaciones generales del Derecho en la segunda mitad del siglo pasado y las que al modo tenido como se transforman los institutos jurídicos, han venido cobrando fuerza en Colombia, al avanzar este siglo azotado por dos guerras mundiales.

Pues bien: la básica orientación que hemos tomado para esclarecer el verdadero sentido del artículo 95, a la luz del conjunto de nuestra legislación, encuentra fuerte respaldo en el análisis de algunas disposiciones del Título III. Su pórtico define desde el principio el problema. Allí aparece lo siguiente: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y BIENES, y para asegurar el cumplimiento de los deberes SOCIALES del Estado Y DE LOS PARTICULARES". (Artículo 2º del Acto Legislativo número 1 de 1936). El artículo respectivo de la Constitución de 1886 decía que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos". Como dice Tascón: "ESTE ARTICULO ERA LA CIFRA Y COMPENDIO DE LA DOCTRINA INDIVIDUALISTA".

En la doctrina específica que nos ocupa, no es difícil advertir la íntima afinidad morfológica que debe existir —que tiene que existir— entre un mandato constitucional de 1936 que, desarrollando una tesis positivista de Comte ("nadie posee más derecho que el de cumplir siempre su deber"), relieva y exalta "el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares", y un mandato legal del mismo año que señala una pauta para intentar una reparación del daño moral ocasionado por el delito. Este último debe entenderse, pues, no en relación con el individuo, sino de manera social en relación con su familia: en relación con la íntima esencia colectiva del devenir jurídico de esa época, que buscaba darle forma legal a viejas urgencias aplazadas y adecuada respuesta a las necesidades de un país que continuaba con la cabeza hundida en el siglo XIX.

Las Constituciones recogen el recóndito anhelo colectivo de una nación, aunque su redacción resulte a veces desfigurada en la puja de los grupos opuestos: por lo tanto, sus ordenamientos, como también sus secuelas legales, deben interpretarse con el criterio vital de que su aplicación no se limita por el escueto sentido vulgar de las palabras. El subsuelo humano que les dio

vida, solamente será fertilizado con una irrigación integral de los nuevos textos escritos y de los que no alcanzaron a nacer en la letra. De tal manera rebosa el espíritu el área superficial de los fríos vocablos con los cuales, a veces, se pone a funcionar la mecánica de la función judicial para consagrar como normas eternas lo que no pasa de ser otra cosa que la tolerada secreción de un prejuicio colectivo. En síntesis: adoptar una modalidad constitucional tan importante como ésta —que traslada el epicentro jurídico de lo individual a lo social—, implica modificar la aplicación dinámica de la legislación. Y por lo tanto su interpretación.

Lo mismo ocurre, en veces, al adoptar una simple ley. El legislador que la vota quiere hacerle decir una cosa, y es posible que logre encontrar vocablos sumisos que le permitan moldear sus blandas frases redondas. Pero la voluntad de LA LEY resulta esquiva, sencillamente porque en su fondo bulle la razón vital que le ha conferido, sin quererlo ni saberlo aquél, una vida propia y autónoma. "La sanción de leyes complementarias de un código pueden alterar por completo el espíritu de éste y limitar, por repercusión, el alcance de una norma al ser aplicada a un caso determinado, no obstante no haber sufrido la misma ninguna modificación en su texto." Aprobar una ley de importancia o consagrar la evolución de su espíritu es rehacer un poco todas las demás.

Destaquemos sólo un ejemplo, entre muchos posibles: Emilio Ordóñez Mutis estaba en ejercicio de la patria potestad al ser injustamente herida y desfigurada su hija Lucila. Esa figura jurídica es, precisamente, una de las que más notoriamente ha evolucionado al impulso de las necesidades sociales. No tiene objeto hacer aquí un detenido análisis para establecer el contraste —muy diciente para el caso nuestro— entre la manera radical y unilateral como antiguamente se entendía el ejercicio de esa potestad, con derechos omnímodos sobre la persona y los bienes de los hijos, inclusive el de vida y muerte (jus vitae necisque), y la forma como hoy se encuentra instituída, en favor de los hijos y no de los padres. Pero es evidente que evolución tan sensible como ésta de la "patria potestad", tiene que alterar considerablemente el espíritu de todas las disposiciones que tengan que ver con la familia y con el padre de familia. Volveremos sobre el tema.

Otras normas constitucionales

La valoración del concepto de "familia" —bajo cuya luz estudiamos el caso de Emilia Ordóñez Mutis y su hija menor Lucila Ordóñez Barco—, encuentra puntos de referencia cada vez más avanzados en la legislación moderna, que se desarrolla en un ámbito de integración de núcleos sociales en los cuales va sumido el individuo "como la gota en la nube viajera".

En la situación colombiana es fácil apreciar un asomo de ese criterio colectivista. Además del artículo 16, ya estudiado, tenemos el 23 ("nadie podrá ser molestado en su persona O FAMILIA..."); el 25 —("parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad")—; el 30 —("se garantizan la propiedad privada Y LOS DEMAS DERECHOS ADQUIRIDOS CON JUSTO TITULO...")—; el 51 —("asimismo, podrán establecer el patrimonio FAMILIAR inalienable e inembargable")—, etc., etc.

Es indudable que dentro del concepto de "derechos adquiridos", figuran muchas de las disposiciones relacionadas con el llamado "derecho de familia". Y en cuanto al "patrimonio familiar inalienable e inembargable", es interesante observar que esta norma de la Carta fue consagrada en el muy importante año de 1936.

El Código Civil

En el C. C. encontramos numerosas disposiciones de orden público, sobre derechos de carácter familiar, como las que regulan las obligaciones entre padres e hijos, las alimentarias en general, las relativas al patrimonio de familia no embargable, etc., etc.

Otras leyes

Además de las normas constitucionales y civiles citadas —sólo por vía de ejemplo— podríamos traer a colación muchas otras: entre ellas la del "Seguro Social Obligatorio", "que mira menos al individuo que al grupo familiar" —"Anales del Congreso"— año I, número 109. Bogotá, viernes 25 de enero de 1946—; y traerlas a colación no por lo que digan sino por lo que históricamente significan y a fin de desentrañar, a través de la fuerza de su simbolismo oculto, el verdadero sentido autónomo de la parábola que —aún por encima de lo que les hizo decir el Legislador— han venido proyectando sobre el pensamiento jurídico nacional. Entonces se vería cómo "la lógica material del derecho" —"Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", de Recaséns, pág. 29)— es decir, la lógica de los contenidos de las

disposiciones jurídicas, es diferente de la lógica tradicional, es el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica de la racional, de tipo matemático. Solamente la obligación de ceñirnos al material indispensable para respaldar nuestra tesis, nos priva de ese análisis que pondría ante los ojos de todos, por modo maravilloso, la real voluntad de la ley ínsita en todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad, y que le confiere al Derecho un rango superior al aflorar su razón vital como principio dinámico que viviendo se desenvuelve.

Conclusión general

Pues bien: cuando la evolución del concepto de "patria potestad", del terreno de los derechos omnímodos del padre al de los deberes para con sus hijos, crea una situación especial para aquél, que requiere un acervo mayor de derechos "PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES SOCIALES". Cuando el mandato constitucional, al impulso de la necesidad colectiva —defensa de la célula familiar, fortalecimiento de la nación, supervivencia de la especie—, se reviste de una modalidad que, al acentuar "el cumplimiento de los deberes SOCIALES de los particulares", robustece, en su propia base, la tendencia a desplazar el ejercicio de esa patria potestad del campo de los derechos al de las obligaciones. Cuando "el padre", y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa". Cuando la fórmula jurídica del derecho común, que generalmente obliga al actor a presentar la prueba de la culpa, sufre contra el padre una inversión excepcional y radical consagrada en las disposiciones que determinan la responsabilidad por el hecho ajeno, etc., etc., no es posible interpretar los textos que parcialmente sirven de anverso a la medalla, con el viejo criterio del individuo aislado: criterio ajeno al hecho protuberante —que llena toda la vida cristiana—, de que la familia es la unidad social, indivisible en el decálogo de los deberes, y, por lo tanto, en el escalafón de los derechos.

Conclusión particular

Profundicemos un poco sobre el aspecto, ya enunciado, relativo a la patria potestad, con miras a obtener una conclusión concreta para el caso que nos ocupa. Como dice el notable tratadista colombiano doctor Alvaro Pérez Vives ("Teoría General de las Obligaciones", 2ª edic., V. II, parte 1ª, p. 125). "la responsabilidad pesa sobre el padre (progenitor varón), y, en su defecto, sobre la madre, como una consecuencia de la patria potestad. La idea general que guió a los redactores del precepto transcrito —dicen los hermanos Mazeaud refiriéndose al artículo 1384 del C. C. francés (2347 a 49 del colombiano)—, es la siguiente: la patria potestad impone a los padres obligaciones no sólo respecto del hijo, sino también respecto de terceros: los padres deben, dando a sus hijos buena educación y vigilándolos atentamente, impedirles que causen daño. Así, cuando el hijo causa perjuicio a otro, se puede pensar que sus padres no han cumplido fielmente sus deberes, que han cometido una culpa. Habrá, pues, que derogar el derecho común de la responsabilidad y establecer una presunción de culpa en contra de los padres".

He aquí, en forma esquemática, las bases de la responsabilidad en cuestión: a) Sobre los padres pesa una doble obligación: 1º Educar convenientemente a los hijos; 2º Vigilarlos diligentemente. b) De consiguiente, pesa sobre ellos una doble presunción de culpa: se les presume culpables del daño causado al hijo menor, por falta en la educación y en la vigilancia. Por lo tanto: 1º Deben probar que no hubo culpa actual, es decir, que procedieron en la guarda de sus hijos como un hombre prudente y diligente, y que con la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere y prescribe, no pudieron evitar el daño; 2º Deben probar que no hubo culpa anterior, es decir, que educaron convenientemente al hijo y no le dejaron adquirir hábitos viciosos. SOLO DESTRUYENDO ESA DOBLE PRESUNCION SE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD".

Pero en cambio, si la situación es a la inversa no ocurre —como debiera ocurrir— lo que generalmente se piensa del binomio DERECHOS-DEBERES. Veamos el caso de Emilio Ordóñez Mutis: gravemente damnificado por hechos punibles a los cuales no se expusieron ni él ni su hija: acreedor a una reparación por el daño moral que le ocasionó el grave delito: titular de unos derechos que, después de leer el expediente, resultan por fuerza de la suma convicción interior, exclusivamente a base de hacer "composición de lugar" y ponerse en su caso: moralmente "ofendido" sin lugar a dudas: NI SIQUIERA PROBANDO LA CULPA OBTIENE LA CONSAGRACION DE SU DERECHO.

Volvamos al 10 de noviembre de 1952 e imaginemos el caso contrario: Lucila Ordóñez Barco le causa al Departamento un daño: un simple daño

no intencional. Se presume que fue debido a culpa de su padre, no solamente por la educación, sino también por la vigilancia: CONTRA EMILIO ORDOÑEZ MUTIS OPERA UNA DOBLE PRESUNCION, ACTUAL Y PASADA, SIENDO DE SU CARGO LA PRUEBA.

El Departamento, para que prospere su acción de perjuicios, apenas tiene que suministrar los siguientes factores: a) El daño realmente ocasionado; b) La imputabilidad a la menor Lucila Ordóñez Barco; c) Su dependencia legal como hija menor de Emilio Ordóñez Mutis. Eso es todo: El Departamento no tiene más obligaciones para cobrar la indemnización de perjuicios.

Pero cabe preguntar: ¿quién responde y los paga? EL MISMO A QUIEN SE NIEGA LA CONDICION DE OFENDIDO MORAL POR UN DELITO QUE OCASIONO A SU HIJA MENOR, "un defecto físico o deformidad, permanente e irreparable, por lo que respecta a la cicatriz facial, que perjudica la estética de la cara, máxime si tenemos en cuenta las condiciones de orden social, la delicadeza de la piel, la edad y la belleza de la persona agraviada. ¿Esta cicatriz, en el presente caso es todavía más ilustrativa...". También le queda una perturbación funcional, permanente e irreparable, por la herida que sufrió en el seno maxilar superior, que le atravesó la bala, y, además, por el desperfecto que sufrió el paladar, pues no obstante el haber quedado muy bien operada, es un punto débil y como el paladar quedó un poco bajo, siempre perjudica para la deglución y la fonética por las nuevas condiciones anatómicas de los órganos que han sido lesionados.

Síntesis

Si la menor Lucila Ordóñez causa un daño, Emilio Ordóñez responde por él y está obligado a resarcirlo. Si contra Lucila Ordóñez se comete un delito, a Emilio Ordóñez no se le considera "ofendido" y no se le resarce. Yo tenía y conservo la honda convicción de que a toda obligación jurídica corresponde un derecho subjetivo.

La ilimitud "del daño moral"

Para despejar equívocos, seguimos el ordenado análisis de las tesis en que discordamos, a fin de presentar con claridad el cabal fundamento de la ponencia en que yo proyectaba una reparación por el daño moral subjetivo que indudablemente sufrió don Emilio Ordóñez Mutis. No obedecía ello a un prurito de teorizar, porque mis afirmaciones hunden sus raíces en el caso concreto que fallamos, y tienen valor estricto sólo para él. Ni el afán de resbalar sobre el expediente buscando sutilezas para contender, porque he sumido sus cuatro cuadernos bajo las disposiciones de la norma, interpretando intra y no extra legem. Ni el capricho de discutir hasta en materia leve, porque esta controversia es fundamental en sí, independientemente de mi incapacidad para sostenerla. Y además, beneficiosa, pues nadie sería osado a negar que en el conjunto de todo régimen de derecho existe, y es bueno que exista, un coeficiente de inseguridad e incertidumbre a través del cual se pueden hacer las operaciones no previstas por el legislador y que la cambiante realidad social nos urge a cumplir cuantas veces la norma se sale de su gozne humano, convirtiéndose en peso muerto contra las necesidades del hombre y de la vida.

Dicen así mis colegas:

"Si esto no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales, sería ilimitado contrariando el texto de la ley que determina la persona perjudicada, caso en el cual está contemplado el de la señorita Lucila, a quien directamente se le reconoce la reparación que le corresponde por la ley.

"En los casos en que la indemnización del daño moral subjetivo los recibe directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a favor de sus parientes o amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor, se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones".

En realidad, por ninguna parte aparece que el texto de la ley haya fijado límites "al daño moral", ni nosotros queremos entrar en ese terreno ontológico. En cuanto a la reparación, existen liquidaciones de varias clases: pericial, por arbitrio del juez, etc.

En relación con el segundo párrafo transcrito en este capítulo, encontramos en Brebbia un concepto tan ajustado y preciso, tan aplicable al contenido de ese párrafo, que no queremos privarnos del placer intelectual de introducirlo en esta pieza del proceso:

"Toda persona que ha sufrido un daño en su patrimonio moral por el hecho de otra tiene derecho a reparación, pero tal aserto no significa

en manera alguna que el número de agraviados por un mismo hecho ilícito pueda ser infinito y el legislador se vea obligado por tal causa a limitar arbitrariamente el número de accionantes. Tal posición reposa en una confusión, como es la de creer que toda persona que sufra una herida en sus afecciones por el hecho ilícito de otra, tiene derecho a reparación, aun cuando tal hecho no haya violado alguno de los derechos inherentes a su personalidad. No basta que se haya producido una lesión en las afecciones de una persona para que se ocasione un daño moral, sino que es necesario que el sentimiento de afección vulnerado se halle protegido por norma jurídica, es decir, que constituya una afección legítima. La muerte del líder de un pueblo puede ocasionar un sentimiento inconmensurable de dolor en las personas que forman el mismo, pero origina únicamente derecho a accionar contra el responsable del deceso en aquellas personas unidas por un vínculo de parentesco con la víctima".

Por lo demás, aún admitiendo por vía de hipótesis la procedencia de tal objeción, cabría dejar constancia que la misma no sólo serviría para impugnar el principio de la reparación de los daños morales, sino también el de la reparación de los daños patrimoniales, pues el número de personas perjudicadas pecuniariamente por la muerte de una persona puede ser infinito y el derecho no le acuerda a todas ellas la facultad de accionar contra el responsable del fallecimiento.

La limitud de personas con derecho a indemnización

Pero si se trata de otro problema —imprecisamente enunciado quizás—, o sea el de los límites que debe tener la calidad de "ofendido" y la "órbita del dolor", forzoso será que profundice un poco más en el terreno a donde me llevan mis colegas. Y lo hacemos con la íntima seguridad de ofrecer adecuada respuesta a su inquietud, ya que de antemano hemos querido hacer muy estricta nuestra tesis, aunque parezca difícil alinderarla por la aparente incontinencia de su enunciado.

Esta preocupación llena parte apreciable de las muy brillantes páginas donde mis colegas consignaron sus tesis sobre el daño moral subjetivo indirecto. A lo largo de sus párrafos, campea esta inquietud central, bajo el aguijón de penetrantes alusiones a conceptos generalistas —"dolor", "depresión psíquica", "sentimiento moral", "amistad", "tristeza", "tragedia psíquica", etc.— que de ser aceptados per se como únicos ingredientes del principio jurídico "DAÑO MORAL", le convertirían en la Caja de Pandora del Derecho.

Pero ocurre que nosotros nunca hemos pensado en esos conceptos generalistas como fundamento exclusivo de la figura jurídica que pretendemos destacar. Aunque el "dolor", la "depresión psíquica", etc., pudieran considerarse factores HUMANOS típicos en la existencia del "daño moral", no servirían para caracterizar EN DERECHO esta categoría especial, ya que ellos pertenecen al mundo del psiquismo, y ni éste, ni lo puramente físico, pertenecen por sí a la esfera de acción del Derecho. La tarea de aprehender la esencia propia del "daño moral", nada tiene que ver con la de constatar situaciones DE HECHO. Estas apenas sirven de ingrediente elemental, pero el toque jurídico lo pone su VALORACION a través del vínculo jurídico que ate al ofendido directo con el damnificado mediato. La tarea esencial consiste en confrontar esas situaciones con el precepto jurídico que otorgue a esta última clase de damnificados uno o varios derechos inherentes a la personalidad.

Veamos otro párrafo, donde mis colegas ratifican y refuerzan el ya transcrito sobre la "limitud del daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales".

"En el caso de la perjudicada sobreviviente, el DOLOR y la DEPRESION PSIQUICA a que quedó sometida la víctima por las deformaciones causadas por las lesiones personales graves que afectan la integridad funcional y corporal, no pueden traspasar los límites fijados por la norma positiva, ya que si en aquélla se tradujo en dinero la reparación de ese SENTIMIENTO MORAL que hirió las FIBRAS más sensibles de su personalidad humana, no puede hacerse extensiva tal indemnización, por haber sido indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo, el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy estrechos de consanguinidad o de gran AMISTAD, hayan experimentado en su espíritu un hondo DOLOR y una inmensa TRISTEZA debida a la TRAGEDIA PSIQUICA que experimente el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija, que víctima de una agresión injusta queda reducida a la impotencia física o perturbada en sus funciones orgánicas o deformada su configuración facial que altere su estética". Me parece que a través de esos conceptos generalistas y de hecho —subrayados por mí para destacarlos como hitos de la frontera que

voy a proponer—, llegaremos con toda facilidad, a desentrañar la razón y el sentido de las equivocaciones cometidas, inclusive por grandes tratadistas de derecho, y que han mantenido embrionario el concepto de "daño moral".

En efecto; si en relación con un acto ilícito, lo que caracteriza el "daño moral" es aquella íntima repercusión abstracta que un individuo siente y que no es posible localizar, ni aprehender, ni definir —a pesar de que lo ha embargado todo su ser—, bien cabe toda esa gama de generalidades y vaguedades no consanguíneas con el Derecho, y, consecuencialmente, la otra de temores por la subjetividad sin orillas que cabría en ese mar de personalísimas situaciones de hecho. Sin posibilidad de establecer ni la más elástica e imprecisa tarifa de pruebas, tendrían derecho a indemnización el vecino "ADOLORIDO" que vio correr la sangre adolescente de Lucila Ordóñez; y la tendera hiper-emotiva que, ante la violencia injusta, se "DEPRIMIO PSIQUICAMENTE"; y el transeúnte de "FINA SENSIBILIDAD MORAL"; y la jovencita hiperestésica de "MUY DELICADAS FIBRAS" en su textura espiritual; como también "EL AMIGO", "EL DOLOR DEL NOVIO", "LA TRISTEZA DE LA CONDISCIPULA" y la conmoción de los habitantes todos de una misma barriada por "la tragedia psíquica que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija..."

Razón plena, absoluta, razón sin sombras tienen mis colegas para pensar en la cantidad y calidad de las reclamaciones. Por eso decía uno de ellos, cuando apenas se iniciaba el dilatado análisis de este problema "ante la muerte de un caudillo político, todo el país podría reclamar indemnización por el daño moral". Observación inteligente y aguda que me hizo recordar a un célebre tratadista francés: "Podemos representarnos a Francia, a un departamento o a una ciudad, llorando a uno de sus hijos, pero no es sino una metáfora".

Por fortuna el problema no es tan simple. Como dice Kantorowicz, la indemnización de daños inmateriales es un caso desesperadamente complicado. Por eso mismo, su estructura se construye con factores de virtualidad suficiente para imponer, de por sí, las más severas limitaciones. Veamos nuestro caso particular, saquemos después una conclusión teórica sobre el derecho en general y busquemos luego la manera de acercarnos a una caracterización jurídica del "daño moral".

Las cosas más obvias —por su misma obviedad— se olvidan a veces. El derecho de Lucila Ordóñez Barco y Emilio Ordóñez Muñiz, a que se les repare por el aspecto moral subjetivo, no se origina solamente en el "DOLOR" y la "DEPRESION PSIQUICA", porque una cicatriz también hubiera podido causar destrozos faciales suficientes para llevarlos a esas mismas situaciones anímicas, cuyo prístino significado físico o psíquico no sirven para una valoración jurídica. El "SENTIMIENTO MORAL" y las "FIBRAS MAS SENSIBLES DE SU PERSONALIDAD" tampoco nos prestan buen servicio en este caso, porque estamos tratando cuestiones de derecho, que, como tales, no pertenecen al mundo físico ni al psíquico, sino al mundo ideal de las valoraciones. Lo mismo podemos decir de "LA AMISTAD", "LA TRISTEZA", "LA TRAGEDIA PSIQUICA", etc., etc. Esas categorías ya existían en el amanecer de la humanidad. Muchas de ellas aún perduran y son. A la manera como han existido, siempre, fuerzas físicas capaces de impulsar un objeto hasta el punto de hacerlo atravesar el macizo óseo facial de una mujer, y perforar la lámina palatina. Pero el Derecho, los derechos subjetivos, las lesiones jurídicas, el artículo 95: ESO ES CREADO POR EL HOMBRE Y PARA EL.

Para los fines del derecho, ni siquiera la intervención del elemento "hombre" permite, por sí solo, resolver el problema. Este nuevo factor impulsa un poco la solución, pero la deja en la mitad del camino. Lucila Ordóñez habría podido, por obra y gracia de los actos de un hombre, sufrir exactamente las mismas consecuencias de deformación física y perturbación facial, sin tener derecho a reclamación alguna. Por ejemplo, en el caso de una operación voluntaria para extirpar el origen de una infección. Esto me obliga, entonces, a buscar más en el fondo del problema, localizarlo bien y emerger de allí para intentar la caracterización que justifica mi posición y mi tesis.

El hecho y el Derecho

Con todo el respeto que profeso a mis colegas de Sala, debo manifestar que posiblemente el origen de nuestra disparidad de criterio arranca, no de una concepción diametralmente opuesta sobre la "teoría del daño", sino de una falla en la manera como enfocaron, en este caso, al sujeto de Derecho y la ofensa inferida.

Para hacer más comprensible mi tesis, tendré que volver a los primeros principios. Todo intento de explicación, parcial resultaría fallido,

así como la adopción de una línea de menor resistencia consistente en dar por sentados algunos preconceptos jurídicos en vez de ir al fondo de ellos y estudiar su génesis. Por fuerza tendré que penetrar en la raíz de la cuestión, hasta llegar al elemento "hombre", desnudo de especiales calidades de derecho, y situarme ante él con plena libertad de análisis y en absoluto estado de inocencia jurídica.

Bien claro es, como afirma Luis Recasens ("Vida humana, sociedad y derecho", 1ª edic., 1939, págs. 5, 66), que "todas las gentes tienen alguna idea respecto del Derecho, como, en suma, la tienen también sobre todas las cosas que encuentran en su vida. En el mundo hallamos magistrados y policías, ventas, alquileres, depósitos, salarios, leyes, abogados, notarios, diputados, cárceles, tutores, herencias, etc., etc. Y, para todos, es obvio que esas cosas —y un sin fin de otras análogas— pertenecen al reino de lo jurídico. Ello resulta tan obvio como que las rosas y los guisantes pertenecen al sector de lo botánico. Pero se trata de conocimientos meramente aproximados, superficiales, inseguros, al buen tun-tun, en suma, de lo que se llama conocimiento vulgar, es decir, a medias, ignorante de sus razones, sin firme asidero, fluctuante y azaroso". Nos daremos cuenta de ello —en función del ejemplo que nos interesa, esto es, del referente a lo jurídico— si preguntamos al hombre de la calle por qué razón incluye dentro del Derecho todas esas cosas que hemos mencionado (y muchas otras, como la propiedad, la letra de cambio, los gobernadores, las fortalezas, y las multas). ¿Dónde está lo jurídico en cada una de esas cosas? Los gobernadores, los jueces y los gendarmes son hombres de carne y hueso como todos los demás, sin que de ellos se diferencien a virtud de ninguna realidad peculiar; y, sin embargo, en ellos encarna una dimensión jurídica. ¿Dónde está lo jurídico en ellos?

En el derecho constituido jamás tropezamos con hombres individuales, de carne y hueso, en su entrañable singularidad, sino que encontramos solamente al ciudadano, al extranjero, al funcionario, al particular, al vendedor, al comprador, al mandante, al mandatario, al naviero, al contramaestre, al contribuyente, al recaudador de contribuciones, al elector, al elegible, al juez, al gendarme, al delincuente, etc., en suma, categorías abstractas, tipos, cristalizaciones funcionales...

Pues bien; para los efectos de esta litis judicial, no podemos considerar a Emilio Ordóñez Mutis sólo como un hombre individual, de carne y hueso, en su entrañable singularidad. Ni el dolor que sufrió, por la herida a Lucila Ordóñez Barco, puede considerarse simplemente como un dolor psíquico, un sufrimiento humano, una herida en su más íntima entraña espiritual. Si miramos a Ordóñez Mutis y el dolor por él sufrido al trasluz de un concepto primitivista, elemental, simplemente humano, tampoco el "detective" Orduz podría considerarse como un detective, ni el "Departamento" sería cosa distinta a un peñazo de la naturaleza física de nuestro planeta, ni el disparo fatal habría encontrado en unos hombres encargados de "administrar justicia" las numerosas superficies intelectuales que han permitido refractar ese hecho, a través de un proceso de valorización metajurídica, para asignarle calidades diferentes a las puramente físicas y localizarlo entre los conceptos de "culpa" (daño por imprudencia— y "dolo" —daño intencional— es decir, "VALORES". Y así sucesivamente, en ese plano de simple realidad fenoménica, no podríamos rebasar los linderos de una causalidad puramente física y, por lo tanto, ni la "justicia penal", ni el "tribunal civil" de la instancia, ni la "Corte Suprema de Justicia" (también "VALORES"), tendrían facultad para estudiar el caso e IMPONER sus decisiones, poniendo en práctica sus mecanismos ideales de naturaleza social, con pretensiones normativas, que dicen relación a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación colectiva, y cuyo imperio de imposición inexorable permite la coexistencia civilizada de los hombres y la subsistencia del todo organizado.

Como se ve, no se trata de habilidosas abstracciones, ni de una audaz mutilación de las entidades reales que se dan en el hombre —como ser físico, o biológico, o psíquico—, todas altamente dignas de ser justipreciadas, pero en otra clase de disciplinas. No se trata de aspectos que excluyan a los demás, ni en este momento tendría importancia un debate de prioridades. Pero a nadie se le ocurriría ir al Código Civil para conocer la estatura física de don Emilio Ordóñez, ni al Tribunal Superior le correspondería definir el tipo psicológico a que pertenece. Son aspectos de la vida humana, aprehensibles según los haces de nuestro espíritu, pero que solamente a base de una justa aplicación de los principios concernientes, podrían ser identificados, clasificados y llevados a su máxima plenitud. Por hoy, pues, nos hemos apoderado de la personalidad de Emilio Ordóñez Mutis "como sujeto de derecho" y exclusivamente a la luz del Derecho estudiaremos

el "daño", cuya existencia aparece plenamente demostrada en el expediente.

El derecho lesionado

Para el expositor argentino Roberto Brebbia -"El Daño Moral", pág. 224, número 104— "un daño moral es la **violación de los derechos de la personalidad del sujeto**", y lo llama también "agravio extrapatrimonial". "**Daños morales, derechos inherentes a la personalidad y bienes personales** —concluye este autor— forman, así, una trilogía indisoluble que constituye el núcleo de la teoría jurídica de los agravios extrapatrimoniales".

El tratadista en cita hace la siguiente clasificación de los "agravios extra-patrimoniales": "A. Daños morales originados por violación de los derechos inherentes a la personalidad que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social de la personalidad moral. Son ejemplos: a) El ataque al honor de una persona; b) El ataque al nombre; c) El ataque a la honestidad; d) La violación al derecho a realizar toda actividad lícita; e) El ataque a la autoridad paterna; f) La violación de la fidelidad conyugal. B. daños morales originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo de la personalidad moral. Son ejemplos: a) La lesión a las afecciones legítimas; b) El ataque a la seguridad personal o integridad física de las personas; c) La violación al derecho moral del autor; d) La violación del derecho a la intimidad; e) La destrucción, pérdida o menoscabo en los bienes patrimoniales con valor de afección".

Dentro del anterior cuadro del daño moral, han resuelto los tribunales argentinos casos por "agravios extrapatrimoniales" consistentes en haber operado a un menor sin el permiso de su padre —lesión a los derechos inherentes a la autoridad paterna—, en atacar al honor de un pariente, "que hace que las personas más allegadas a la víctima directa se sientan también afectadas en sus sentimientos por el hecho injurioso". En cuanto al agravio derivado de la lesión a un bien patrimonial con valor de afección, dice Brebbia: "En razón de la vinculación íntima y directa que tienen ciertos bienes patrimoniales con la persona que los posee, los mismos adquieren para su titular un valor especial, llamado **valor de afección**. Estos bienes con valor de afección se hallan impregnados de la personalidad de su dueño, comprendidos dentro del círculo íntimo de su personalidad y, por tanto, su pérdida o menoscabo debe lógicamente revestir también una significación especial, no asimilable con la que pudiera producir la desaparición o detrimento de bienes patrimoniales no afectados por esa influencia". Y cita como ejemplo, la destrucción de las cartas de un padre, conservadas por el hijo, en razón del "valor entrañable" que para él tenían.

Para el suscrito Magistrado no existe duda alguna de que la lesión que un padre experimenta en sus más caras afecciones, en sus derechos de progenitor, con motivo de las lesiones deformantes que su hija menor sufrió en el rostro, debe ser reparado. Si se admite el derecho a la indemnización por la simple operación que un facultativo efectúa en la persona de un hijo menor, sin permiso del padre mismo; si se ha podido decretar el deber de reparar el perjuicio moral proveniente de haber destruido o dañado una cosa que tiene para su dueño un valor de afección, ¿cómo pretender que la grave lesión física que se infiere a una menor, no afecte a su padre, no lesione sus derechos personales extrapatrimoniales de tal?

Para decirlo con palabras de Brebbia, que nuestra Corte ha aceptado y glosado en múltiples fallos, "la ley presume que todas las personas vinculadas entre sí por lazos de parentesco se hallan unidas por un lazo de afectividad especial, que constituye, precisamente, la base moral de la institución de la familia.

"Todas las personas tienen derecho, pues, a que ese sentimiento afectivo protegido implícitamente por la vinculación jurídica del parentesco, sea respetado: **cualquier hecho de otra persona que vulnere esa afección legítima creará a su autor la obligación de resarcir el daño moral producido**".

"El caso más grave y también el más común, de lesión a las afecciones legítimas, lo constituye el de muerte de un familiar... **Pero con esta afirmación no se agota el tema, ni mucho menos...**". (Ob. cit. págs. 248, 249).

No debe, pues, limitarse la posibilidad de decretar una indemnización por perjuicios morales, en favor de los parientes de una persona, al caso de muerte. Es cierto, como lo anota Brebbia, que éste es el evento más común y también el más claro. Pero siguiendo a este expositor, observo igualmente que con ello no se agota ni mucho menos, el tema. Toda esa inmensa gama de lesiones extrapatrimoniales, anteriormente clasificadas, nos indica lo contrario. Porque sería realmente monstruoso conceder una indemnización

cuando se daña la cosa querida de una persona, y negarla cuando se infiere el daño, no ya a un objeto, material, sino a un ser humano: a una hija menor respecto de la cual están rigiendo, en todas las legislaciones del mundo, numerosos institutos jurídicos que la "desindividualizan" y subsumen en el concepto básico de "FAMILIA".

Ha sido tendencia de la Corte, en algunos fallos pronunciados en épocas pasadas, la de menospreciar el valor de la persona humana. En general y para otros casos, se ha pretendido negar en cuanto a las personas los derechos que se conceden en relación con las cosas. Refiriéndose a la tesis expuesta, contraria a la dignidad que la civilización cristiana reconoce para el ser dotado de razón, ha dicho el expositor Pérez Vives en su ya citada obra, lo que sigue (V. III, pág. 164): "no se concibe que el legislador haya establecido una mayor diligencia y aun más estricta responsabilidad cuando se trata de transportar una cosa que una persona. Esta, como titular de todos los derechos, como eje de la suprema dignidad dentro del concierto de los seres materiales, merece un mayor respeto y una mayor deferencia que las cosas... Si todos los ciudadanos, todas las preferencias, todas las predilecciones del legislador fueran para las cosas y no para las personas, tendríamos el resultado de haber invertido el orden jurídico, de haber rebajado la preeminencia del hombre en la esfera del derecho, regresando a épocas en que la esclavitud relegaba a la nada la personalidad humana; a épocas más atrasadas aún, puesto que si el hombre se asimilara a cosa, le sería aplicable la legislación que habla de cosas, y, en concepto de los sostenedores de tan peregrina idea, ni siquiera la seguridad que la ley pide para los entes rige para los seres humanos".

Igual razonamiento podemos hacer para el presente caso. Aceptar la lesión de un bien extrapatrimonial por el daño que se infiere a la cosa de una persona, y negarla cuando se daña a la persona misma, equivale a negar para el ser humano lo que se concede a los bienes corporales. Afirmar que hay lesión o perjuicio moral de afección cuando se daña una cosa, y negarlo cuando se daña a un ser querido, ligado por los más íntimos vínculos de derecho, es no sólo olvidar los más elementales principios del cristianismo sino también los más importantes y básicos postulados de la moral y la justicia.

De consiguiente, cuando exista un perjuicio moral subjetivo indirecto que sea el resultado de la culpa del demandado, debe concederse una reparación por ese concepto. Es necesario distinguir aquí dos perjuicios completamente distintos: el causado a la víctima directa y el que, también a consecuencia de esa culpa, se produce a sus allegados más íntimos, con los cuales tenga, actualmente, un vínculo **legal o jurídico.**

Este modo de ver las cosas ha sido expresamente consagrado por la legislación argentina en el artículo 1079 del C. Civil, según el cual: "la obligación de reparar el daño causado por un delito existe no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta".

La circunstancia de que no exista entre nosotros un texto idéntico no impide llegar a igual conclusión, puesto que nuestro artículo 2341, al igual que el 2356, ordena a todo el que ha causado un daño cualquiera, repararlo. Tampoco en los Códigos de Francia, ni en los de muchos otros países, existe especial disposición escrita al respecto, y sin embargo allí reconocen y reparan el daño moral indirecto. El concepto de daño contemplado por nuestro Código tiene la mayor amplitud posible; dentro de su enunciado caben todos los daños, tanto los materiales como los morales, los inmediatos como los mediatos, siempre que sean el resultado de la culpa del demandado, esto es, que se pueda afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin ella.

En el presente caso, el parentesco que une al demandante Ordóñez con su hija menor, la señorita Ordóñez Barco, obliga a aceptar la existencia de la lesión jurídica a un derecho subjetivo inherente a la personalidad moral del padre. Hay, pues, certeza sobre la existencia del daño. Este, por otra parte, se presenta como el resultado lógico, aunque mediato, de la culpa del demandado. Sin esa culpa no se habría producido la horrible lesión que desfiguró a la señorita Ordóñez Barco y tampoco se habría producido la lesión en el derecho de quien ejercía, en ese momento, la patria potestad. Culpa, lesión física en la hija y dolor del padre, son términos que están aquí indisolublemente vinculados por una estrecha relación de causa a efecto, y forman indestructible base real para configurar sus respectivos derechos.

Limitaciones al derecho de acción

Algunas legislaciones, como la argentina (artículos 1084 y 1085 del C. Civil), limitan el de-

recho de accionar, en estos casos, "a los herederos necesarios del muerto", es decir, a los **ascendientes descendientes y cónyuge.** Entre nosotros ha sido tradicional reconocer también a los hermanos personería para pedir y obtener la reparación de la pena causada por la muerte de su hermano.

En concepto de la Corte, expuesto en fallo de diciembre 16 de 1954 —T. LXXIX de la G. J. ps. 395, 400—, "fundándose el llamamiento a recoger la herencia intestada en los vínculos de sangre y del afecto, que sirven de cohesión a la familia, es jurídico aplicar ese mismo criterio cuando se trata de indemnizar el daño moral subjetivo, causado por lesiones a esos sentimientos de afecto y cohesión familiar. De ahí que sea pertinente recordar que **donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.** Y si la razón del afecto y de los vínculos de la sangre sirven de fundamento a las disposiciones de la herencia legítima, así también esa razón de afecto y de vinculación familiar inspira o debe inspirar la concurrencia y exclusión de los parientes, para fijar la órbita del dolor cuando varias personas pueden tener derecho a la reparación de los daños morales".

Nuestros jueces podrían, como una de las formas de limitar el derecho de acción, reiterar la doctrina contenida en el fallo transcrito y la conclusión que hace aplicable al caso de los artículos 19 y 21 de la Ley 45 de 1936, sustitutivos de los artículos 1046 y 1047 del C. Civil, "según los cuales, los ascendientes legítimos de grado próximo excluyen a los demás asignatarios, en tales órdenes de sucesión", a falta de descendientes legítimos o naturales y de cónyuge, que se rigen por otras normas de la misma ley.

En esta forma se limitaría la presunción, a que nos venimos refiriendo, a los parientes próximos, entendiendo por tales, los descendientes, los ascendientes, el cónyuge y los hermanos. Pero ellos concurrirían y se excluirían según las normas de la sucesión intestada, en la forma prevista por la ley. De esta manera se le haría una concesión al pasado, sin renunciar a la búsqueda de nuevas modalidades acordes con el Derecho Auténtico —que no consiste, que no puede consistir, en estereotipar una doctrina para imprimirla siempre igual en todos los casos y a través de lustros interminables, sino en la diaria tarea de armonizar la certeza que ofrecen los textos, con las mutaciones que demanda la situación real de las gentes.

Tratadistas y fallos

Para arrojar más luz al caso que se dilucida resulta de interés hacer breves transcripciones de tesis sustentadas por algunos exégetas y de muy conocidos fallos sobre la materia que nos ocupa. Como una vez al tratando en el cual hicimos nuestro curso de "Filosofía del Derecho", iniciamos este capítulo con la transcripción del concepto de Prisco —p. 388— que demuestra cómo las ideas relacionadas con los derechos subjetivos, logran ceo y se responden a través de los siglos: "La lesión jurídica es tal porque infiere un **daño al derecho de otro; luego el daño causado al ofendido es la medida de la lesión jurídica.** Y como el valor y la cantidad del daño depende del valor y la cantidad del objeto **del derecho** que se disminuye o impide, de aquí que pueda establecerse este criterio general; tal y tanta es la lesión jurídica, cual es y cuanto es el daño causado; y tal y tanto es el daño, cual es la importancia y el valor **del derecho** que se disminuye o impide".

Ya en la inagotable cantera jurídica de Santo Tomás, de donde han extraído sus mejores bloques los pensadores de siglos numerosos, se encuentran afirmados con seguridad inconmovible, la génesis del moderno concepto del daño, y, al mismo tiempo, la humana comprensión de las mutaciones del devenir social que permitirán a las generaciones sucesivas, desarrollar ese concepto sin convulsiones inútiles; plasmarlo sin destruir su íntima esencia; conducirlo con ontológica seguridad a su entera plenitud. Destaco un pensamiento suyo, de perpetua e inexorable ignición jurídica: **"Peccata, quae committuntur in proximum, sunt pensanda per secundum nocumenta, quae proximo inferuntur; quia ex hoc habent rationem culpa"** (los pecados que se cometen contra el prójimo, se deben pesar por sí, según los daños que se infieren al prójimo: porque de allí procede la razón de culpa).—**Josserand** ("Derecho Civil, T II, V. I, p. 231).

"Si los daños y perjuicios reclamados por los parientes de la víctima en un accidente no son la exacta representación del perjuicio sufrido, son por lo menos su contrapartida aproximada: si no son compensatorios, son **satisfactorios**, representan el precio del dolor (**Schmerzengeld**), o si se quiere, y para emplear la fórmula del Consejo de Estado, 'la perturbación causada en la familia'. La jurisprudencia no exigía en otro tiempo ni siquiera que el reclamante fuese un pariente en línea recta de la víctima; un colateral... etc., una prometida... etc., un prometido, hasta una

ahijada, podían obtener daños y perjuicios por razón del dolor causado por la prematura desaparición de la víctima en un accidente, O POR LAS HERIDAS QUE HUBIERE RECIBIDO".

"Pero la Corte de casación se ha mostrado más restrictiva estos últimos años con objeto de levantar barreras contra las excesivas acciones de reparación. Exige que el interés de afección se justifique POR UN LAZO DE PARENTESCO O DE AFINIDAD". **Colin y Capitant** ("Curso Elemental de Derecho Civil", T. III, ps. 818, 819).

"...Un maestro es responsable de los daños y perjuicios para con los padres de sus alumnos a causa de haber pronunciado ante estos últimos palabras ofensivas para el Ejército y la Religión". (Dijon, 25 de diciembre de 1908, D. P. 1909, 2, 13, S. 1909, 2, 15).

Esta jurisprudencia ha provocado críticas. Algunos autores han protestado contra esta aplicación de una reparación pecuniaria de los daños que no pueden ser apreciados en dinero. En semejante caso, se dice, la fijación del importe de la indemnización tiene que ser necesariamente arbitraria. Hay, indiscutiblemente, algo de fundamento en estas críticas. Pero parecería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida, el ultraje, la perturbación moral sufrida por el demandado. Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro sería una injusticia escandalosa. A falta de cosa mejor, el dinero sirve en esta vida para curar muchas heridas, muchos sufrimientos. Todo el mundo admite sin inconveniente que una indemnización pecuniaria puede compensar la ofensa dirigida contra la reputación o el honor de un individuo. Del mismo modo, la indemnización de daños y perjuicios reparará de un modo apreciado, y sin duda imperfecto, el daño inferido a la afección o a los sentimientos íntimos del demandante. El Código suizo de Obligaciones está, en este punto, conforme con las soluciones de nuestra jurisprudencia. En efecto; después de haber declarado (artículo 45, párr. 3º) que, en caso de accidente mortal, si "a consecuencia de la muerte quedan otras personas privadas de su sustén, hay que indemnizarlas también de esta pérdida"; añade (artículo 47): "El Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de las lesiones corporales, o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral". H. y L. Mazeaud—("Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil", T. I, ps. 150, 159, 160).

"En el dominio de la responsabilidad delictuosa y cuasidelictuosa, los redactores del artículo 1382 del Código Civil francés afirman que "cualquier hecho del hombre, que cause a otro un perjuicio, obliga a aquel por cuya culpa haya sobrevenido a repararlo". El texto está pues concebido en los términos más generales posibles: un perjuicio tanto puede ser perjuicio moral como un perjuicio pecuniario". Admitida en materia delictuosa y cuasidelictuosa la reparación de un perjuicio no pecuniario, se suscita en un caso particular un problema delicado y muy discutido: el del atentado contra los sentimientos del afecto. Se trata de saber quiénes pueden invocar ese atentado, quiénes están en el derecho de demandar reparación del perjuicio moral experimentado a consecuencia de la desaparición de un ser querido O AUN DE LOS SUFRIMIENTOS O DE LA ENFERMEDAD QUE AFECTEN A ESA PERSONA".

"El mismo problema se presentó en el terreno del perjuicio material. Se le resolvió diciendo que cualquier persona puede demandar reparación con la condición de justificar, por una parte, un perjuicio cierto, y por otra un interés legítimo, lo que se resume generalmente con la exigencia de un atentado contra un derecho adquirido".

"Conviene invocar la misma regla en materia de perjuicio moral?

"En el actual derecho positivo francés, NINGUN TEXTO RESUELVE EL PROBLEMA. Es preciso, pues, como en el terreno del perjuicio material, examinar, por una parte, si el prejuicio moral, en concreto, el dolor experimentado, es real, cierto; y por otra parte, si la víctima invoca o no un interés legítimo".

Antes de seguir adelante en estas parciales transcripciones de unos pocos tratadistas y fallos, debemos consignar lo siguiente: los tribunales franceses, considerados por algunos como el modelo de la sabiduría y la justicia en el reconocimiento de perjuicios morales, han labrado su jurisprudencia en los bloques de cinco artículos fríos —1382 a 86— "CONCEBIDOS EN LOS TERMINOS MAS GENERALES POSIBLES", y de manifiesta semejanza con algunos de nuestro Código Civil. Sin embargo, el desarrollo fiel de los principios contenidos en ellos, les ha permitido —sin traumatismos legislativos, ni judiciales, ni sociales—, trazar valerosas orientaciones en esta materia. De la infinidad de casos que traen los comentaristas, aprovecharemos aquellos de Rébo-

ra que, por tratarse de menores de edad, tienen por lo menos ese común denominador con el caso de autos: "se ha condenado a indemnizar a aquel que ha prestado ayuda a un menor para que se sustraiga a la autoridad de su padre con el fin de enrolarse en un ejército extranjero; al que admitió como monaguillo sin el consentimiento de su padre a un niño de seis años; al maestro que durante la clase atrajo el ridículo sobre los padres del educando; al que practicó una operación quirúrgica de un menor sin el consentimiento de los padres; al que hizo bautizar a un menor contrariando el sentimiento religioso de sus padres, etcétera". **Planiol y Ripert** (Traité pratique de Droit Civil francaise. T. VI, p. 751).

"TODA clase de perjuicios justifica una acción en juicio, tanto si afecta a la persona como a los bienes, sea material o moral, susceptible o no de una exacta evaluación en dinero". Estos mismos autores citan casos de **perjuicio moral acordado por los Tribunales**, tales... a los padres de un menor a los cuales se niega a devolvérselo un tercero... aquel a beneficio del cual y sin su autorización se le ha abierto una suscripción pública... al cura de una iglesia sin cuya autorización han sido tocadas sus campanas..., etc., etc. **Georges Ripert**. CONSIDERADO POR ALGUNOS COMO ADVERSO A LA REPARACION DEL PERJUICIO DE AFECCION, en su obra recientemente publicada —"El régimen democrático y el derecho civil moderno, p. 292— dice lo siguiente:

"Si de daño moral se trata, es imposible fiarse de la afirmación de la víctima, de que ha sido lesionada en sus sentimientos, y por tanto, la única prueba posible del daño es esa afirmación. Esta dificultad aparece, principalmente, en caso de muerte y cuando se trata de fijar el **pretium doloris**. Los tribunales determinan entonces por sí mismos, a los acreedores de la reparación, no según el dolor realmente experimentado por los deudos, sino según el grado de parentesco que los unía con el difunto. Unicamente los parientes próximos y los afines pueden exigir la reparación, pero no los colaterales lejanos, los amigos o las personas que se ocupaban del difunto sobre todo cuando éstos son personas morales. Sin embargo, DEBE TENERSE CUIDADO DE NO EXCLUIR A UN VERDADERO PERJUDICADO, POR APLICACION DE UNA REGLA DEMASIADO RIGIDA". **Borrell Macía** ("Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", página 103).

"La reparación debe hacerse valorando la entidad del daño por regulación del Tribunal atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible Y EL DE AFECCION DEL AGRAVIADO La indemnización de perjuicios debe comprender los causados al agraviado Y LOS IRROGADOS POR RAZON DEL DELITO A SU FAMILIA O A UN TERCERO". **Hans Fischer** ("Los daños civiles y su reparación". Madrid, 1928, p. 226).

"La justicia no sería completa si al que destruye insidiosamente un bien patrimonial sólo se le castigase a indemnizarlo. ¿Y quién le paga al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?, diría el pueblo". **Alfredo Orgaz** ("El daño resarcible", Buenos Aires, 1952, ps. 107, 131, 133, 135, 136, 137, 138, 244, 245).

En relación con los menores de edad, este tratadista alude ocasionalmente a una tesis que nuestro ilustre Valencia Zea enuncia con el brillo singular de todos sus conceptos. Dice Orgaz: "Con respecto a los niños, el argumento principal es que su muerte significa para los padres un perjuicio patrimonial por razón de la frustración de los gastos que hicieron para la subsistencia y educación de sus hijos y de la **esperanza** fundada que podían abrigar, sobre todo tratándose de hogares humildes, de que aquéllos les prestarían en el futuro ayuda y sostén (19)". Esta nota diez y nueve (19) dice así: "Es, como ya señalamos, la doctrina corriente y generalizada en todos los tribunales del país. Algunas decisiones últimas, sin embargo, mantienen esta tesis sólo con respecto a los 'gastos'; en cuanto a las 'esperanzas' de ayuda futura, se declaran no indemnizables en razón de su carácter puramente eventual. De este modo, Cam. Civ. la Capital, junio 16/944, J. A., 1944—II, p. 785, id., diciembre 26/946, J. A. 1947-I, p. 87".

Valencia Zea, en su "Curso de Derecho Civil Colombiano", Bogotá, 1948, T. VI, p. 235, dice lo siguiente: "La Corte ha dicho que la muerte de un niño no causa daños materiales a sus padres, sino simplemente un daño moral que se avalúa hasta la suma de dos mil pesos. Afirma que como no tiene ninguna capacidad productiva actual y la que pueda tener en lo futuro es incierta, no hay bases ciertas para determinar el avalúo del daño material. En lo cual tiene razón. Pero nadie podrá dudar lo que ha costado a los padres la crianza, educación y sostenimiento del hijo que pierden; luego sería el caso de ordenar la indemnización de cuanto gastaron los padres en este sentido. **Este punto no ha sido contemplado aún por nuestros tribunales.** La doctrina y la jurisprudencia argentinas con mejor criterio estable-

cen que la pérdida del hijo supone un perjuicio material".

En este campo de las especulaciones teóricas, se nos ocurre hacer, de paso, una ligera acotación: la extrema diligencia de un padre de familia para atender a su descendiente lesionado, sometido a su patria potestad; la total entrega de sus fatigas y recursos para rescatar su vida de la muerte amenazante; la instintiva voluntad altruísta de sacrificar su patrimonio para conservarla, aun con desfiguraciones facialos irreparables y defectos funcionales permanentes, no contribuye a darle el carácter de OFENDIDO MORAL al padre que tal hace. Y nada se le reconoce por ese concepto. Pero si lo deja morir, adquiere por virtud de "la doctrina establecida", la categoría citada y la indemnización de perjuicios... Y seguimos con el concepto de Orgaz:

"**Conclusiones.**—De acuerdo con estos conceptos, podemos concretar las personas con derecho a reparación por causa de un acto ilícito: 1) Desde luego el damnificado directo... 2) **Además**, según los artículos 1079 civil y 29 penal, el damnificado indirecto... Carecen, en cambio, de acción, por no sufrir un perjuicio JURIDICO y sí sólo, en su caso, DE HECHO; los hermanos que no recibían alimentos de la víctima: los padres y el hijo adulterino o incestuoso ..., la concubina; el llamado hijo de crianza; la novia: los parientes sin DERECHO a alimentos, AUNQUE REALMENTE LOS RECIBIERAN; con mayor razón los extraños...".

"**Síntesis.**—En suma, según la interpretación que dejamos expuesta, los artículos 1079 civil y 29 penal, **sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación**: la acción de resarcimiento pertenece a "toda persona" o al "tercero" que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona: PERO EL PERJUICIO DEBE SER ENTENDIDO EN SENTIDO JURIDICO, ES DECIR, SOLO ESE PERJUICIO QUE RESULTA DE LA LESION DE UN DERECHO O DE UN BIEN PERSONAL PROTEGIDO POR LA LEY".

Luego, al hablar de las "manifestaciones del daño moral", menciona de manera expresa el "ATAQUE A LAS AFECCIONES LEGITIMAS", afirmando —en cierto estilo axiomático—: "desde luego, el dolor provocado en la víctima O EN SU FAMILIA por delitos contra la vida, la salud o la honestidad...".

Finalmente, lamenta el hecho de que la reparación se conceda ampliamente y sin reservas cuando existe un delito penal —(CASO DE LOS ORDOÑEZ), y se reduzca cuando él no existe. Dice así: "Cualquiera sea la faz de la personalidad moral afectada por el ilícito, procederá la reparación del daño sufrido SI EL HECHO FUESE UN DELITO DEL DERECHO CRIMINAL. Esta última condición, empero, reduce considerablemente la órbita de la integridad moral protegida por la ley. Numerosas intromisiones ilícitas en la vida privada ajena y múltiples ataques a la integridad moral, en efecto, que causan realmente dolor, o humillación, o disgustos u otras molestias íntimas, quedan en nuestra ley sin la reparación correspondiente si los hechos no constituyen específicamente delitos penales: por ejemplo, la publicación de retratos de miembros de familia deformes o con defectos físicos graves; o de fotografías tomadas en actitudes que aisladamente pueden considerarse ridículas o equívocas, o con ropas ligeras o en traje de baño; o para propaganda comercial; la revelación innecesaria de que una persona no es hija legítima de otras, sino adoptada o recogida, o que es hija natural o adulterina, o la humillación que se ocasiona a un paciente, en cuyo examen corporal el médico hace participar a otro hombre, que no es médico ni ayudante; etc., etc. (41)".

Esta nota cuarenta y uno (41) dice textualmente: "**La mayor parte de los casos aquí mencionados son extraídos de la jurisprudencia norteamericana, Y DIERON ALLI LUGAR A LA REPARACION DEL DAÑO MORAL**".

En cambio —comentamos nosotros— la jurisprudencia norteamericana, en el caso de homicidio, NO CONCEDE REPARACION POR CONCEPTO DEL DAÑO MORAL A LOS PARIENTES DEL MUERTO. Alvaro Pérez Vives—"Teoría General de las Obligaciones", II. ed. V. II, parte 1ª, págs. 284, 288—.

"El daño moral es la lesión de un derecho extrapatrimonial, como los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad o los derechos resultantes de ciertas calidades civiles (como los estados de padre, esposo, padre y en general **los derechos de familia**). Se trata, pues de una lesión de contenido subjetivo, no valorable en dinero, ya que el **pretium doloris** constituye uno de los imponderables. Pero la doctrina actual admite, contrariamente a lo que en otra época se pensó, que el daño moral es susceptible de indemnización pecuniaria, pese a esa característica de no responder a un coeficiente aritmético".

El Tribunal de la instancia, después de consi-

deraciones de mucho peso tendientes a justificar este aspecto de su fallo, hace también una oportuna transcripción del famoso Tratado. Dice así: "a este respecto dice el doctor Pérez Vives en su Tratado de las Obligaciones, Tomo I, página 409: "si admitimos el 'arbitrium judicis', hay que hacerlo con todas sus consecuencias. Puesto que la ley ha fijado el máximum de indemnización que corresponde al ofendido en la suma de dos mil pesos, hay que interpretar esa norma en un doble sentido: 1º Cuando son varios los demandantes, la indemnización concedida a cada uno de ellos no puede exceder del límite fijado por el precepto en referencia. 2º Dentro de ese límite tiene el juez toda la libertad de apreciación que quiera".

Roberto H. Brebbia ("El Daño Moral", Buenos Aires, 1950, p. 215).—"¿Qué personas tienen derecho a la reparación del agravio moral sufrido? Tal derecho corresponde EN PRINCIPIO a la víctima o damnificado por el hecho ilícito: pero, con esta afirmación no se agota ni mucho menos la cuestión. Una segunda pregunta salta a la vista: ¿Qué persona debe considerarse víctima o damnificado en los casos de hechos ilícitos productores de agravio moral? Víctima es la persona que se ha sentido lesionada en algunos de sus derechos inherentes a la personalidad por el hecho ilícito. Generalmente, es la persona **directamente** afectada por el hecho agraviante, pero, EN ALGUNOS CASOS, EL DAMNIFICADO NO SUFRE EN SU PERSONA SINO LA REPERCUSION DEL HECHO PERPETRADO CONTRA OTRO SUJETO CON EL QUE SE HALLA UNIDO POR CIERTOS VINCULOS JURIDICOS".

El mismo expositor cita múltiples casos de indemnización tan amplios que, frente a ellos, los juristas que en nuestro medio aceptan la reparación del daño moral subjetivo indirecto, aparecen como remolcos y no como expansivos. Y es que en realidad lo son —a pesar de la amplia fachada que tiene esa figura jurídica—, por las numerosas limitaciones que ella misma se impone. Viéndolo bien, está más expuesto al peligro de la "ilimitud", ya estudiada, el otro concepto: el que opera a través de la interpretación restrictiva, pero alinderada por situaciones "HUMANAS" **que no es fácil definir en derecho.** Nosotros, en cambio, propugnamos la reparación del daño moral subjetivo indirecto: no por el simple DOLOR FISICO", ni por la "TRAGEDIA PSIQUICA", ni por el mero "VINCULO DE AFECTO", ni por una ínfima "RELACION NO LEGITIMA", ni por tener el accionante un inmenso "INTERES NO JURIDICO", ni por haber sido terriblemente "PERJUDICADO DE HECHO": sino por la honda lesión de un derecho inherente a la personalidad de los que forman el aspecto subjetivo de la personalidad moral, por la causalidad entre la culpa y el daño, por la prueba de haberlo realmente sufrido, por los documentos que acrediten la condición de "OFENDIDO EN DERECHO"...

"En Francia los Tribunales, en ciertos casos aislados que no han alcanzado a sentar jurisprudencia, han acordado reparación por daño moral al novio de la víctima... El fallo anotado en la Ley 1-4 sec. jur. ext. de la Corte de Colmar (dic. 8 de 1934), es ilustrativo de esta tendencia, ya que en el mismo, se dejó establecido que "el novio de la víctima tiene derecho a reclamar del causante del accidente una indemnización en concepto de daño moral".

"En el caso Muden v. Harris la Corte de Apelaciones de Missouri acordó indemnización a los padres de un menor cuya fotografía había sido expuesta por una joyería con fines de propaganda.... en el caso Bazemores v. Savannah Hospital, se condenó a abonar una indemnización a la demandada por el sufrimiento ocasionado el actor a raíz de la publicación de la fotografía de un hijo que había nacido con el corazón fuera del cuerpo...".

"El Tribunal de Catania, veintidós de marzo de mil ochocientos setenta y siete (1877), condenó al autor de heridas a resarcir el padecimiento físico... ;el de Apelación de Aix, 6 de mayo de 1872, condenó al resarcimiento por daño moral (falta de influjo saludable de un padre muerto en un desastre ferroviario); el de Casación de Turín, 23 de junio de 1881, condenó al resarcimiento, por susto ocasionado por mordedura de un perro; el de Bolonia, 5 de marzo de 1869, condenó a un constructor ilícito en fundo ajeno a resarcir el daño de la suspensión del placer moral por la ocupación del edificio...; el de Bruselas, 24 de junio de 1882, **condenó a resarcir a una madre por el DISGUSTO que le había causado hiriendo, por imprudencia, a su hijo".**

La reparación "refleja"

"Ni sobra advertir que si la causa de la indemnización reclamada por los padres o amigos es el daño causado al ofendido, quiere ello decir que se trata de una causa refleja, nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se

haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado por aquéllos".

La última afirmación que hace el fallo, en el sentido de que la indemnización reconocida a favor de la menor Lucila Ordóñez Barco se refleja en su padre y repara el daño inferido a éste, contraría principios básicos de la reparación por el daño derivado de un ilícito. En efecto; cuando un mismo hecho ha perjudicado a varias personas, material o moralmente, la reparación decretada en favor de una de ellas, no incide, ni se refleja, ni deriva hacia otra, porque cada cual reclama por la lesión causada a su propio derecho.

Esta tesis es aplicable no sólo al daño material sino también al moral.

La diferencia entre el daño material y el moral no hace relación directa a la causa común sino a las consecuencias de ella. A pesar de tener el mismo origen, a nadie se le podría negar su derecho a la herencia por el hecho de haber sido entregada en parte al hermano más querido. Tampoco se le podría negar su porción conyugal al padre, en ninguna clase de bienes, por haber sido pagada la de su hijo; porque en derecho no existe esa implícita traslación de los títulos, ni aquella radical confusión ontológica de los titulares.

Iguales consideraciones pueden hacerse en cuanto al daño moral. Hemos visto cómo una abundantísima jurisprudencia de la Corte concede, simultáneamente, la reparación por daño moral a varias personas vinculadas por distintos grados de parentesco: padres, esposa, hijos, hermanos, etc. Esto ha sido posible sólo porque la Corte no considera valedera la tesis de la indemnización refleja o substitutiva; de lo contrario, habría negado la reparación a la madre porque también se decretaba en favor del padre; a los hijos por haberle sido reconocido igual derecho a los progenitores; a la esposa en virtud de que en el mismo fallo se proyectaba indemnización para los descendientes; o viceversa; etc., etc.

La ausencia de sustentación jurídica en semejante razonamiento salta a la vista. El derecho a ser indemnizado nace en Lucila Ordóñez Barco, no de la mera herida física, ni del solo sentimiento moral, ni del escueto dolor psíquico, sino fundamentalmente de la lesión jurídica contra los derechos subjetivos inherentes a su personalidad moral. El derecho de Emilio Ordóñez a ser indemnizado, a su vez, no nace solamente de la lesión a los derechos personales de su hija, ni de la situación personal — física o psíquica— en que éste se encuentre, sino de la violación de su derecho subjetivo, familiar o individual del daño moral personalmente recibido por él.

Si se aceptara la tesis de que el derecho de Emilio Ordóñez Mutis a obtener una reparación moral, nace en la cabeza de su hija, por el dolor psico-físico o por la lesión jurídica que ella sufriera, y no directamente en la suya, se podría llegar a aberrantes conclusiones. Por ejemplo, la de que si aquélla no ejercita la acción tendiente a conseguir indemnización de perjuicios, su padre pierde su derecho a hacerlo. No. Absolutamente no, porque el derecho del padre no depende de la voluntad de su hija, sino que es un derecho INHERENTE a él, radicado en él con vida propia y autónoma.

En mi concepto, repito, el derecho de Emilio Ordóñez Mutis no nace en la cabeza de Lucila, su hija, sino en la suya propia de damnificado. Y es simultáneo con el de aquélla. Cuando Orduz la hirió de manera tan grave, nació el derecho a ser indemnizado, y en el mismo momento surgió el de las personas — de todas las personas— con vínculos de derecho suficientes a ser también resarcidas. No entiendo cómo pueda confundirse la órbita de los derechos dentro de los cuales se mueve un individuo —traspasada y violada la cual se cae automáticamente en el terreno de la reparación por el hecho ilícito—, con la de personas que nacieron, crecieron y viven en un estatuto jurídico-personal diferente.

De consiguiente, el fallo, al reconocer y ordenar la reparación del daño moral sufrido por Lucila Ordóñez Barco y negar el inferido a Emilio Ordóñez Mutis, deja sin resarcir un perjuicio real, actual y cierto inferido a éste; daño completamente distinto del causado a su hija porque se deriva de la lesión de un derecho subjetivo propio de Ordóñez Mutis, diferente del derecho subjetivo lesionado en su hija, la señorita Ordóñez Barco. Esta sufrió un daño moral originado por la siguiente violación de un derecho inherente a la personalidad y que forma parte de los que integran el aspecto subjetivo de la persona moral: ATAQUE A LA SEGURIDAD PERSONAL E INTEGRIDAD FISICA. Aquél sufrió un daño moral originado por la siguiente violación de un derecho inherente a la personalidad y que forma parte de los que integran el aspecto subjetivo de su persona moral: ATAQUE A LAS AFECCIONES LEGITIMAS. He aquí las categorías centrales vulneradas por las violaciones cometidas el 10 de noviembre de 1952, fuera de múltiples aspectos que no es del caso analizar.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Se lamenta el fallecimiento del señor César López Lozano.—Proposición aprobada en la sesión plenaria de noviembre 6 de 1956. 707

La Corte se asocia al duelo nacional producido por la muerte del doctor José Miguel Arango, ex-Magistrado de la Corporación. Proposición aprobada en la sesión de diciembre 4 de 1956. 707

La Corte interpreta los Decretos números 2796 y 3112 de 1955 en relación con el nombramiento de jueces 708

Objeto del recurso de queja.—El error en la interpretación de un texto legal no constituye por sí solo delito.—Se resuelve que no hay lugar a imponer sanciones a los doctores Alvaro García Solano, Juan Luis Mendoza y Maximio Visbal, Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en la queja que les formuló el Gerente de la Empresa Municipal de Teléfonos de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán. 710

Naturaleza del recurso de queja.—Su diferencia con las sanciones disciplinarias.—El recurso de queja establecido por el artículo 12 del Decreto Extraordinario 3665 de 1950.—La Corte se inhibe de conocer de la queja formulada por el doctor Jorge Reyes Olivares contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Arias 714

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

Cuando la Corte se ha pronunciado sobre la exequibilidad de una determinada disposición legal y en posterior demanda no se alegan razones diferentes tendientes a demostrar la inexequibilidad de dicha disposición, se configura la excepción perentoria de cosa juzgada, sin que valgan las críticas que se le hacen a la anterior providencia de la Corte.—Se abstiene la Sala de conocer de la demanda formulada por Tomás Cerón Camargo contra la ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 722

Se declaran exequibles las disposiciones acusadas del Decreto 2064 de 1953 sobre organización de la Judicatura Municipal. En tal forma se prevée sobre la demanda instaurada por Pablo Emilio Jacobo contra los artículos 2º, aparte b), 3º, 6º, 7º, 8º y 11 del Decreto mencionado.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 724

La indemnización por expropiación comprende el valor del inmueble y el de los perjuicios que se hayan causado al propietario.—La Corte, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad, tiene facultad para interpretar el texto legal acusado.—Se declara exequible el artículo 8 del Decreto Legislativo 852 de 1955, sobre avalúos catastrales del Distrito Especial de Bogotá, acusado por Rafael María González. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 727

Aplicación de las leyes de procedimiento a las demandas de inexequibilidad.—La Corte no tiene competencia para conocer de demandas de esta clase contra Actos Legislativos reformatorios de la Constitución Nacional.—La corrección de la demanda y la acumulación objetiva de acciones de inexequibilidad son improcedentes en esta clase de negocios.—Se rechaza

Estas son las motivaciones y las tesis que —aparte de muchas otras facetas y ángulos que ostenta el fenómeno jurídico analizado— me han conducido a separarme, con el mayor acatamiento, del pensar de mis colegas. No he podido conformarme con la parte del fallo que origina este salvamento de voto, con los argumentos y conceptos que lo fundamentan y con aspectos esenciales del estilo en que ha sido concebido.

Ojalá que mi actitud sea interpretada y estimada en su valor prístino y exacto. No como alarde de vana curiosidad pseudo-jurídica, ni ansia de figuración, ni siquiera como vanidosa independencia de criterio. Sino como un ineludible deber de lealtad —cumplido a cabalidad por mis nobilísimos colegas de Sala— a la profunda convicción que el espíritu decanta en el estudio y los debates.

Fecha ut supra.

José Jaramillo Giraldo

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE Y JURISPRUDENCIA DEL TOMO LXXXIII

NUMERO 2176

Mag. Sal. Judicial

BOGOTA — 1956

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIII — BOGOTA — 1956 — NUMERO 2176

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXIII (Nos. 2169 A 2175, JUNIO A DICIEMBRE DE 1957), DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

— 1 —

ABANDONO DEL CARGO (Delito de)

La objetividad jurídica de las infracciones que afectan el servicio público se halla en la conveniencia de asegurar la continuidad, la regularidad y el rendimiento de las funciones que la ley señala. Y de ahí que se haya convenido en relacionar el abandono de un determinado cargo con el perjuicio que sufre el trabajo adscrito al empleado que se ausenta, sin cumplir previamente el requisito de solicitar licencia y de esperar a que se posesione el funcionario que ha de reemplazarlo.

El abandono no se cohonesta, por lo tanto, con el hecho de haberse obtenido la licencia. Sólo que también hay que atender, como ya se dijo, a si se ocasionó interrupción perjudicial para el servicio. En esto consiste el dolo genérico de la infracción. (Casación Penal. Junio 27 de 1956. Nº 2169)..... 132, 2ª

— 2 —

ABANDONO DEL CARGO (Delito de)

Para que se configure este delito es necesario que el funcionario o empleado haga dejación de su cargo sin que se haya posesionado quien deba reemplazarlo, pero esa dejación debe ser intencional, consciente y falta de justificación, vale decir, que se obre libremente y con ánimo de incumplir con las obligaciones inherentes a la función oficial encomendada al funcionario o empleado. No basta una ausencia cualquiera para que se estructure la infracción; es indispensable que la falta a la oficina carezca de justificación, o sea, que no obedezca a una causa razonable o justa, y que, por otra parte, no se haya posesionado el que deba reemplazar al funcionario que hace dejación del cargo Uno de los deberes oficiales es el de permanecer al frente de la oficina o despacho que deba desempeñarse, y atenderlo en la forma prevista en las leyes o reglamentos, pero esa asistencia está condicionada a la seguridad

o a la integridad personal del funcionario, pues para que se configure el delito de que se habla es menester que haya una "dejación dolosa de los deberes que el cargo impone al empleado público", y es lógico pensar que esa intención dolosa comprenda la advertencia y el conocimiento de que van a producirse perjuicios a los intereses públicos o a los particulares, a causa del abandono de los deberes. Por eso se ha dicho que la ausencia debe ser prolongada y producirse a sabiendas de que se va a causar un perjuicio, y, por otra parte, que sea injustificada. Quien se retira o abandona su cargo por graves motivos de peligro para su vida o para su salud, no comete el delito previsto en el artículo 178 del Código Penal. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174-2175) 1068, 2ª

— 3 —

ABOGADOS (Faltas contra la ética profesional)

A juicio de la Corte, formular sin fundamento a un juez cargos que encierran la imputación de un delito, constituye un acto notoriamente atentatorio de la moral profesional, ya que esta profesión exige respetar tanto el patrimonio moral como el material de las personas. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169).....148, 1ª

— 4 —

ABOGADOS (Las sanciones por faltas contra la ética profesional son distintas de las que impone la ley penal)

La Sala considera que las expresiones "sin perjuicio de la acción penal en los casos de ley" usada por el artículo 9º de la ley 69 de 1945, y las de "haber sido condenado", "haber incurrido", etc., que se emplean en el artículo 10º de la ley 21 de 1931, autorizan para pensar que las penas establecidas por el legislador del 45, o sean las multas, la suspensión y la cancelación de la matrícula, son penas distintas de las establecidas en el C. P. y que debe aplicarse sin perjuicio de las que hayan sido o puedan ser impuestas en la acción penal iniciada o que deba iniciarse a consecuencia de hechos que al mismo tiempo que pueden dar lugar a una investigación ordinaria, pueden catalogarse como faltas contra la delicadeza o el decoro profesional. Y esto es natural porque por su propio carácter el abogado que delinque quebranta no sólo la ley penal sino las normas de la ética y del decoro profesionales, y por que pueden existir actuaciones violatorias de éstas que no constituyen, sin embargo, quebranto de la ley positiva. Aparte de la finalidad misma de la ley, que muy claramente encaminada a que la profesión de abogado se ejerza siempre con delicadeza y con decoro, permite llegar a la misma conclusión. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169) 147, 2ª

— 5 —

ABOGADOS (Prueba de su calidad)

Las sanciones disciplinarias en las cuales pueden incurrir los abogados titulados, pueden provenir de faltas leves o graves, cometidas en la gestión de negocios en los cuales llevan una representación legal ante funcionarios públicos, o bien del cumplimiento de un acto profesional que no requiere mandato ni representación judicial; en los primeros, es necesaria la demostración de la calidad de abogado inscrito; en los segundos, basta la comprobación del título profesional sin que sea indispensable la inscripción. Esta —la inscripción— emana del Acuerdo dictado por el Tribunal en el cual se recibe como abogado a la persona que hace la solicitud que debe estar acompañada de la correspondiente acta de grado. En cambio, la matrícu-

la de abogado —para cumplir una gestión— se hace ante la entidad donde se pretende ejercer el mandato con la presentación del Acuerdo o certificado expedido por el Tribunal, porque la simple comprobación de ser Abogado titulado sin la correspondiente inscripción, no da derecho para litigar.

Las faltas leves o graves tienen tipificación jurídica y son objeto de sanciones disciplinarias —Ley 69 de 1945— cuando se cometen por abogados titulados y en ejercicio de la profesión. En otros términos, para que una persona sea sujeto de sanción por medio de esta Ley, se requiere que el acto se realice en ejercicio de la profesión o por motivo de funciones inherentes a ella y por quien ostente un título de esta naturaleza. La omisión de uno de estos requisitos desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia del sujeto, pues sería ilógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poseer un título académico, no pueden infringir los preceptos de la ley que se comenta. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174-2175) 1086, 2ª

— 6 —

ABSTENCION (En qué consiste)

Partiendo del principio indiscutible de que, al fondo de las diferentes legislaciones existen principios universales que, en una u otra forma, las hace coincidir en su letra, o llevan a los funcionarios a desplazarse de la que impera en su país para caer, muchas veces sin quererlo ni saberlo, en la de otro país, se halla una sugestiva semejanza entre las afirmaciones, la literatura empleada, el ambiente general de los autos dictados en este negocio, con la figura jurídica de "la abstención", extraña a la legislación colombiana. Como dice Couture, "en tanto los motivos de impedimento y de recusación procuran la imparcialidad del Magistrado, el derecho de abstención configura un poder jurídico de éste, que no queda sometido en modo alguno a la voluntad de las partes. Se trata de un hecho del Juez; la parte no tiene derecho a pedirle al Magistrado que se aleje del conocimiento del asunto, en razón de existir causas de decoro o de delicadeza. Al Juez, únicamente, es a quien incumbe calificar esas circunstancias y las insinuaciones que pudieran hacerse, no deben ser tenidas en cuenta, ni siquiera como medio de llamar la atención del Magistrado. Si el motivo de decoro o de delicadeza existe, el Juez lo debe poner de relieve. Constituye la más extravagante suplantación de posiciones la de que los interesados se transformen en árbitros de lo que la conciencia del Juez entiende como motivo de decoro o de delicadeza. La apreciación de esta circunstancia queda librada, exclusivamente, al Magistrado y a su superior. Son necesarias dos opiniones conformes, para que el derecho de abstención pueda acordarse. El Juez por sí mismo no puede declararse abstenido; el superior por sí solo, no puede ordenar la abstención del inferior. Sólo cuando el inferior toma la iniciativa y el superior concede el derecho de abstención, el Magistrado se encuentra en condiciones de poder alejarse del conocimiento del asunto...".

Pero hay otra semejanza entre el hecho de que un Magistrado se declare impedido sin presentar ninguna causal de recusación, de las taxativamente enumeradas en la ley, y de que se declare fundado ese impedimento **"por elementales razones de delicadeza"**, con la figura de "la abstención". Siguiendo al mismo Couture, se tiene que el Juez situado en condiciones de acogerse al derecho de abstención, debe requerir del superior la anuencia del caso. "En esta situación, la autorización puede requerirse de diversas maneras, una de ellas es la estrictamente confidencial, solicitando audiencia del superior y exponiendo verbalmente los motivos. Otra

consistiría en dirigirse por oficio, exponiendo los motivos, aun manteniendo el carácter rigurosamente confidencial de la comunicación...".

"El superior decide teniendo en su mano los antecedentes del caso o los informes confidenciales del Magistrado. El propio carácter confidencial hace que no se registre en el expediente otra constancia que no sea la de haberse acordado o denegado el derecho de abstención". (Negocios Generales. Octubre 9 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

614, 2ª y 615, 1ª y 2ª

— 7 —

ABUSO DE AUTORIDAD

De acuerdo con el artículo 172 del Código Penal incurre en abuso de autoridad el funcionario o empleado público que omita, rehuse, o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado. Entre los presupuestos necesarios para que se configure el delito por omisión se exige que además de la negativa a obrar, ella recaiga sobre un acto a que el funcionario esté obligado; no puede censurarse como falta y menos sancionarse penalmente la negativa, omisión o retardo en ejecutar aquello que al empleado no le corresponde y menos aún si lo considera ilegal o inmoral, porque entonces la omisión no es "arbitraria" ni "injusta"; no va contra la ley ni quebranta la equidad. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1956. Números 2174-2175).....1031, 1ª

— 8 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Los funcionarios o empleados públicos están obligados a realizar los actos propios de sus cargos, y en ciertos casos la ley les señala término para ejecutarlos. Cuando el funcionario deja de hacer el acto legal a que está obligado, realiza una **omisión,** que es punible por cuanto "tiende a paralizar o enervar" la acción protectora de los Poderes Públicos en favor de los derechos individuales o de los colectivos.

La ley habla de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado el funcionario o empleado. **Omitir** es, según la acepción natural de la palabra, dejar de hacer una cosa; **rehusar** es no querer hacer una cosa o no aceptarla; y **retardar** es diferir, detener, entorpecer, dilatar. La omisión, la excusa o el retardo, para ser punibles, deben ser dolosos, ejecutados a conciencia de su ilicitud o ilegalidad, o lo que es lo mismo, la conducta negativa del incriminado ha de ser maliciosa.

Cuando apenas es una conducta descuidada por parte del funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se trata de omisiones que producen retardos injustificados en la administración de justicia, se halla el funcionario frente a simples faltas que se sancionan con medidas disciplinarias, conforme a lo previsto en el Decreto 3665 de 1950.

La diferencia entre el acto abusivo punible y la falta por morosidad, reside en la conciencia de la ilegalidad, en la malicia. Por eso la jurisprudencia de esta Corte ha dicho, que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la Rama Jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención de rehusar hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse (autos de 18 de febrero y 26 de agosto de 1949). (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174-2175).1069, 1ª

— 9 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Comete el delito previsto en el artículo 171 del Código Penal, el funcionario o empleado público que, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. Arbitrario es lo que obedece al solo capricho o a la voluntad despótica del responsable sin sujeción a norma legal alguna; injusto es lo que viola la ley, la razón o la equidad Pero no basta la arbitrariedad o la injusticia del acto imputado: es necesario además, que se ejecute contra una persona o contra una propiedad, es decir, que cause perjuicios directos a las personas o las cosas.

El traslado del Juzgado a un municipio diferente del de la cabecera, bajo la presión de amenazas, insultos y ataques que ponían en peligro la vida del Juez, no puede tomarse como abusivo, arbitrario o injusto. Por otro lado, en este caso no se hallaban acreditados los perjuicios causados a las personas o a las propiedades. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174-2175). 1069, 2ª

— 10 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Delito de)

De lo dispuesto por el artículo 171 del Código Penal se desprende que el abuso de autoridad se halla configurado por los siguientes elementos, los cuales deben concurrir en su totalidad para que el delito se estructure:

a) Que el acto sea cometido por un funcionario o empleado público;

b) Que dicho acto no esté especialmente previsto por la ley como delito, v. gr., el prevaricato;

c) Que se realice o se haga ejecutar por razón de las funciones públicas u oficiales propias del cargo, o excediéndose en el ejercicio de ellas;

d) Que el acto sea arbitrario (dictado sólo por la voluntad o el capricho del funcionario sin sujeción a norma legal alguna) o injusto (contrario a la ley, la razón o la equidad); y

e) Que dicho acto redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad.

El abuso de autoridad es de los delitos llamados **oficiales** o de **responsabilidad**, porque sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos, por razón o con motivo del ejercicio de las atribuciones inherentes a un cargo o empleo público Es un delito contra la Administración, y constituye un abuso del poder que la ley ha conferido al funcionario. Por eso se ha dicho que es el desviado o incorrecto ejercicio de las atribuciones públicas, en detrimento de las personas o de las cosas.

Con relación a esta calidad del sujeto activo del delito hay una nota que, como lo recuerdan los tratadistas, **califica estos delitos**, y es el hecho de que todos ellos suponen faltas personales del funcionario o empleado, pero que tienen consecuencias en lo que atañe a la responsabilidad de la Administración, y que violan concretamente una de las garantías y derechos civiles consagrados por el Derecho Público Interno, y que, en lo referente a Colombia, se encuentra en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que manda en su parte final, que los funcionarios públicos son responsables, tanto por infracción de la Constitución y de las leyes, como por extralimitación en sus funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

Lo arbitrario presupone capricho, voluntad despótica del funcionario que ejecuta el acto, prevalido de su misma autoridad, y pasando por encima de la norma o con prescindencia de la misma. Lo injusto, como lo dijo la Corte en providencia del 30 de agosto de 1946, es además, lo que viola la equidad. "Lo injusto es siempre arbitrario, por-

que la ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la norma que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, mas para el abuso de autoridad las palabras **arbitrario** o **injusto** pueden tomarse como equivalentes, ya que el Código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad". (G. J. Tomo LX, pág. 877). (Casación Penal. Noviembre 25 de 1956. Nos. 2174-2175) .... 1018, 2ª y 1019, 1ª

— 11 —

ACCESION (A bienes que pertenecen a uno de los cónyuges)

Según el artículo 1783, ord. 3º del C. C., los aumentos naturales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges por edificación pertenecen al dueño de la especie, disposición esta última especialmente aplicable al caso en que los aumentos tienen lugar en bienes exclusivos de cualquiera de los cónyuges. (Casación Civil. Junio 21 de 1956. Nº 2169) 66, 1ª

— 12 —

ACCESION (De muebles a inmuebles. Construcción)

Si la plantación o la construcción se hacen por el dueño del terreno, perteneciendo los materiales o las semillas a otra persona, sucede que el dueño del terreno pasa a serlo de los materiales o de las semillas, por el hecho de incorporarlos al suelo de su propiedad, pero queda obligado a pagar su precio o a entregar otros tantos elementos equivalentes al dueño de ellos (artículo 739) y con la responsabilidad consiguiente, si ha procedido con culpa o de mala fe al incorporar esas cosas muebles a su propiedad raíz.

Pero acontece, también, que la construcción o la plantación se hagan por el dueño de los elementos muebles, en terreno que pertenece a otro; entonces puede suceder: o que la edificación o plantación se hagan sin conocimiento del propietario del terreno, o que se realicen a ciencia y paciencia de él.

En los dos casos se verifica el fenómeno de la accesión, porque el principio en que ésta se funda, es el de que lo accesorio sigue a lo principal, y la ley y la jurisprudencia, con sobra de razones, tienen dicho que lo principal es siempre el suelo y que lo accesorio es la edificación o la plantación. No importa, en referencia a una construcción, que el valor comercial del suelo sea inferior al del edificio que en él se construya, porque es la tierra lo que permanece siempre y lo que no se destruye o deteriora por el uso; en cambio el edificio está sometido a los riesgos de desaparecer por un siniestro, terremoto o incendio por ejemplo, y siempre sufre deterioros por el uso y por el simple paso del tiempo. Tan cierto es esto que en el mundo de los negocios, cuando se presenta el fenómeno de la valorización en fincas, se entiende siempre que esa valorización se refiere a los terrenos y no a las construcciones; éstas, por el contrario se desvalorizan por muchos factores y aún pueden llegar a perder su valor comercial, mientras que el fenómeno no se presenta respecto de la tierra.

Volviendo al caso de la accesión por incorporación de materiales en terreno ajeno, cuando esto sucede sin el consentimiento del dueño del suelo, dice la ley que éste tendrá derecho a hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones que la misma ley establece; o podrá obligar a quien edificó a pa-

garle el valor del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo en que lo haya tenido en su poder.

Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro. Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra.

Por otra parte es evidente que cuando se hace una construcción, vale decir cuando una diversidad de elementos materiales, que por su naturaleza son bienes muebles, se incorporan, mediante la construcción a un terreno, éste y el edificio propiamente dicho constituyen una sola unidad económica de la que se beneficia la comunidad y que por lo mismo debe conservarse en atención a la utilidad social que presta. Sería absurdo que para solucionar la situación creada entre el dueño del terreno y el de los materiales allí incorporados, el único camino fuera el de obligar al que edificó en suelo ajeno a destruir lo construído para llevarse los materiales y dejar así libre el solar.

El legislador, que indudablemente tuvo en cuenta estas consideraciones, dio la solución justa al problema, reconociendo los derechos del propietario del solar y los del dueño de los materiales, en los artículos 738 y 739 que se han citado. (Casación Civil. junio 21 de 1956. Nº 2169).....64, 2ª y 65, 1ª y 2ª

— 13 —

ACCION (Dirigida contra la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales)

El Decreto 1842 de 1943 estableció expresamente que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tendría "la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público", y en doctrina sentada por la Corte el 10 de octubre de 1950 (LXVIII, 670) no se consideró equitativo que quienes habían promovido juicios contra la Nación, representada por el Consejo, ateniéndose a la jurisprudencia anterior conforme a la cual éste actuaba como delegatario de aquélla, se pudieran perjudicar y, por lo tanto, ha de entenderse que las demandas dirigidas hasta ese momento contra la Nación representada por el Consejo, lo habían sido directamente contra éste, como gestor de un patrimonio personalizado. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2159).....152, 2ª y 153, 1ª

— 14 —

ACCION (Sus finalidades)

La ley reconoce y garantiza el ejercicio de acciones privadas, pero no por el simple prurito de hacer daño o mermarle o disminuírle cualquier situación jurídica efectiva o de simple espectativa a otra persona, sino para lograr o restablecer el propio derecho desconocido o vulnerado. (Casación Civil. Octubre 17 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 462, 1ª

— 15 —

ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS (Elementos)

La jurisprudencia tiene establecidos como

requisitos fundamentales que el demandante debe acreditar para el éxito de las acciones de indemnización de perjuicios causados por la ocupación permanente de la propiedad con motivo de trabajos públicos, los siguientes:

a) Comprobación de la fecha en que ocurrió el daño o se realizó la ocupación, a fin de que el juzgador pueda determinar si la demanda fue o no presentada dentro del término perentorio que señala la ley;

b) Comprobación del carácter o título con que la indemnización se reclama, que no es otro que la demostración de que el derecho de dominio sobre el inmueble afectado por el trabajo público corresponde realmente al actor, encaminado a acreditar la legitimación o el interés que en la causa pueda asistir al demandante;

c) Comprobación del carácter público del trabajo que ha causado el perjuicio, pues se trata de una acción especial que sólo puede dirigirse contra las entidades de derecho público y por medio de la cual no podría reclamarse una indemnización producida por trabajos de carácter particular o privado; obligación ésta que comprende la de señalar el funcionario o agente público que haya ordenado la realización de los trabajos, pues sin este señalamiento y sin la demostración del carácter público con que actúa, no podría deducirse responsabilidad alguna a cargo de la entidad demandada; y

d) La demostración del daño causado, ya que si éste no se ha producido no procede tampoco la indemnización. (Negocios Generales. Julio 18 de 1956. Nº 2170)....392, 2ª

— 16 —

ACCION DE SIMULACION (Es personal)

La acción de simulación es personal, y en consecuencia debe dirigirse contra el comprador, así sea éste miembro de una sociedad conyugal y pueda reputarse el bien como perteneciente a ésta. Así, si "compró" la cónyuge antes de 1933, contra ella se dirige la acción aún después de entrar en vigencia la ley 68 de 1946. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170).....281, 2ª

— 17 —

ACCION EXHIBITORIA (Carga probatoria del exhibiente)

Ni el artículo 300 del C. J., ni ninguna otra norma puede aplicarse mecánicamente, en forma que no obligue al juzgador a relacionarla con otras aplicables al caso sometido a su consideración. Pero aparte de que no es lícito desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C. C.), la carga probatoria que la disposición mencionada impone al demandante no es caprichosa y halla su fundamento en la sanción que el artículo 303 del mismo Código establece. De acuerdo con este artículo "si decretada una exhibición, ésta no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se propone demostrar, si es admisible la prueba de confesión...". Bien se comprende que una sanción de tal naturaleza grave no podría imponerse a quien no se le haya demostrado plenamente que la cosa o documento cuya exhibición se pide está en su poder; solamente en esa forma podría imputársele la renuencia de que habla la disposición mencionada y afirmarse que su conducta es desviada frente a la contraparte que ejercita un derecho legítimo, renuencia que originaría un fraude a la ley, único motivo que moralmente justifica la imposición de la sanción de declarar ciertos los hechos que la otra parte se proponía demostrar.

Ahora bien: indudablemente el Código de Comercio impone a los comerciantes la obligación de llevar determinados libros de contabilidad; pero del hecho de que la ley im-

ponga esta obligación, no podría deducirse que todos los comerciantes la cumplen.

Puede ocurrir, y en realidad ocurre con mucha frecuencia, que algunos comerciantes traten de ocultar sus libros y documentos; pero en estos casos, fácil es demostrar no sólo su existencia sino su posesión en poder del demandante, mediante el certificado de la Cámara de Comercio que los registró y entregó a su dueño, o con el de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para cuando se trate de empresas cuyo funcionamiento exige permiso especial de esa entidad y el cual no podría concederse sin haber acreditado previamente el cumplimiento de la obligación de registrar tales libros. Producida esta prueba, si el demandado alega su desaparición por cualquier motivo, será materia que debe resolverse frente a las allegadas para acreditar tal desaparición. (Ver G. J. T. LXXVII, 248. Negocios Generales. Octubre 23 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

650, 1ª y 2ª

— 18 —

ACCION EXHIBITORIA E INSPECCION OCULAR

El litigio tiene por objeto alcanzar el resarcimiento de perjuicios por culpa contractual, del cual son extremos el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquél. De que para demostrar **el perjuicio**, el demandante optó por el medio probatorio del dictamen pericial, y como bases o elementos de apreciación y estudio de los peritos, el examen de **su** cuenta corriente en los bancos y unos escritos de periódico, para lo cual consideró necesario y conveniente que el juez, acompañado de los peritos vieran esos documentos. Salta a la vista que el demandante no se propuso demostrar **la existencia de la cuenta corriente** ni la de los ejemplares **del periódico,** para deducir de ellos un derecho o aducirlos como prueba. Menos podía aspirar a que se presumiera la existencia de esos papeles, que sería la sanción consecuencial para el caso de renuencia a exhibirlos, para demostrar los perjuicios demandados.

Para llegar a esta conclusión, o sea, la de inconducencia de la acción exhibitoria —que no se ha pedido— no parece necesario hacer un prolijo examen de las disposiciones que regulan tal acción. De conformidad con los artículos 297 y 298 del C. J., la acción exhibitoria se ejerce entre las partes o contra terceros, según verse sobre la cosa materia del pleito, o sobre un documento o testamento que el peticionario tenga que aducir como prueba o del cual pretende deducir algún derecho. También puede ejercerse sobre documentos privados o correspondencia de propiedad de un tercero (artículo 306 C. J.), siempre que se observe lo dispuesto por el artículo 38 de la C. N. En todos esos casos la cosa o documento a exhibirse, debe tener entidad propia, capaz de acreditar por sí lo que el peticionario se propone.

De muy distinta naturaleza y alcance es la inspección ocular con intervención de peritos o testigos, pues de acuerdo con el artículo 724 del C. J., ella tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de tales peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos **o relacionados con el debate.** La percepción directa del juez sobre el hecho o la cosa puede no ser la prueba relacionada con el debate mismo, sino uno de los factores constitutivos de ella. Serán los peritos, quienes a través de su dictamen complementen ese medio probatorio, del cual ha de juzgar el fallador. (Negocios Generales. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174—2175) . . . 1268, 2ª y 1269, 1ª

— 19 —

ACCION RESOLUTORIA (En los contratos bilaterales)

Para que la acción legal potestativa resolutoria o de ejecución de los contratos consagrados por el artículo 1546 del C. C. para los convenios de naturaleza bilateral y extensiva a la compraventa por mandato de los artículos 1882, 1888 y 1930 ibidem, tenga viabilidad y operancia, debe el postulante cumplir anteladamente determinadas exigencias legales, porque su inobservancia enerva su ejercicio si así lo solicita el demandado, entre otros modos, mediante la oponibilidad de la defensa "exceptio non adimpleti contractus" reconocida expresamente por el 1609 del C. C.

El desarrollo doctrinal de estos preceptos consiste en que si el vendedor no cumple una de sus obligaciones, por ejemplo, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida —artículo 1880 del C. C.— pone en capacidad legal al comprador para insistir en el contrato o desistir de él a términos del mandato del artículo 1882 ibidem. De su lado, si el comprador a cuyo cargo militan circunstancias correlativas contrarias incumple o no se allana a cumplir las suyas, capacita al vendedor para el ejercicio de las mismas acciones en su contra.

Pero estas acciones pueden aniquilarse o enervarse si el contratante que las ejerce no ha cumplido a su turno con las obligaciones del pacto o no se ha allanado a cumplirlas; de ahí el artículo 1609 del Código Civil que estatuye lo que ya viene repetido. Quiso el legislador con esta norma asegurar en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes y evitar el rompimiento de la simetría contractual derivada del principio de la reciprocidad o correlación de los mutuos compromisos de las partes. Y como lo ha dicho la Corte "atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de los móviles determinantes del acto jurídico".

En síntesis, la doctrina deducible de los fundamentos explicados, se sintetiza así:

a) El legislador considera que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por lo que, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes creó en favor de la otra el derecho de obtener la resolución del pacto. Y,

b) En todos los casos se entiende establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surjan del negocio jurídico bilateral y voluntario convenido, y en forma, que si ambos contratantes incumplen las obligaciones, uno y otro enervan el derecho a sus acciones, todo en beneficio de la igualdad jurídica contractual (Casación Civil. Octubre 30 de 1956. Números 2171, 2172 y 2173).....487, 1ª y 2ª

— 20 —

ACLARACION (No puede hacerse uso de este recurso sino una vez)

Se observa que ya no es posible lo relacionado con nuevas aclaraciones del fallo que puso fin al litigio, porque de esa facultad ya hizo uso el interesado con la solicitud que formuló anteriormente a la cual recayó la providencia recurrida. Bien se comprende que la aclaración de una sentencia es única, no procede sino una sola vez, entre otras razones, porque si se aceptara que de tal recurso puede hacerse uso indefinidamente, no se cumpliría con el requisito de la oportunidad que exige para su interposición el 2º inc. del artículo 482 del C. J. (Casación Civil. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....465, 2º

— 21 —

ACLARACION DE SENTENCIAS (Recurso de)

Dispone el artículo 482 del C. J. que la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, "con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

No todo concepto o frase es, pues, susceptible de aclaración, sino aquellos que den lugar a un "verdadero motivo de duda", es decir, que por su redacción ininteligible o por la vaguedad de su alcance puedan servir para interpretar confusamente la resolución. De manera que si la ambigüedad de la frase o del concepto son aparentes o, mejor dicho, la duda que de ellos pueda surgir no es eficaz para afectar el sentido exacto y jurídico de la decisión, no será procedente la aclaración.

Es por esto indispensable que al solicitar la aclaración se puntualicen o establezcan las frases o los conceptos dudosos contenidos en la sentencia, y se demuestre que de la interpretación que se les dé, dependen los efectos del fallo, para que sea viable la aclaración, pues es obvio que como las providencias judiciales deben tener por objetivo un resultado práctico dentro del juicio, no quedaría satisfecha la finalidad procesal si el cumplimiento de la resolución quedara entrabado por admitir ésta diferentes interpretaciones.

Por otra parte, estando prohibida por el texto en cita la revocatoria o reforma de la sentencia, se comprende que la aclaración no puede contener nuevos razonamientos o puntos de vista que impliquen revisión, total o parcial, del fallo. Por ello, al explicar o aclarar el concepto o la frase, no se ha de alterar ni modificar el sentido de la resolución. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 599, 2ª

— 22 —

ACLARACION Y REPOSICION (No puede obtenerse lo primero por medio del segundo recurso)

Resulta improcedente la solicitud del apoderado al pretender de nuevo la aclaración en que está empeñado por medio del recurso de reposición de la providencia que decidió la primera. De aceptarse como pertinente ese medio, se llegaría a autorizar una verdadera confusión entre el empleo de los recursos de aclaración y reposición que no se compadece con la naturaleza de las sentencias; ya que podría llegarse a la aclaración de un fallo a virtud del recurso de reposición, sistema a todas luces inadmisible porque por su índole, el recurso de reposición permite únicamente obtener la revocación o reforma de providencias que no asuman el carácter de sentencias.

Es más: la inconducencia del pedimento se hace más patente si se considera que la nueva aclaración que se pretende tiene por finalidad "que se aclare que nada se resolvió, puesto que nada se estudió sobre los efectos de la indignidad contra el demandante-comprador". Si el paso procesal fuera pertinente, habría que hacer nuevos razonamientos para establecer que es o no verdadera esa afirmación, lo que no es posible dictada como se encuentra la sentencia. (V. G. J. Tomo XLIX, 47). (Casación Civil. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) ... 265, 2ª

— 23 —

ACTAS DEL ESTADO CIVIL (Irregularidades en que pueda incurrirse al extenderlas)

A las actas que extienden los funcionarios encargados de llevar oficialmente el registro del estado civil de las personas, la ley les otorga pleno mérito probatorio, siempre que

lo sean con el lleno de las formalidades que ella prescribe como garantía de exactitud. Pero, cuando con ellas se incurra en irregularidades, éstas deben tener la condición de importancia necesaria y suficiente para restarle esa credibilidad, y deben ser de tal naturaleza, que impliquen el desconocimiento de la situación de orden público que media en relación con el estado civil de las personas e induzcan a la consideración de la inexistencia del acta. Tales irregularidades o causales no pueden ser otras, por razones obvias, que la incompetencia del funcionario que sienta el acta; extensión de ésta en un libro distinto de los destinados para el registro, o en una hoja suelta, y la carencia de las firmas que deben llevar.

Esta doctrina surge del texto completo de la Ley 92 de 1938, ya que este estatuto excusa las irregularidades susceptibles de corregirse. Porque, entonces, existe el acta con una irregularidad formal de mayor o menor significación. (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)....500, 2ª y 501, 1ª

— 24 —

ACTIVIDADES PELIGROSAS (Transporte ferroviario y automotor)

Si bien las actividades ferroviarias han sido siempre consideradas como de suyo peligrosas no es menos cierto que también el transporte en automóvil constituye una actividad de igual naturaleza, de suerte que ambas partes están obligadas a demostrar que pusieron toda su diligencia y cuidado para evitar el accidente, o que éste ocurrió por fuerza mayor, por caso fortuito o por culpa de la otra parte. Entonces, si las dos actividades que se estudian son igualmente peligrosas, la carga de la prueba corresponde por igual a las dos partes. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169)..156, 2ª

— 25 —

ACTOS LEGISLATIVOS (La Corte es incompetente para conocer de su inexequibilidad)

No tiene competencia la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad de Actos Legislativos por no habérsela otorgado la Carta, no por omisión del Constituyente, sino por razón de la jerarquía que domina el orden jurídico. (Negocios Constitucionales. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175)... 735, 2ª

— 26 —

ACUMULACION (De la acción declarativa de dominio y de la reivindicatoria en un mismo libelo)

La jurisprudencia ha distinguido, invariablemente, entre la acción de **simple propiedad**, en la que se pide que el demandante es dueño de una determinada cosa, de la **acción reivindicatoria**, que es la que tiene el titular de un derecho real de que no está en posesión para que el poseedor o tenedor de él sea obligado a restituírselo.

De ahí, por qué, en la acción **reivindicatoria** no está obligado el demandante **a** pedir se le declare dueño de la cosa que pretende reivindicar, pero está, y necesariamente, obligado a demostrar que es dueño de la cosa, toda vez que el carácter de propietario es no solamente hecho de indispensable demostración en acciones de esta índole sino que, como lo tiene explicado la jurisprudencia "es condición axiológica de la acción de propiedad cuya no demostración conlleva el inevitable fracaso de la acción". Es decir, la acción reivindicatoria puede ejercitarse en forma autónoma o directamente; pero si el demandado posee la cosa alegando ser dueño de ella, como habrá que destruírsele esta pretendida calidad para que proceda la rei-

vindicación, entonces, es apenas obvio, deben ejercitarse conjuntamente ambas acciones, la de propiedad y la reivindicatoria. O lo que es lo mismo, en un solo libelo puede buscarse la anulación indirecta o descalificación del título del demandado para, despejada la vía, darle prevalencia al título del actor y poder proferir la disposición de entrega de la materia de la litis.

Tiene la Corte establecido de antaño que la acción de dominio consagrada por el artículo 946 del C. C. está configurada por dos elementos: **uno petitorio** declarativo del carácter de dueño del demandante, y **otro restitutorio** de la cosa que dice relación al poseedor demandado y sin que ello implique que el primero envuelva petición **declarativa** y petición de **condena** el segundo, como que la calidad de dueño, extremo fundamental de la acción reivindicatoria, debe resultar plenamente establecida para que sin inconveniente procesal pueda el fallador ordenar que la cosa le sea restituída.

Al alegarse que la acción de **propiedad** y la **restitutoria** son contrarias e incompatibles, se hace con notorio olvido de que la demanda sobre entrega o restitución de la cosa que pretende reivindicarse tácitamente implica o tiene como base la consideración o el hecho del dominio del demandante sobre la cosa, y con olvido también, de que la declaración de pertenecerle el dominio al demandante conlleva la procedencia de la orden de entrega de la cosa por el poseedor o simple tenedor en favor del que ha sido reconocido como dueño. (Casación Civil). Noviembre 23 de 1956. Nos. 2174, 2175).....864, 1ª y 2ª

— 27 —

ACUMULACION DE ACCIONES (En juicios por trabajos públicos)

En lo referente a la petición de que se indemnicen los perjuicios provenientes de los daños causados en el predio del demandante, a causa de la inundación provocada por la apertura de zanjas o canales laterales a la carretera construída por la administración pública, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, consignada en recientes fallos dictados en negocios similares al presente, en los que se contempla la acumulación de acciones de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, y resarcimiento de perjuicios causados con la construcción de las mismas obras, la competencia de la Corte se contrae exclusivamente, de acuerdo con el fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la ley 167 de 1941, a la primera de dichas acciones, pero no a la segunda. (Negocios Generales. Octubre 3 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....597, 2ª

— 28 —

ACUMULACION DE ACCIONES (La de trabajos públicos y la de daños causados con ellos)

Indudablemente —como lo sostiene el apoderado de la actora—, la indemnización puede también reclamarse por los "daños que el funcionamiento ulterior de servicio público para el cual se destina la obra pueda causar"; pero, siguiendo la tesis que sobre competencia según la acción ha expuesto la Corte, para que la Sala pudiera decidir ahora acerca de los daños causados por la obra tendría que aparecer demostrado, en primer lugar, que tal obra fue construída por la entidad demandada, y que es de actualidad la acumulación de las dos acciones, es decir la referente a la ocupación con motivo de esa obra y la pertinente a los daños consecuenciales dentro de los dos años. (Negocios Generales. Junio 11 de 1956. Nº 2169).143, 1ª

— 29 —

APRECIACION DE PRUEBAS

El examen de las pruebas llamado "de conjunto", no es recomendable en el juez, porque expone a peligros de no ser valoradas debidamente. Las pruebas deben ser analizadas, por separado, en relación con cada hecho cuya comprobación se pretenda. (Casación Civil. Julio 5 de 1956. Nº 2170) . . 201, 1ª

— 30 —

ASOCIACION PARA DELINQUIR
(Delito de)

De los principios sentados por el artículo 208 del Código Penal y de lo que dicen la jurisprudencia y los tratadistas, se desprende que este delito que empezó a considerarse como infracción "a se" por el Código Penal Napoleónico de 1810, tiene las siguientes características que lo enmarcan y diferencian con precisión:

a) Participación en una asociación o banda;

b) Número no menor de tres personas en la asociación;

c) Propósito permanente de organización en la banda, con el fin de cometer delitos; y

d) Acuerdo común y recíproca ayuda entre los asociados, los cuales reconocen la organización y la jerarquía o línea de mando.

Esta figura de lo ilícito penal constiye delito propio e independiente, sin consideración a los delitos que acuerden cometer los asociados ni a los que por ellos se cometan, y se consuma "con el cumplimiento de un acto de participación en la asociación o banda". De esto se deduce que la asociación para delinquir es una entidad delictiva autónoma, independiente de los demás actos delictuosos que puedan cometer los miembros de la banda, y que puede ser sancionada aún antes de que se empiecen a ejecutar los delitos para los cuales se asociaron o que pensaron cometer.

La **sociedad de delincuentes** ocurre cuando se ha hecho del delito una profesión, organizándose los presuntos delincuentes, contribuyendo los asociados a la realización de los distintos actos en forma coordinada y en concierto, todo para el provecho o beneficio mutuo. De acuerdo con el pensamiento de Crivellari y según el texto de la legislación colombiana, la asociación o sociedad de delincuentes constituye por sí sola un delito, con independencia de los hechos ilícitos en que hayan acordado didivir su actividad ilegal, y se consuma con el cumplimiento de un acto de participación.

Dentro de nuestra ley escrita, la punibilidad se refiere al grado o jerarquía que en la dirección y consumación de la sociedad se tenga: jefes, directores y simple tropa o soldados.

En su orden se analizan estos elementos configurativos:

a) **La participación.**—En varias partes de su texto, el artículo 208 del Código Penal habla de la participación en una asociación o banda, o sea, cuando varías personas se unen con carácter permanente para cometer delitos, animadas de un mismo propósito delictivo y con acuerdo de voluntades para la acción. A diferencia del concurso recíproco ocasional y no pactado, en este delito la participación es producto de la voluntad antelada y acorde. La asociación indica que hay mancomunidad y permanencia en la agrupación o banda, o sea, como dijo la Corte en auto de 10 de diciembre de 1952, que da la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que le es común; además, debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

b) **Pluralidad y número de los agentes activos.**—El artículo 265 del Código Napoleó-

nico penaba esta figura sin consideración al número de asociados, al decir que "toda asociación de malhechores contra las personas o la propiedad es un crimen contra la paz pública". Los tratadistas y los jueces, con el fin de precisar los contornos de este delito y distinguirlo de otros, fueron fijando límites en el número mínimo de los "malhechores" asociados para atentar contra la propiedad o contra las personas, y hubo como un consenso en que la banda, para que se tuviera como asociación de malhechores, estuviera integrada por cinco agentes por lo menos. Nuestro Código Penal de 1890 erigió en delito per se la cuadrilla de malhechores, cuyo número se fijó por la jurisprudencia en un mínimo de cuatro. El artículo 208 del Código actual fija este número mínimo plural de agentes de la banda en tres, y este presupuesto es indispensable para la tipificación del delito pues los asociados deben conocer que existe ese mínimo.

c) Organización permanente con el propósito de cometer delitos. — La organización debe ser estable y permanente, no simplemente ocasional o transitoria, y enderezarse a cometer delitos, varios delitos distintos, o uno solo pero repetido o crónico, como el saqueo continuo y organizado en las bodegas de los ferrocarriles o puertos. Los asociados deben tener conocimiento de ese concepto preciso de la permanencia, con un mínimo de cohesión u organización entre los miembros de la banda. No es menester que todos se conozcan entre sí, pero sí es indispensable que tengan conciencia del carácter de permanente en el grupo asociado para cometer delitos. Esto hace parte del cuerpo del delito a título de dolo específico. Basta, dice Soler, que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas.

d) **Acuerdo común y recíproca ayuda.**— La organización tiene un carácter distintivo penal en el hecho de existir un acuerdo común y conocido entre sus miembros para cometer delitos, ayudándose mutuamente en la ejecución de los planes criminosos, y reconociendo una dirección o jerarquía, o lo que es lo mismo, una línea de mando, con jefes que en diferentes grados ordenan, y soldados o asociados que obedecen y ejecutan. En esto preside un concepto de solidaridad, mando y obediencia. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175) . . . . . 1054, 1ª y 2ª y 1055, 1ª y 2ª

— 31 —

AUDIENCIA PUBLICA (Sanciones disciplinarias)

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 530 prohibe a las partes y al público el elogio y la censura, el aplauso o las demostraciones hostiles para los Jurados, no sólo en el acto público de la audiencia, sino, también, después de concluidos los debates; porque el elogio, alabanza o testimonio de los méritos o condiciones de una persona; o la censura, dictamen o juicio para corregir o reprobar determinada conducta; o el aplauso o sea la aprobación con palabras o palmoteo de manos de ciertas y determinadas actitudes, o las demostraciones hostiles, manifestaciones contrarias al derecho o a las buenas costumbres, le resta seriedad, imparcialidad e independencia a los miembros del Jurado, y, por consiguiente, al acto público de la audiencia.

El Legislador consideró que el revestir la audiencia pública de seriedad completa, era formalidad necesaria e indispensable dentro del procedimiento, para que las partes que intervienen en el juicio y el público que asiste a ellas no perturben el orden natural de la misma, para evitar demostraciones ostensibles en favor de uno u otro de los intereses que se debaten en el proceso, pues la presión que por este medio se ejerce sobre los miembros del Jurado es innegable, por lo cual era indispensable rodearlos de

garantías para establecer la más amplia libertad de conciencia en ellos, y porque era "necesario imponer en el país un respeto profundo por toda la administración de justicia, suprimiendo por completo la idea de espectáculo que generalmente se tiene de las audiencias y sancionando el menor intento de desorden o de irrespeto". (Asuntos penales y penitenciarios, pág. 246).

De manera que la sanción disciplinaria impuesta por el Juez del conocimiento, tiene fundamento jurídico y moral; lo primero, porque es el cumplimiento de atribuciones conferidas por la ley; lo segundo, porque es una obligación y un imperativo de conciencia rodear de respeto y garantías a los miembros del Jurado, deber que no sólo vincula al Juez con las personas que concurren a las audiencias públicas, sino, también, con las partes que intervienen en el juicio, como son los Agentes del Ministerio Público; por esto es por lo que, la Resolución que impone la multa al Fiscal del Juzgado Primero Superior, no pugna con ningún precepto de la ley sustantiva ni procedimental, es decir, se halla ceñido a la norma del artículo 530 del C. de P. P. (Casación Penal. Noviembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) . . . . 972, 2ª y 973, 1ª

— 32 —

AUSENCIA DE CULPA (De la empresa de transporte público en caso de huelga)

Considera la empresa demandada que la huelga de trabajadores ferroviarios ocurrida el día del accidente y el obligado retiro del empleado encargado de guardar la vía constituyen una fuerza mayor o un caso fortuito que la libra de responsabilidad. Además alega que solicitó el concurso de la fuerza pública que le fue suministrado en forma de patrullaje. Pero para exonerarse de responsabilidad la empresa ha debido o exigir de la policía la prestación del servicio local en el paso a nivel, o abstenerse de movilizar las máquinas en el caso de que tal servicio le fuera negado, o por lo menos exigir de sus operarios un extremo cuidado al atravesar los puntos peligrosos de la vía. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169) . . . . . 157, 2ª y 158, 1ª

— 33 —

AUTO (Impugnación)

Un auto puede ser impugnado por extemporáneo, improcedente o ilegal, que son las causas pertinentes para obtener la revocatoria de una providencia. (Negocios Generales. Octubre 13 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 619, 1ª

— 34 —

AVALUO CATASTRAL (Es inaplicable para determinar la indemnización en juicios por trabajos públicos)

La ley 1ª de 1943 contiene disposiciones de especial aplicación en los procesos que se adelanten para expropiar predios urbanos en las ciudades capitales de departamento y en aquellas otras cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes. Por tanto la norma general contenida en el artículo 6º de la ley 83 de 1935 sólo es aplicable en las expropiaciones que se siguen por el procedimiento indicado en el Código Judicial (artículo 9º ibidem). Como en el presente negocio no se trata de una expropiación, sino de indemnización por trabajos públicos con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, de conformidad con el Cap. XXII, Tít. IV del C. C. A. es obvio que el precitado artículo 6º no tiene aplicación.

Por otra parte, dicho artículo 6º dispone que al recibir el demandado el precio de lo que ha de expropiarse, según el avalúo establecido en dicha disposición, se obliga "a devolver lo que se le hubiere dado de más, si

del posterior avalúo así resultare". Esto demuestra que la norma en mención se aplica sin perjuicio de la prueba pericial. Además, la ley 1ª de 1943 ordena también (artículos 5º y 7º), que la cuantía de la indemnización sea fijada por peritos y sólo faculta al juez para regularla cuando hubiere discrepancia en el concepto de los dos avaluadores (art. 6º ibidem). Luego de ninguna manera se puede determinar el quantum de la indemnización por el avalúo catastral del inmueble más el 20%, en forma definitiva. Al respecto se recuerda que el artículo 1º del Decreto extraordinario 2460-bis de 1952 fue declarado inexequible por la Corte al imponer el avalúo catastral "como necesario e invariable, como el valor preestablecido o equivalente de la indemnización...". (LXXVII, 325). Este antecedente permite reforzar la tesis que se viene sosteniendo: que el avalúo de que trata el artículo 6º de la ley 83 de 1935 no es definitivo ni exclusivo en la determinación del valor correspondiente a la indemnización, sino un factor concurrente de ella que deja, por lo mismo, en vigor los ordenamientos correspondientes al dictamen pericial, aparte de que no tiene aplicación en juicios como el que ahora estudia la Sala. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Número 2170).....358, 2ª y 359, 1ª

— B —

— 35 —

BUENA FE (En la usucapión agraria)

La usucapión agraria (artículo 12, Ley 200 de 1936) exige el elemento subjetivo de la buena fe, que en este caso consiste en la persuasión del colono de haber ocupado terrenos baldíos. Esta buena fe se presume. La presunción es legal, y el mismo artículo 12 consagra un criterio para desvirtuarlo: "si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es de propiedad privada". (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169)....80, 1ª

— 36 —

BUENA FE (Que ampara al poseedor carente de título)

Se reitera la doctrina de que en materia inmobiliaria hay casos excepcionales en que el poseedor carente de título está amparado por la presunción de buena fe, como cuando el dueño de una finca ha venido poseyendo una zona del predio vecino por un error excusable en cuanto a la precisión de un lindero oscuro. Que es lo que ocurre si el poseedor demandado, por una errónea interpretación de uno de los linderos de la propiedad minera que había adquirido, pudo creer sin mala fe que ella abarcaba las minas colindantes, porque no conste ninguna reclamación anterior del dueño de éstas, ni haya prueba de que ellas hubieran sido explotadas en ningún tiempo por los reivindicantes, ni se haya señalado judicialmente la comprensión espacial de ellas. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169).103, 1ª y 2ª

— C —

— 37 —

CALUMNIA E INJURIA (Diferencias)

La diferencia sustancial entre la calumnia y la injuria radica en la naturaleza de la imputación. En la calumnia, en efecto, debe atribuírse al ofendido un hecho falso concreto y categórico, que sea constitutivo de **delito,** o que tenga carácter deshonroso o inmoral capaz de exponer al sujeto a la animadversión o al desprecio públicos (artículos 333 C. P. y 2º Decreto 3000 de 1954).

La injuria es más amplia y genérica en la acción objetiva. Consiste en la imputación de estados, cualidades, vicios o defectos que

atacan la personalidad moral. Puede decirse que es toda ofensa que no estructura una calumnia (artículos 337 C. P. y 1º Decreto 3000 de 1954).

Esta distinción la fijaron con exactitud los miembros de la Comisión de Reformas Penales como aparece en los Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Tomo II, págs. 78 y 79. (Casación Penal). Junio 22 de 1956. Nº 2169).....129, 1ª

— 38 —

CALUMNIA E INJURIA (El honor como bien jurídico protegido con estos delitos)

El Código Penal y el Decreto Legislativo número 3000 de 1954 tutelan el patrimonio moral de las personas por medio de los delitos de calumna e injuria, cuya objetividad jurídica la constituye el bien del HONOR. Este, para los efectos penales, está amparado en su doble noción de subjetivo y objetivo. Honor subjetivo es el sentimiento de la propia dignidad y del propio decoro, o sea la suma de valores morales que cada uno se atribuye a sí mismo. Este es el honor en su sentido riguroso. Honor objetivo es el buen concepto, la estimación con que cada cual es tenido por los demás que le conocen y le tratan. Es el aprecio en el juicio de los ciudadanos. Se le llama honra, reputación, buen nombre o buena fama, por ser el resultado de la consideración social. La ley defiende, pues, el honor aunque no se haya herido la reputación; y viceversa, defiende la honra, aunque no se haya afectado el propio sentimiento de la dignidad y el decoro.

Por ello es posible que la calumnia y la injuria tengan como sujetos pasivos a los menores, a los enfermos mentales, a las personas jurídicas y a las corporaciones o entidades de derecho público, porque aun cuando pueda ocurrir que, en determinados casos, no sientan individualmente el dolor moral que causan las ofensas, en cambio, éstas los exponen al peligro del descrédito o menosprecio colectivo, que afecta su reputación.

Todavía más: los propios sujetos deshonrados pueden ser víctimas de tales delitos, pues siendo el patrimonio moral de una persona un conjunto de valores ético-sociales (carácter, honradez, integridad, sentido del deber, virtudes, méritos, etc.), nada impide que en el mundo espiritual del individuo coexistan zonas afectivas de notoria deshonestidad y depravación con "zonas honoríficas intactas", y a esta parte sana de la personalidad llega la protección penal. La experiencia cuotidiana demuestra que aún los delincuentes más peligrosos y temibles poseen "oasis morales", y así ciertos homicidas, por ejemplo, reaccionan vivísimamente cuando se les tilda de ladrones, o ciertos ladrones sienten su honor ofendido, si se les califica de homicidas.

Muy atinada es al respecto la observación que hace el tratadista Eusebio Gómez. "Las deficiencias morales de un individuo, por graves que sean, no autorizan a los demás a exponerlo sin piedad y sin medida al constante ludibrio. Un hombre carente de virtud o de la corrección necesaria en determinados aspectos de su vida, puede conservar en otros una cierta dignidad. Semejantes oasis morales —así denominados por Manzini con expresión feliz— no pueden ser privados de la protección legal". (Casación Penal. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....128, 1ª y 2ª

— 39 —

CALUMNIA E INJURIA (Prueba de la verdad del hecho atribuído)

La tutela jurídica del honor —subjetivo y objetivo— sufre una restricción con la **exceptio veritatis** (prueba de la verdad del hecho atribuído), fundada en el culto de la verdad y en el interés social de desenmascarar al deshonesto.

Sin embargo, esta figura ha suscitado problemas y discrepancias, especialmente en lo relativo a la injuria. En efecto, sostienen algunos que, en ningún caso, debe admitirse la prueba de la verdad, porque nadie tiene derecho de atentar contra el patrimonio moral de las personas; para otros, dicha prueba debe aceptarse incondicionalmente, porque el conocer a los indignos y el precaverse contra ellos, resulta benéfico para el bien común; otros niegan la prueba de la verdad como regla general, pero conceden que puede acogerse como excepción en determinados casos; y una última corriente doctrinaria proclama que debe admitirse la prueba como regla, pero negarse únicamente en las imputaciones que se refieren a la vida privada y familiar.

Este último sistema es el que sigue el derecho positivo colombiano, como se desprende de los artículos 335 y 343 del C. P., 48 de de la ley 29 de 1944 y 15 del Decreto Legislativo 3000 de 1954, y de la exposición que aparece en las Actas de los trabajos preparativos del Código.

Por consiguiente, la prueba de la verdad de un hecho calumnioso desintegra el delito, precisamente porque en la calumnia es esencial la **falsedad** del hecho concreto imputado; y, en tratándose de la injuria, la **exceptio veritatis** excluye la ilicitud o antijuridicidad del acto y equivale, en consecuencia, a una causal de justificación. (Casación Penal. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....129, 2ª y 130, 1ª

— 40 —

CALUMNIA E INJURIA (Son delitos dolosos, no culposos)

La calumnia y la injuria son típicamente dolosas, nunca por culpa. La acción subjetiva de la calumnia consiste en el conocimiento de la falsedad que encierra el hecho concreto imputado a la víctima, y en la voluntad de hacerlo aparecer como ejecutado por ésta. El dolo de la injuria está en querer emitir la expresión ultrajante, con la conciencia del poder ofensivo del medio empleado. Por eso, como enseña Carrara, la esencia de la injuria hay que buscarla, no en la corteza de los vocablos, sino en la intención del que los profiere. (Casación Penal. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....129, 2ª

— 41 —

CAMBIO DE RADICACION

La decisión relacionada con la conexidad o inconexidad de infracciones penales, por ejemplo la que decreta la acumulación de procesos, así como las demás que se tomen sobre problemas de carácter puramente jurídico, no es en sí ni por sí misma indicadora en los jueces de dañada o proclive intención. (Casación Penal. Noviembre 6 de 1956. Números 2174, 2175).....952, 2ª y 953, 1ª

— 42 —

CAMBIO DE RADICACION

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte (XL, 105 y octubre 9 de 1954, LXXVIII, 1013), para que el ambiente de animadversión pública o social que a veces se forma en torno a la personalidad de un sindicado o procesado conduzcan al cambio de radicación del respectivo sumario o proceso, no basta que él exista. Se requiere, además, que las condiciones adversas se proyecten en el medio judicial correspondiente o amenacen, al menos, afectarlo en términos que hagan temer fundadamente la imparcialidad del juzgamiento, como ocurre con mayor frecuencia en las causas que se tramitan con la intervención del Jurado, más expuesto que los jueces y tribunales de derecho al influjo de coacciones extrañas,

cuya acción encuentra en la celebración de las audiencias públicas atmósfera propicia. (Casación Penal. Noviembre 6 de 1956. Números 2174, 2175).....953, 1ª y 2ª

— 43 —

CAMBIO DE RADICACION

El ambiente público o social que en algún modo comprometa o amenace comprometer la recta administración de justicia suele ser factor determinante del traslado de los procesos de un Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, por razones que asumen gravedad mayor en tratándose de las causas que se tramitan con la intervención de los Jueces de Conciencia, más expuestos que los de derecho al influjo de presiones colectivas por su habitual inexperiencia en la tarea de juzgar a sus semejantes y por las circunstancias en que actúan, bajo la acción inmediata y a veces tumultuosa de sectores sociales interesados en desviar de sus verdaderos cauces la ponderosa misión que la sociedad les confía.

Pero en estos casos, como lo ha dicho la Corte (XLIV, 557), no se requiere que los comprobantes tengan el carácter de plena prueba, sino que basta con que de ellos se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el cambio de radicación del proceso. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174- 2175).....1042, 1ª y 2ª

— 44 —

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación de un proceso penal no puede decretarse por causa de la mala conducta observada por el sindicado en el establecimiento carcelario donde se halla detenido preventivamente. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175).... 1038, 1ª y 2ª

— 45 —

CAMBIO DE RADICACION

Quien solicita el cambio de radicación de un proceso penal debe probar que dicha medida es conveniente en orden a la recta administración de justicia. (Casación Penal. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 537, 1ª y 2ª

— 46 —

CAMBIO DE RADICACION (Cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Estatuto Procesal, la radicación de los procesos penales en Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito sólo procede cuando ella se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado, o cuando el sindicado o procesado padezcan de enfermedad grave debidamente comprobada que exija el cambio de clima o residencia del mismo.

La expresión usada por el legislador para la primera de esas situaciones es demasiado amplia, pues basta que el traslado se estime conveniente a los intereses de la justicia para que él se decrete. Sin embargo, tres son los factores que ordinariamente determinan esa conveniencia: **parcialidad en los Jueces, irregularidad en el procedimiento** o **ambiente judicial o público** que, en alguna manera, comprometa la imparcialidad del juzgador o la plena observancia de las formas propias del juicio. (Casación Penal. Noviembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175).....952, 2ª

— 47 —

CAMBIO DE RADICACION (Por la calidad de la víctima)

En cuanto a la calidad de las víctimas y preeminente posición social e intelectual de sus allegados, se ha dicho que sólo son factores dignos de tenerse en cuenta para sacar un proceso del territorio que por disposición de la ley le corresponde, cuando se demuestra con actos positivos que han obrado u obrarán de seguro en la conciencia de los jueces creando un clima de apasionamiento inapropiado para los intangibles intereses de la justicia. (Véanse conceptos de julio 19 y agosto 30 de 1946 y octubre 26 de 1954). (Casación Penal. Julio 24 de 1956. Nº 2170)

320, 2ª

— 48 —

CAMBIO DE RADICACION (Por motivo de la indignación causada por el delito)

Todo delito produce reacción en un ambiente sano porque el delito, no obstante su frecuencia, es lo opuesto al orden social, que impera en cualquier parte en donde el índice de moralidad conserve su natural preponderancia.

De manera que el temor de que la colectividad repudie cuanto lastima o trastorne ese orden, propio de toda comunidad bien organizada, no es extraño ni puede alegarse como fundamento para que se cambie la radicación de un proceso, medida extraordinaria que sólo debe adoptarse en presencia de circunstancias afirmativas de una realidad y que esta realidad sea susceptible de perturbar el sereno juicio de quienes en forma permanente o temporal administran justicia. En otras palabras, el hecho que sea capaz de alterar la imparcialidad de los juzgadores debe estar manifiesto, o por lo menos, tener características de probable como ocurrencia anómala del proceso y no como resultado lógico del delito, que produce indignación en cualquier medio, porque no hay que suponer que la sensibilidad es privilegio de uno solo. Y entre más "salvaje y vulgar" más conturba, desazona y aún llega a encolerizar. Pero de éstos, que son sus resultados obvios o regulares, no hay por qué esperar que la justicia sufra menoscabo o se afecte en su integridad hasta el punto de que sea aconsejable buscarle otro escenario para que allí se cumpla imparcialmente. Porque la sospecha de que ella no se va a impartir con rectitud en el distrito judicial en que el delito se consumó, tiene que aparecer de actitudes manifiestas y ostensibles y no provenir de opiniones que, por respetables que sean, carecerán siempre de la fuerza demostrativa necesaria para adoptar una medida de tanta importancia, como es la de sustraer del conocimiento de sus naturales jueces un determinado proceso criminal. (Casación Penal. Julio 24 de 1956. Nº 2170) .320, 1ª y 2ª

— 49 —

CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LA IGLESIA

El Estado colombiano no sólo acata y respeta la autonomía jurídica de la Iglesia en su orden espiritual, sino también la económica, referente a las cosas o bienes temporales, "res eclesiastica", conforme al canon 726, esto es todo objeto que tenga razón de medio para los fines de la divina Institución, de donde surge su plena capacidad patrimonial, como sujeto activo de toda clase de derechos (canon 1495) con la consiguiente facultad civil de ejercerlos y hacerlos efectivos conforme a las leyes del Estado, como toda persona natural o jurídica.

De modo que cuando se trata de bienes temporales, los textos legales del Estado y los convenios o concordatos con la Santa Sede, regulan su ejercicio, efectividad, etc.,

pues si la potestad civil en lo espiritual reconoce la absoluta autonomía de la Iglesia, ésta en lo material o corporal reconoce la de aquélla, dentro de las mutuas relaciones de las dos potestades. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) 945, 2ª, 946, 1ª

— 50 —

CAPACIDAD PROCESAL (Del comunero para reivindicar)

Se reitera la doctrina de que el comunero está capacitado procesalmente para reivindicar la cosa indivisa en pro de la comunidad. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Número 2169) 97, 2ª

— 51 —

CAPELLANIAS (Finalidad del juicio ordinario para obtener su pago)

El juicio de capellanía laica, establecida en el Tít. XXIV, Libro 2º del C. J. es de los llamados de jurisdicción voluntaria. Se promueve por una persona que quiera ser declarada patrono o capellán de una capellanía que se encuentra vacante, sin oponer su pretendido derecho al de persona alguna determinada. El juez, al admitir la demanda, ordena el emplazamiento de todas las personas que se crean con derecho a la capellanía o patronato, y si no comparecen les nombra un curador ad-litem.

De manera que cuando se pretende obtener el pago de una renta por parte del Estado, debe demostrarse que es capellán, finalidad que se cumple con el procedimiento antedicho. Pero como la Nación no ha sido parte en este juicio, se hace necesario citarla en acción ordinaria para obtener una condenación judicial en su contra.

Para que se vea cómo no ha entendido la promoción del juicio ordinario tendiente a obtener este pago como una reiteración de lo resuelto en el juicio especial, se transcribe a continuación la siguiente afirmación doctrinaria de la Corte:

"El que pretenda tener derecho a usufructuar una capellanía, no puede demandar a la Nación para que se le reconozca y pague los réditos pertenecientes a la fundación sin comprobar previamente que es capellán o usufructuario de ella, para lo cual debe entablar el respectivo juicio de capellanías ante el Juez del Circuito, de conformidad con lo que establecen los artículos 324 a 331 de la ley 105 de 1890, juicio que no se sigue contra la Nación y de que no conoce en primera instancia el Tribunal, ni la Corte en segunda". (Agosto 24 de 1898, XIV, 24).

De otro lado, el antecedente judicial constituído por la sentencia de esta misma Sala que aparece en el Tomo LXXII, págs. 789 y ss. está demostrando cómo es evidente que la Nación puede tener excepciones o defensas que hacen valer en un pleito de esta naturaleza, y que no es bastante haber demostrado la existencia de la capellanía para que se tenga por demostrada también "la existencia de una prestación concreta ya deducida o establecida a cargo del Estado", como se dice en la providencia recurrida. (Negocios Generales. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175) .....1229, 2ª y 1230, 1ª y 2ª

— 52 —

CAPTURA (Para recibir indagatoria)

Es sabido que la captura se da en múltiples situaciones, muy diversas entre sí, pero determinadas siempre por la ley, sin que autoridad alguna pueda extender su radio de acción fuera de aquellas demarcaciones legales, una de las cuales es la de practicar la diligencia de indagatoria, en las condiciones que se precisan en seguida.

La declaración instructiva del procesado no es esencial en el juicio, ya que su fina-

lidad es la de proporcionar la manera de presentar descargos, y, en general, de ejercitar el derecho de defensa, con la adecuada explicación que el indagado haga de su conducta (C. de P. P., artículo 354). De ahí que, para efecto de aquella diligencia, no se pueda capturar sino al renuente, vale decir, al que, requerido por autoridad competente, no comparezca, si, de otro lado, no se está en alguno de los demás casos previstos por la Constitución y por la Ley, porque de hallarse en presencia de alguno de éstos, se capturaría para cumplir con otra u otras normas de las que derivaría la facultad legal para privar de la libertad a una persona y no de la necesidad de indagarla. Tal es el caso de quien, teniendo en su contra auto de detención, es capturado, aunque primero se le indague y sólo posteriormente se le notifique aquella providencia: la captura se originó en el auto de detención en forma independiente de la indagatoria, supuesto que el inculpado no fuese renuente.

Cuando se trata de alguien que, requerido, no comparece a rendir indagatoria, se le debe capturar por fuerza de la obediencia debida al funcionario, lo que, en el fondo, equivale a afirmar que la privación de la libertad surgió de la obstrucción a la justicia: se impidió que el funcionario pudiese cumplir su cometido, que no es otro que el de conseguir la verdad, mediante el conocimiento exacto de los hechos que deben suministrar las personas que los conozcan, dejando a salvo los derechos de éstas. Así, pues, la captura no está necesariamente implicada en la necesidad de recibir indagatoria a alguien, de tal suerte que no todo procesado que ha de rendirla tiene que ser capturado para surtir la diligencia, sino sólo el que pretende evadir la orden debidamente impartida. Y esto sólo puede darse cuando el Juez o funcionario o el comisionado, en su caso, han sido desobedecidos. Si se trata de persona que esté fuera del municipio en que se practican las diligencias, sin que exista contra ella prueba para detenerla, debe librarse exhorto o despacho "a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo". (C. P. P., artículo 364). (Casación Penal. Noviembre 20 de 1956. Nos. 2174, 2175) ...1000, 1ª y 1001, 2ª

— 53 —

CASACION

La providnecia de un Tribunal en la que resuelve que es incompetente para conocer de una apelación contra fallo de primer grado porque el apelante carece de personería, ya que desempeña un cargo público, es auto interlocutorio, que no se pronuncia sobre el fondo del negocio, y, por tanto, no es susceptible de recurso de casación. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....433, 1ª y 2ª

— 54 —

CASACION (Cómputo de la pena para la procedencia del recurso)

La ley establece como requisito esencial para el recurso de casación en los delitos de que conocen los Jueces de Circuito, que el hecho tenga como pena privativa de la libertad personal, una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años; ello quiere decir que la pena debe corresponder a un hecho punible, concreto y determinado, no sólo en sus elementos objetivos y subjetivos, sino también en cuanto a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, porque es la suma de factores específicos e individualizados los que determinan la sanción imponible de acuerdo con la ley, la cual sirve de base para conceder o negar en cada caso concreto el recurso de casación.

La sanción debe consultar no sólo la nor-

ma base de la disposición violada, sino aquellos preceptos que influyen en la determinación de la pena por ser modificadores de la responsabilidad. En estos casos la sanción que corresponde al delito no es únicamente la que reprime el hecho en su forma genérica, sino la imponible para el caso sub judice, o sea la resultante de combinar la disposición principal con todas aquellas normas que por contemplar situaciones especiales en las cuales se realiza el hecho —riña imprevista, ira o intenso dolor o complicidad correlativa— le dan al delito una fisonomía particular y lo tipifican para efecto de la pena en una modalidad distinta a la que contempla la disposición base. (Casación Penal. Octubre 27 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) . . . 553, 1ª

— 55 —

CASACION (Demanda de)

La Corte ha exigido que la demanda fundamental del recurso de casación, debe presentarse con sujeción estricta al formulismo legal y técnico obligatorio, con especificación discriminada y no disyuntiva u opcional, para que el opositor pueda puntualizar el cargo y rebatirlo y no se entorpezca el poder decisivo de aquella entidad, que en el análisis de los problemas planteados tiene que seguir sólo la ruta clara que le señala el acusador, por no tener ella la amplia facultad del fallador de instancia. Si tal ruta resulta imprecisa, ambigua y desviada, el recurso fracasa, aunque el fallo sea en realidad violatorio de la ley sustantiva, cuyo imperio no puede restablecer la Corte de manera opcional u oficiosa. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175) . . . .774, 1ª y 2ª

— 56 —

CASACION (Demanda de)

Lo esencial dentro del recurso extraordinario de casación, es saber formular una demanda para obtener un resultado. La demanda tiene una finalidad: hacer la crítica jurídica de la sentencia frente a la ley para pedir la infirmación del fallo. La petición que se formula, en casación, debe sujetarse a las normas estrictas señaladas por el artículo 53 del Código Judicial, porque las causales alegadas determinan el ámbito dentro del cual actúa el poder jurisdiccional de la Corte; de ahí que la demanda no debe confundirse con un simple alegato de instancia; éste no necesita de reglas o normas a las cuales debe ceñirse quien lo presenta, en cambio aquélla, necesita de conocimientos jurídicos y técnicos de las disposiciones que regulan el recurso. (Casación Penal. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174, 2175) 991, 1ª

— 57 —

CASACION (Demanda de)

En el criterio del impugnador debe determinarse el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del **ad quem** son violatorios de la ley en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el **petitum** de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito u orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 558, 2ª

— 58 —

CASACION (Demanda de)

La demanda de casación debe ceñirse estrictamente al contenido del artículo 531 del C. J., en relación con lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente, el escrito debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, la causal o causales que se invocan para pedir la infirmación del fallo, el planteamiento claro y preciso de los fundamentos que sirven de base a cada una de ellas, y la cita de las disposiciones legales que el recurrente considere violados. Ello, porque el recurso extraordinario de casación se funda en la discordancia entre la sentencia y la ley y corresponde al recurrente motivar su tesis para destruir la presunción de juridicidad del fallo impugnado.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener una finalidad. Una petición que prescinde de los ordenamientos legales (artículos 531 del C. J. y 7º del C. de P. P.) sin técnica ni orientación, es algo inoperante. No es lo mismo ni son actos similares el confeccionar una demanda de casación y alegar en una instancia dentro del juicio; lo primero, implica el conocimiento exacto y completo del recurso extraordinario de casación que ante la Corte se decide; lo segundo, no requiere sujeción a reglas especiales de técnica.

La impugnación del fallo por el simple enunciado de una causal, sin respaldo en los hechos ni en el derecho, no constituye en ningún caso demanda de casación; esa petición —cuando más— podría tener el carácter de un alegato de instancia con la posibilidad de que sea estudiado para interpretar el pensamiento de quien presenta el escrito, pero dentro del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda, ni interpretar el pensamiento del recurrente para corregir la falta de técnica de que adolece la demanda. (Casación Penal. Octubre 3 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 518, 1ª

— 59 —

CASACION (Desistimiento del recurso y del juicio)

Aun cuando pueda decirse que el recurso de casación es parte del proceso, no es dable entenderlo como una prolongación del juicio, o una tercera instancia, por ser éste un medio extraordinario de impugnación que atiende, no a las pretensiones de la demanda inicial, sino a la confrontación de la sentencia con la ley, en miras a una correcta interpretación y aplicación de ésta, aunque secundariamente y por consecuencia se produzcan decisiones que incidan en el objeto material del juicio.

De consiguiente, solicitar, como en este caso se ha hecho, que la Sala "declare terminado el juicio", es improcedente, ya que tal declaración no encaja dentro de sus atribuciones. En cambio, y si lo que los señores apoderados de las partes desean es que el negocio no siga su curso, pueden proponer el desistimiento del recurso, que es lo conducente para el fin perseguido. (Casación Laboral. Octubre 5 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 549, 2ª

— 60 —

CASACION (Examen del recurso)

A la Corte, dentro del rigorismo que gobierna el recurso de casación, sólo le es dado pronunciarse sobre las cuestiones y cargos concreta y específicamente expuestos en la demanda. No puede proceder oficiosamente al análisis y definición de cuestiones que no le fueron propuestas en la debida oportunidad y bajo las normas que regulan la casa-

ción. Ello implicaría, además, una violación del derecho de defensa que exige que la parte opositora tenga adecuado conocimiento de los ataques que se formulan contra la sentencia para que en la debida oportunidad, con el espacio que le otorga la ley, pueda realizar el estudio tranquilo de los puntos objeto del ataque. (Casación Civil. Julio 9 de 1956. Nº 2170).....206, 2ª

— 61 —

CASACION (La demanda no puede ser aclarada o corregida)

Las características del recurso de casación no admiten que la demanda pueda ser modificada o corregida. En él no se enfrenta la situación jurídica del acusado a las conclusiones deducidas en el fallo, sino que se abre un juicio contra la sentencia tendiente a definir si ésta se ajusta a los preceptos de ley. De ahí que la demanda de casación deba ceñirse estrictamente a los requisitos que impone el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio criminal en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, sin que sea admisible aclararla o reformarla como si se tratara de una tercera instancia. Ninguna disposición legal lo autoriza.

En tales circunstancias, ni lo dicho en la audiencia, ni la síntesis escrita presentada en ella, son lo que ha de servir a la Corte como demanda de casación para avocar su estudio. La indagación de si se cumplen los requisitos del artículo 531 del Código Judicial habrá de referirse al escrito presentado dentro del perentorio término que indica el inciso 2º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

El objeto y fin de la audiencia no es el de reemplazar o el de enmendar la demanda, sino aquel que le compete de acuerdo con el artículo 566 ibidem. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175)..... 1036, 2ª y 1037, 1ª

— 62 —

CASACION (No existe contra el auto que declara probada una excepción)

El sistema legal en vigor reclama para la providencia susceptible del recurso de casación el carácter de pronunciamiento último acerca del fondo de la cuestión debatida, lo cual no puede predicarse de la que resuelve una excepción dilatoria. Y si bien es cierto que la de autos tiene además fuerza perentoria, también lo es que cuando se la examina en trámite de especial adelantamiento por haber sido propuesta como dilatoria, su definición atiende más a la imposibilidad de promover el nuevo juicio, mediante la verificación de los elementos que configuran la cosa juzgada, que a los propios de la acción que se instauró. Por ellos cabe decir, respecto de ésta, que no recibe la plenitud de la tramitación de instancia; que no alcanza a conocer un pronunciamiento de fondo, y que la decisión respectiva, provocada por dicho medio dilatorio, es un simple auto, que como tal carece de aptitud para el recurso de casación. (Casación Laboral. Noviembre 22 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1101, 2ª

— 63 —

CASACION (No procede contra fallos dictados por autoridades administrativas o de policía)

El recurso de casación tiene operancia únicamente respecto de fallos judiciales; pero, además, atendiendo a su carácter extraordinario, la ley ha indicado en forma taxativa los precisos casos en que puede intentarse sin que sea dable al juzgador extenderlos a otros señalados en la ley.

Entre ellos, no hay en el Código de Procedimiento Penal disposición alguna que autorice el recurso de casación contra fallos proferidos por autoridades administrativas o de policía, y no podía haberla porque los fines eminentemente jurídicos de tal recurso, entre los cuales cuenta el de unificar la jurisprudencia de los tribunales, no dan margen a semejante aplicación. (Casación Civil. Noviembre 15 de 1956. Nos. 2174, 2175)..... 984, 2ª

— 64 —

CASACION (Nulidades declarables en el recurso)

La sentencia recurrida fue pronunciada con base en una viciada resolución de reconstrucción del juicio. En esas condiciones el Tribunal carecía de competencia para continuar la actuación de la segunda instancia y proferir el fallo recurrido. La competencia es uno de los presupuestos procesales y condición previa indispensable para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio. La falta de competencia da lugar a nulidad procesal que puede decretarse de oficio, al tenor de pertinentes disposiciones del C. J.

La realidad jurídica y de derecho procesal colombiano es, que la competencia para declarar las nulidades procedimentales se halla subordinada a fórmulas concretas en las instancias; trámite específico o incidental, claramente determinado por la ley, y que en casación implican la obligada acusación de la sentencia por dicho motivo (causal 6ª, artículo 520 C. J.). Y el hecho de inhibirse la Sala de conocer de la demanda de casación, o mejor, del recurso, llevaría en definitiva a darle el sello de la ejecutoria a un fallo inválido, para que a pesar de esa invalidez, pueda y deba ser ejecutado.

En el presente caso precisa escoger un medio o sistema que no envuelva creación de problemas para el futuro y pueda acarrear perjuicios a los interesados. Debe procurarse la clarificación del procedimiento y restablecerse el necesario orden procesal.

De aquí, que la Sala para obviar aquella trascendente situación de injusticia, recurra al medio extraordinario, si así puede calificarse, de optar por la aceptación formal de las demandas de casación, sin entrar a su estudio de fondo, sino simplemente para adquirir la necesaria facultad a fin de poder infirmar la sentencia recurrida, con el único objetivo de adquirir como juzgador de instancia el imperio suficiente para decretar la nulidad constitucional de que se ha venido haciendo referencia, como que su existencia se opone a un texto de nuestra carta y a reglas de procedimiento expedidas en estado de emergencia. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175)....934, 2ª y 935, 1ª

— 65 —

CASACION (Por violación de normas procesales)

Las normas del Código Procesal del Trabajo, por sí solas no pueden producir el quebrantamiento del fallo perseguido con el recurso de casación. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).. 559, 2ª

— 66 —

CASACION (Técnica de)

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación radica en el hecho de que está establecido no en provecho de las partes sino de la ley y en forma, que corresponde al recurrente alegar, precisar y demostrar las equivocaciones o errores de hecho o de derecho en que pudo incurrir el sentenciador con ocasión de la sentencia que acusa. Alegar que el Tribunal hizo apreciaciones injurídi-

cas o inexactas porque estima que debió haber propiciado las contrarias, pero sin darle razón o fundamento a su apreciación, equivale a no formular cargo ninguno ya que la Corte no puede considerar el que se haga cuando el recurrente se limita a enunciarlo sin exponer la razón que lo sustenta, y porque, palabras de la Corte, "cuando no se combaten los fundamentos de una determinada apreciación o disposición del fallo ella queda en pie como base fundamental de la sentencia". (Casación Civil. Noviembre 23 de 1956. Números 2174, 2175) 865, 2ª

— 67 —

CASACION (Técnica de)

El principio de la soberanía del juzgador de instancia, en la tarea estimativa de las pruebas, es consecuencia obvia de no ser la casación un recurso contra los hechos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, razón por la cual en casación no procede el examen de pruebas sino por excepción cuando los errores en que se incurra en esa disciplina sean tan graves que se quebrante por ellos la ley sustantiva, con el consecuencial derrumbe de la decisión. (Casación Civil. Junio 18 de 1956. Nº 2170) 248, 2ª

— 68 —

CASACION (Técnica de)

El recurrente se equivocó en la cita del número del artículo del Código Judicial que consagra las causales de casación. Esta equivocación la considera el opositor como causa suficiente para desechar el recurso, por no haberse indicado con exactitud el fundamento de derecho en que se apoya.

No comparte la Sala esta apreciación, porque el demandante bien hubiera podido no haber citado el artículo, puesto que su pensamiento es claro respecto a la disposición que quiso invocar y además, porque ésta se puede identificar ya que transcribe literalmente su contenido.

La ritualidad del recurso de casación, cuya finalidad principal es la de preservar su técnica, no restringe al juzgador hasta el punto de que por un simple lapsus, error de máquina probablemente, deba sacrificar un derecho, como bajo el imperio de las fórmulas sacramentales. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174, 2175) 819, 2ª

— 69 —

CASACION (Técnica de)

La acusación aducida para obtener una nulidad de lo actuado, a causa de indebida acumulación de acciones, es improcedente cuando ello fue materia extensamente debatida y resuelta en la actuación procesal, sobre lo cual la Corte no podría ya hacer estudio directo y resolver, mucho menos cuando con ello en nada toca el fallo recurrido que tomó una orientación diferente, única que puede atacarse en casación para saber si al ser infringido y entrar a fallar como tribunal de instancia, podría la Corte referirse a ese punto del libelo. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) 941, 1ª

— 70 —

CASACION (Técnica de)

El Tribunal analizó ampliamente las circunstancias agravantes de la pena, dando las razones para subir el mínimo de la sanción; y el autor del libelo omitió refutarlas debidamente, como es de rigor. Se limitó a hacer simples afirmaciones sobre la inexistencia de las agravantes, lo que sólo es de recibo en las instancias del juicio, mas no en el recurso extraordinario de casación. (Casación Penal - Julio 9|54) 294, 2ª

— 71 —

CASACION (Técnica de)

La demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, esto es, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma desconocidos por el **ad-quem.** (Casación Laboral. - Octubre 22|56. Nos. 2171, 2172 y 2173) . . 559, 2ª

— 72 —

CASACION (Técnica de)

A través de innumerables fallos ha venido estableciendo la Corte, y es su jurisprudencia, que la técnica del recurso de casación exige perentoriamente como principales formalidades, la indicación separada de las causales que se invoquen y la ordenación lógica, clara y breve del razonamiento fundamento de los cargos que dan sustento a las causales. (Casación Civil - Octubre 8|56. Nos. 2171 - 2172 y 2173). 452, 1ª

— 73 —

CASACION (Técnica de)

Cuando un incidente sobre excepción de pleito pendiente fue resuelto negativamente en la instancia sin que la decisión hubiera sido apelada por el excepcionante, quedó en tal forma definida la competencia de la jurisdicción especial del trabajo, y no es la casación la oportunidad para revivir el incidente. (Casación Laboral. - Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 1.143, 2ª

— 74 —

CASACION (Técnica de)

El recurrente no puede conformarse con la enunciación de normas de carácter adjetivo, sin mencionar de qué manera el procedimiento seguido pudo incidir sobre la violación de normas sustantivas que, de otra parte, imprescindiblemente hay que citar en toda acusación para la prosperidad del recurso. (Casación Laboral. - Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 1143, 2ª

— 75 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

Es de rigor, que cuando se alegue la primera causal, deberá indicarse, según el caso, el concepto en que se estime haber sido violada la norma sustantiva (si por infracción directa, aplicación indebida o errónea) o darse la demostración de haberse incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho como resultado de la equivocada apreciación de una prueba o por no haberse tenido en cuenta alguna. Ocurrencias éstas, que son las que pueden alegarse como que llevaron al fallador al quebranto de una o de varias disposiciones sustantivas que en cada caso habrán de señalarse expresamente. (Casación Civil. Octubre 8 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....452, 1ª y 2ª

— 76 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Con extremada frecuencia, los recurrentes en casación, antes de estructurar y desarrollar sus cargos contra la sentencia que acusan, enuncian la violación de la ley bajo los términos literales que da el artículo 520 del C. J. —causal primera— como si éstos implicaran un concepto acumulativo o conjuntivo, y no disyuntivo o alternativo como lo es, para que se invoque de las tres formas, la pertinente, salvo que se dé el caso de diversas violaciones ubicadas en cada forma o concepto de la violación, mediante la dis-

criminación y separación técnicas, con la demostración precisa y fundamental de cada cargo, para que la Corte se vea avocada al estudio exhaustivo, si no hallare la violación en los que se vayan aduciendo en su origen lógico.

La causal primera mencionada, contempla tres formas o conceptos diferentes de violación de la ley sustantiva, que deben invocarse separadamente, por la naturaleza y fines, al igual que por sus efectos doctrinarios: en la primera forma, se ataca la sentencia por **omisión indebida,** es decir, por no haber aplicado el texto legal sustantivo que en el derecho objetivo está destinado a resolver con acierto el hecho litigioso planteado por las partes; en su segunda forma, se ataca la sentencia por **acción desacertada,** es decir, por haberse aplicado a la solución de la litis un texto legal que es extraño a los hechos demostrados y pretensiones de las partes; y en su tercera forma, se ataca la sentencia por **interpretación errónea** de la ley sustantiva, aplicada o no al caso controvertido con error jurídico en el significado sustancial y alcance estricto de la norma legal que regula los derechos sustantivos. Son tres formas de violación directa de la ley que proyectan sus efectos al ámbito doctrinal, de manera diferente, según se trate de volver por el imperio, fuerza y aplicación de la norma que el fallador no aplicó, por considerarla ajena al caso, por inadvertencia, ignorancia, etc. a pesar de consagrar claramente, por acción o por excepción el derecho reclamado; o que aplicó indebidamente, y por iguales circunstancias, sin que ella regulara tal derecho; o que se analizó e interpretó erróneamente para darle o negarle su aplicación, caso éste que ocasiona con mayor intensidad y frecuencia la formación doctrinaria para generalizar y aplicar uniformemente la ley en toda la nación, con igual alcance para todos y que permita a la vez dentro de una sabia y sana hermenéutica, desentrañar conceptos nuevos en función de perfeccionar los sistemas jurídicos para el avance funcional de las instituciones, adaptando la ley a las crecientes exigencias de la vida jurídico-social, con lo que suele entenderse por nuevas creaciones del derecho en su esencia y fines que deben responder a la Justicia.

Por eso, la técnica de casación, bastante dominada por el formulismo, no permite que una sentencia se acuse como violatoria de la ley, en términos generales y forma global, sino que exige, como cosa de excepcional trascendencia, que se discriminen específicamente los diversos casos de violación directa contemplados en la causal primera del artículo 520 del C. J. Sólo así se atiende a la naturaleza especial y extraordinaria del recurso que obedece a una sistematización legal técnica, de mecanismo estricto y preciso para presentar la sentencia sustancialmente enfrentada con la ley, demostrando el fundamento de ello y la necesidad de infirmar aquélla, para obtener como cosa primordial el predominio y defensa de ésta y salvar, como cosa accesoria, el derecho conculcado de la parte recurrente.

Pero en las más de las veces, ocurre que la violación de la ley no se produce de manera DIRECTA, sino INDIRECTA, es decir, originada en errores MANIFIESTOS DE HECHO, por pasar inadvertida una prueba o tenerse como tal una que no existe; o en ERRORES DE DERECHO, al estimar la prueba, dándole fuerza o efecto que no le da la ley o negándole el que sí le da. Entonces sólo por medio o al través de tales errores, se llega a la violación directa de la ley, en cualquiera de las formas específicas. En tal caso debe el recurrente demostrar que por causa de tales errores, no se llegó por el fallador hasta el momento preciso de aplicar la ley sustantiva que debió aplicar, o que por la misma causa aplicó indebidamente la no aplicable, resultando entonces la violación directa de que habla el inciso primero de la causal mencionada, previa la violación medio, en la estimación o aprecia-

ción de orden probatorio. (Casación Civil - Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174 y 2175) .. 773, 2ª y 774, 1ª

— 77 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Técnica de)

Ningún recurrente en casación puede perder de vista, para hacer viable la posibilidad del éxito de su acusación, que la técnica y la limitación de este recurso extraordinario, exigen procedimental y doctrinariamente, enfrentar de manera directa y clara la motivación y decisión de la sentencia recurrida, con los textos de la ley sustantiva que se estime violada, señalándolos y demostrando de manera ordenada, precisa y nítida, el concepto de la violación y la forma directa o indirecta en que lo ha sido, es decir, la pugna objetiva entre la norma que se aplica o deja de aplicarse en sentido y efecto contrario al derecho, y la sentencia que con ella se relaciona, para que la Corte pueda infirmar ésta y volver por los fueros de aquélla, cuyo predominio general, uniforme y estable, es la finalidad esencial del recurso.

En armonía y función de lo antes expresado, debe existir una relación lógica, directa, expresa y clara entre la acusación y lo analizado y decidido por el fallo a que ella se refiere. Si los motivos que inspiran éste, su razonamiento y sus fundamentos de hecho y de derecho, son distintos a los desarrollados en la impugnación y no aparece esa relación íntima, el cargo resulta desviado del objeto esencial que puede hacerlo apto y operante, es un ataque en el vacío sin adversario al frente porque, se repite, la ley en su plenitud de efectos, en su manera de interpretarse y aplicarse, debe aparecer enfrentada a la sentencia que la violó, en cualquiera de las tres formas de infracción directa o de los medios de violación indirecta, de que habla la causal 1ª del artículo 520 del C. J., cuando es ésta la invocada para plantear la impugnación. (Casación Civil. - Noviembre 21 de 1956. Nos. 2174 y 2175) .. 854, 1ª y 2ª

— 78 —

CASACION (Técnica de la causal 1ª)

Sin el señalamiento de una norma sustancial de derecho del trabajo no es posible a la Sala adelantar el estudio de un cargo orientado dentro de la causal primera de casación, porque no es posible adelantar la confrontación entre la ley y la sentencia, en lo que consiste precisamente el recurso por esta causal. (Casación Laboral. Noviembre 26 de 1956. Nos. 2174 y 2175). .. . 1.113, 2ª

— 79 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

Los motivos de impugnación consagrados en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no son idénticos. La errónea interpretación de la ley no es lo mismo que la indebida aplicación de la misma. Si bien es verdad que los dos conceptos hacen referencia a la ley, los motivos provenientes del error en la interpretación difieren de los de la indebida aplicación; el primero, es la resultante de un concepto falso o equivocado sobre el espíritu, alcance y consecuencias de la norma en relación con el hecho; el segundo, es la aplicación de la norma o precepto a un caso distinto al contemplado en ella; en otros términos, la errónea interpretación de la ley se subordina al criterio subjetivo del juzgador quien al darle una interpretación equivocada a la norma puede agravar o disminuír en el fallo las consecuencias de la pena, como sería el hecho de interpretar erróneamente los términos desfiguración facial transitoria y desfiguración facial reparable, conceptos que no

son idénticos sino de resultados disímiles; la aplicación indebida de la ley se relaciona con el contenido material del precepto al sancionar el hecho con una disposición distinta e inaplicable al caso concreto, como sería penar un homicidio simplemente intencional con la disposición correspondiente al homicidio agravado. Claro es que en algunos casos la errónea interpretación de la ley puede confundirse con la indebida aplicación de la misma, pero esta excepción no es la que domina el principio general de la causal primera de casación. Casación Penal. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174 y 2175) ..... 988, 2ª y 989, 1ª

— 80 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL

Uniformemente en repetidos fallos ha dicho la Corte, que la causal 2ª "procede cuando el sentenciador deja indebidamnete de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido a ella, o cuando en lo que sí se le confió excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar "extra-petita". Ahora, el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal sino también de la consecuencial, 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. Quiere esto 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 citado, sino otra muy distinta.

(Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173). .. .. 503, 2ª y 504, 1ª

— 81 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (En el juicio ordinario de cuentas)

El juicio ordinario de cuentas resulta de las objeciones que formule el que examina las cuentas presentadas, si el responsable no asiente en tales objeciones. De consiguiente, el pliego que contiene los motivos por los cuales se impugnan las cuentas, demarca los límites de interés jurídico que el objetante propone y deduce para la decisión del juzgador, y la respuesta que el responsable o cuentadante dé a esas objeciones, marca el interés deducido por éste.

Por tanto, el fallo que pone término al juicio ordinario de cuentas, por razón de la materia que en tal caso se contempla, ha de versar sobre las objeciones y las explicaciones que fueron objeto del debate en la instancia. Para que pueda predicarse inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es preciso que el juzgador se salga de la continencia así fijada, o en otros términos, que deje sin decidir todas o alguna de las objeciones propuestas. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 801, 1ª

— 82 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede contra fallo totalmente absolutorio)

Ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia que cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de la demanda; que las pretensiones del demandante que debe tener en cuenta el fallador son las deducidas por éste en su libelo de demanda; y que en el segundo motivo de casación no cabe la inconformidad de las

partes con las tesis y conclusiones de la sentencia absolutoria por más disparatadas que aparezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí tenía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruente con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido. (Sentencias de julio 7 y abril 21 de 1953 y noviembre 21 de 1951). (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . 914, 2ª y 915, 1ª

— 83 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

Siempre que en casación aparezca alegada la causal segunda y que ella proceda, se impone verificar lo actuado en el proceso y agotar el estudio de las pruebas porque toca con la apreciación de los hechos, bien porque se les haya negado su adecuado valor probatorio o porque hayan sido mal interpretados. (Casación Penal. Julio 23 de 1956. Nº 2170). 315, 1ª

— 84 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No puede alegarse en los juicios en que intervenga el Jurado)

Es evidente que el veredicto es consecuencia de la íntima convicción del Juri sobre los hechos —cuerpo del delito— y de la responsabilidad síntesis del propósito, intención o voluntad de cometer un hecho antijurídico, y cierto es, también, que el proceso no termina sino "cuando los jueces del pueblo absuelven o condenan; él llega a su final cuando el Juez de derecho dicta la sentencia respectiva". Pero la sentencia —en los juicios por Jurado— no es un acto independiente y soberano del Juez de derecho; es el desarrollo del veredicto; es la interpretación que el falladór hace de la respuesta para acomodarla a los preceptos legales, y en esta única oportunidad es cuando el Juez de derecho —Juzgado o Tribunal— pueden declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales; pero en casación —juicios por Jurado— no puede alegarse la causal segunda, toda vez que su aceptación conduciría al examen del hecho y pruebas del proceso y como consecuencia de ello a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y éste no es el espíritu de la ley, ni la Corte puede hacerlo por no ser Tribunal de Instancia. (Casación Penal. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 990, 1ª

— 85 —

CAUSAL 2ª DE CASACION LABORAL (No se configura por la condenación en costas).

Cuando el Código Procesal del Trabajo prohibe hacer más gravosa la situación de la parte apelante o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta, erigiendo la transgresión de esta norma en causal de casación, atiende a lo principal del pleito, al asunto litigioso, a las acciones instauradas, y no al gravamen consistente en las costas de la segunda instancia, materia ésta particularmente regulada por principios distintos de los que deben definir el fondo de la controversia y de los que configuran el ámbito de la **reformatio in pejus.** No puede entonces aprovecharse la condenación en costas por pérdida del recurso de apelación, para convertirla en materia propia de una causal que responde a otras nociones procesales. (Casación Laboral. Noviembre 26 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 1.114, 2ª

— 86 —

CAUSAL 3ª DE CASACION CIVIL (Para invocarla se requiere pedir oportunamente aclaración del fallo)

"Para invocar útilmente la causal 3ª se requiere, como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del Código Judicial, que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno la aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". (Casaciones: septiembre 30 de 1946, LXI, 107; agosto 28 de 1948, LXIV, 726). Ahora bien, la parte recurrente nunca pidió en oportunidad aclaración ninguna. (Casación Civil. Junio 21 de 1956. Nº 2169) 57, 2ª

— 87 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL

La causal 3ª de casación (artículo 567 C. de P. P.) es procedente tanto en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, pero ella sólo tiene eficacia jurídica para invalidar el fallo, cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder: es decir, con la parte resolutiva del llamamiento a juicio que es la que circuscribe el delito con la denominación jurídica que le da el C. P. en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando no se divide en capítulos. Pero la causal 3ª (artículo 567) no tiene eficacia jurídica para invalidar la sentencia cuando el motivo de impugnación no ataca directamente lo esencial de la providencia —parte resolutiva— que es la que contiene el cargo, sino las consideraciones de la parte motiva que plantea el hecho y considera las diversas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que tipifica el ilícito en una especie determinada dentro del respectivo género.

La interpretación anterior es tan lógica y evidente que de no ser así, ninguna importancia práctica tendría la causal y su término probatorio en el juicio, precisamente, se consagra el derecho perfecto de las partes para aducir pruebas tendientes a desvirtuar los cargos formulados en el auto de proceder, y como resultado de ese debate contradictorio, la sentencia se dicta de conformidad con los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio. Si ellos —los cargos— se desvirtúan, la sentencia será absolutoria; si se demuestra que los hechos se cometieron en forma distinta a la contenida en el auto de proceder —parte motiva— el fallo será condenatorio atenuado por las circunstancias modificadoras de la responsabilidad. probadas en el juicio. Toda interpretación contraria a estas normas es antitécnica e injurídica por no consultar el espíritu de la ley y la equidad dentro de la justicia.

Si en el auto de proceder la imputación se hizo por un delito de homicidio, si en el veredicto se afirma la responsabilidad por ese hecho —cargo deducido—, si la sentencia se dicta de conformidad con la respuesta del Jurado, es natural que el fallo guarda perfecta armonía, no sólo con los cargos deducidos en el auto de proceder, sino, también, con el veredicto. Si en esta clase de juicios quien decide sobre los hechos y la responsabilidad es el Jurado y no el Juez de derecho, si aquél encuentra que las pruebas no dan base para afirmar en contra de los procesados una responsabilidad principal sino una accesoria, o una participación en complicidad correlativa, puede hacerlo y así debe declararlo en su veredicto, por mandato expreso del Legislador. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1956. Nos. 2174 y 2175).... 1072, 2ª y 1073, 1ª y 2ª

— 88 —

CAUSAL 5ª DE CASACION PENAL

Un fallo es casable con motivo de la causal quinta, no cuando es deficiente la exposi-

ción sino cuando carece en realidad de aquellos presupuestos que le son propios y que facilitan la defensa del procesado. Para que éste sepa de qué se le acusa, la ley ha dictado normas a que deben atemperarse los jueces en la redacción de las sentencias. Y en este caso, el hecho de haber tratado el demandante de rebatir los fundamentos del pronunciado por el Tribunal, al sustentar otra causal, está indicando que sí existieron aquellos presupuestos, porque de otra manera no se hubiera podido hacer el cargo relativo a las pruebas. Si en sentir del autor de la demanda a los hechos se les dio un valor probatorio que no tienen o se les negó el que en verdad tienen, éllo quiere decir que sí aparecen expuestos en el fallo cuáles fueron los que se consideraron probados. (Casación Penal. Julio 26 de 1956. Nº 2170) . . . 317, 2ª

— 89 —

CAUSAL 7ª DE CASACION PENAL (La contraevidencia del veredicto no puede ser declarada por la Corte)

El veredicto es la fuente inmediata de la sentencia; y cuando los jurados desconocen palmariamente la verdad de los hechos probados, el único camino que le queda al Juez de derecho es el de declarar contraevidente la respuesta del Juri para que otro tribunal popular decida definitivamente sobre los cargos que pesan contra el acusado. Tal contraevidencia sólo pueden decretarla los juzgadores de instancia, y no la Corte, en el recurso extraordinario de casación (artículos 537 y 554 C. de P. P.).

La Corte únicamente tiene competencia para invalidar un veredicto, en el caso de que sus términos contengan una evidente contradicción (num. 7º, art. 567 ibidem). Así lo dejaron establecido los miembros de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal.

Si, pues, la Corte está jurídicamente imposibilitada para infirmar un veredicto que desconozca la evidencia de los hechos, A Fortiori, ha de estarlo también para dictar un fallo absolutorio, llevándose de calle la contestación afirmativa del Jurado sobre la responsabilidad del reo, como lo pretende el actor. Ello implicaría poner la sentencia recurrida en desacuerdo con la voluntad de los jueces de conciencia, anomalía que es, precisamente, una de las causales de casación (la tercera). (Casación Penal. Julio 9 de 1956. Nº 2170) 294, 1ª

— 90 —

CAUSAL 5ª DE REVISION PENAL

Quien invoque la causal 5ª de revisión (artículo 571 C. de P. P.), está obligado a manifestar el hecho nuevo, demostrándolo, o a presentar la prueba no conocida durante el juzgamiento.

Además, es bueno advertir que argumento o raciocinio nuevo no es lo mismo que "hecho nuevo" y que en calidad de "prueba no conocida al tiempo de los debates" no puede citarse la misma que se tuvo en cuenta en el juicio, por mal apreciada que haya sido, sino una enteramente original, para que así corresponda la condición impuesta por la ley, es decir, que no haya sido conocida, y por lo tanto, examinada. (Casación Penal. Julio 10 de 1956. Nº 2170) 299, 1ª y 2ª

— 91 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD (Sobre ellos no se interroga al Jurado)

En la parte motiva del auto de proceder se consignan los elementos constitutivos del delito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial. Las circuns-

tancias accesorias de la infracción imputada se aprecian y determinan únicamente en la sentencia, y sobre ellas no se interroga al Jurado (art. 499 C. de P. P.).

De manera que si, en el caso sub judice, los índices de peligrosidad que se tuvieron en cuenta para aumentar el mínimo de la pena no pertenecían al género ni a la especie de los homicidios porque fue condenado el reo, el Tribunal tenía plena libertad para computar aquéllos en la sentencia, aunque el pliego de cargos nada hubiera insinuado sobre el particular. (Casación Penal. Julio 9 de 1956.) 294, 2ª

— 92 —

CLAUSULA CONTRACTUAL (Soberanía del sentenciador en su interpretación)

La Corte tiene establecida la doctrina de que cuando la cláusula de un contrato se puede interpretar razonablemente de modo o sentido diferente, la apreciación que hagan los Tribunales respecto a una cualquiera de las dos modalidades no es susceptible de acusarse por vía de casación. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 822, 1ª

— 93 —

COHECHO

Si un Juez recibe dinero por un acto que debía ejecutar en el desempeño de su investidura, cual era el de conceder permiso a los detenidos para salir de la cárcel (art. 160 Decreto-Ley 1405 de 1934), tal comportamiento encaja dentro de la figura del cohecho que prevé el art. 160 del C. P. (Casación Penal. Julio 24 de 1956. Nº 2170) . 325, 2ª

— 94 —

COMPETENCIA (De la Sala de Negocios Generales para conocer de controversias emanadas de un contrato)

Las controversias a que se refiere el art. 40 del C. J., son aquellas —exclusivamente— que provienen o emanan de un contrato celebrado con la Nación, definición ésta que conlleva el supuesto de existir ese contrato con todas las solemnidades que le sean propias. De consiguiente, si como aquí ocurre, falta la prueba de la celebración del contrato, y en tal defecto se recurre a la declaración sobre preconstitución de esa misma prueba, es claro que no se trata ya de una acción proveniente u originada en un contrato, sino de otra muy diferente que debe ser materia de un juicio sujeto a dos instancias. (Negocios Generales. Junio 15 de 1956. Nº 2169) 181, 1ª

— 95 —

COMPETENCIA (Fuero de entidades no departamentales)

La competencia que mediante la norma del artículo 76 del C. J. se da a los Tribunales Superiores tiene como fundamento la calidad de una de las partes. Siendo así que la Universidad de Antioquia es un ente de derecho distinto al Departamento del mismo nombre, ella no tiene entonces el fuero que consagra la citada disposición, sino que está sometida a las normas comunes. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Nº 2170). 407, 2ª

— 96 —

COMPETENCIA (Para conocer de las causas contra funcionarios de la justicia laboral).

Como ni la Constitución Nacional (art.

163), ni la ley 6ª de 1945, orgánica de la jurisdicción especial del trabajo, han previsto qué autoridad debería conocer de las infracciones cometidas por un Magistrado de dicha jurisdicción: y como el Código de Procedimiento Penal es anterior a dicho estatuto, para llenar este vacío, es necesario acudir a lo dispuesto en el ord. 1º del art. 47 del C. de P. P., del cual se desprende que es al juez del circuito a quien corresponde el conocimiento de las infracciones en que incurrieren estos funcionarios. (Ver autos de noviembre 3 de 1947, LXIV, 153 y junio 18 de 1954, LXXVII, 913). (Casación Penal. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175).

966, 1ª y 2ª

— 97 —

COMPETENCIA (Para conocer de las causas contra Jueces Municipales)

De acuerdo con el artículo 44 del C. de P. P., el conocimiento de la primera instancia en las causas de responsabilidad que se sigan contra los Jueces Municipales no incumbe a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Casación Penal. Noviembre 6 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 955, 1ª

— 98 —

COMPETENCIA (Para conocer de controversias originadas en contrato que celebre la Nación)

De acuerdo con los artículos 40 del C. J. y 2º de la ley 67 de 1943, para que la Sala de Negocios Generales de la Corte pueda conocer en una sola instancia de un litigio proveniente de un contrato, se requiere que la Nación haya celebrado el contrato, esto es que haya sido sujeto original de la relación jurídica contractual que constituye el acuerdo de voluntades pactado entre las partes. Y cuando en el contrato de Estado Colombiano no es parte por celebración sino por derivación dado el interés que pueda derivarse de la negociación, entonces las controversias que se susciten contra él, por ejemplo, no caen bajo el radio de acción atribuído por el art. 40 a la Corte Suprema sino al fuero general del art. 76 de la misma obra. (Negocios Generales. Julio 16 de 1956. Nº 2170)

385, 1ª

— 99 —

COMPETENCIA (Para conocer de las controversias sobre bienes temporales de la Iglesia)

La Iglesia, con criterio de alta comprensión, para evitar dificultades, conflictos y desigualdades en el tratamiento procedimental, acepta que las controversias sobre bienes corporales, se sometan a la legislación territorial del Estado donde actúa, **lex fori** (artículo 1º del Convenio Adicional del Concordato), al procedimiento civil nacional, a los funcionarios que administran justicia en lo civil y administrativo, inclusive en veces en lo penal como lo determinan los artículos 2º y ss. del citado convenio. Así las cosas, es evidente que la controversia se plantea ante el juez civil por las partes, y se cumplen ante dicho funcionario todos los requisitos del procedimiento, inclusive las pruebas, presupuestos procesales, etc., pues un negocio judicial, dentro de la igualdad rigurosa que rige para los litigantes, no podría someterse a dos procedimientos diferentes, a normas procesales distintas, cuando se busca la misma finalidad y éstas son de orden público, para todos los sujetos del proceso, salvo excepciones expresas que tienen lugar sólo en lo penal, para el tratamiento personal de los eclesiásticos y la competencia.

Si el procedimiento no fuera el mismo, si las normas probatorias fueran de una legislación para una parte y de distinta para la otra, el principio procesal de la igualdad de

las partes se rompería y surgiría doble procedimiento, quizá distinta competencia judicial, conflicto que no existe por virtud de nuestras normas concordatarias atrás expresadas y que sin ellas existiría ya que el sistema de pruebas en lo civil es diferente a lo canónico. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 946, 1ª y 946, 2ª

— 100 —

COMPETENCIA (Para conocer del delito de asociación para delinquir)

Según las normas generales del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) de los procesos por el delito de asociación para delinquir conocían los Jueces Penales de Circuito, conocimiento que fue atribuido a la Justicia Penal Militar por razón del artículo 4º del Decreto 1591 de 1950, disposición que expresamente fue ratificada por el numeral c) del artículo 153 del Decreto 2900 de 1953. En virtud de estas dos últimas disposiciones, la Justicia Penal Militar conoce de los procesos que se adelantan por el delito de asociación para delinquir y los conexos con éste. Por consiguiente, para que un proceso de esta naturaleza se sustraiga de la competencia de la Justicia Ordinaria, es indispensable que se halle estructurado el ilícito de asociación para delinquir, único que autoriza el conocimiento de los delitos conexos por parte de la Justicia Penal Militar. Desaparecido de un proceso por varios delitos comunes conexos entre sí, el de asociación para delinquir, falla el presupuesto necesario para fijar la competencia en la Justicia Castrense, pues de la conexidad con la asociación para delinquir depende el conocimiento de esa Justicia especializada. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174 y 2175).....1054, 1ª

— 101 —

COMPETENCIA (Para conocer del delito de fuga de presos)

Competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en un determinado negocio, en forma específica, administración de justicia que en forma genérica corresponde a la República como una forma de la soberanía nacional, y que es lo que se conoce con el nombre de **jurisdicción.** La competencia se fija, según los casos, por razón de la naturaleza del hecho, o por razón del territorio donde fue cometido; y en algunos casos en razón del fuero de que goza el sindicado. Según la gravedad, la naturaleza del hecho y en ciertos casos la cuantía de los intereses afectados, la ley dice a qué funcionario le corresponde la facultad de decidir en derecho (Capítulo II, Título II, Libro I, del C. de P. P.), y por razón del territorio en donde se hayan verificado los hechos constitutivos de la infracción, la misma ley de procedimiento dice **qué funcionarios** son competentes para conocer (Cap. III, ibidem).

Cuando se trata de hechos aislados o unitarios en su ejecución, sin conexidad con otros o sin que tengan el carácter de crónicos o continuados, el principio general es, para fijar la competencia territorial, el de que es competente por razón del lugar en donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción. Por este concepto, y atendida la forma como se realiza la fuga de presos y los elementos que integran este ilícito (huír, escaparse un preso que está legalmente detenido), estima la Corte que es competente para conocer del respectivo proceso, el Juez del lugar donde el detenido o condenado obtuvo su liberación, o sea, del lugar donde se sustrajo a la función represiva y de vigilancia ejercitada por las autoridades, bien sea que esa liberación se realice del propio establecimiento carcelario o de algún lugar en camino. Por

medio de la detención se priva al acusado del bien jurídico de la libertad, y esa privación se refiere a todo el territorio de la República, y es así, cómo por razones de salud o de otro orden puede disponerse que un preso se mantenga en detención en lugar distinto de aquel en donde se recibió por motivo de la infracción, o sea también, del lugar donde se dictó el auto privativo de la libertad. La evasión se realiza sustrayéndose el preso de la acción restrictiva de su libertad y burlando la vigilancia de las autoridades encargadas de su custodia o conducción, y es natural que esa evasión tiene un momento de culminación, y ese momento señala y fija el lugar de su ejecución. Vale decir, en la fuga de presos es competente para conocer, el Juez del territorio o del lugar donde el preso se escapa o evade de la acción vigilante de las autoridades y restrictiva de su libertad personal. Naturalmente, para que pueda configurarse este delito, es necesario que el evadido o fugado se encuentre legalmente detenido, o sea, que su detención obedezca a un mandato jurisdiccional dictado por funcionario competente y por razón de un hecho que tenga en la ley penal una sanción privativa de la libertad; en otras palabras: que se haya dictado auto de detención por razón de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, y que dicha detención se esté cumpliendo por razón de la boleta librada por dicho funcionario. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1956. Nos. 2174 y 2175) ..... 1025, 1ª y 2ª

— 102 —

COMPETENCIA (Para conocer de habilitación de edad)

El juicio de habilitación de edad es, por su naturaleza, de jurisdicción voluntaria y en él no juega la calidad de las partes. De los asuntos de jurisdicción voluntaria, excepto el juicio de sucesión de menor cuantía, corresponde conocer al Juez del Circuito en primera instancia, según dispone el artículo 109 del C. J. Por razón del lugar donde deben ventilarse los asuntos de jurisdicción voluntaria, corresponde conocer al Juez del domicilio del interesado (artículo 152, regla 1ª del C. J.), pero esa jurisdicción es prorrogable y se entiende prorrogada por parte del demandante por el hecho de ejercitar la acción, conforme a la disposición del artículo 153 del C. J. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 917, 2ª y 918, 1ª

— 103 —

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Cuando varias personas participan en la ejecución de un delito de homicidio o lesiones y no se determina el autor, la Ley establece que todos los cooperadores deben responder penalmente del hecho con el fin de evitar la impunidad. El fenómeno jurídico de la complicidad correlativa, sirve para llenar un vacío de prueba en relación con el autor o autores del delito; pero esta modalidad —complicidad correlativa— no modifica el delito específico de homicidio o lesiones para tipificarlo como entidad delictual distinta. No. El artículo 385 del C. P. establece la responsabilidad para los cooperadores y atenúa la sanción en aquellos casos en que es imposible determinar al autor del ilícito. La complicidad correlativa no tiene el carácter de participación principal ni de secundaria; es un tipo intermedio equidistante entre las dos, cuya característica especial o dominante es la dificultad, la duda o perplejidad en la determinación del autor o autores. Cuando aquél o éstos se determinan, desaparece el fenómeno de la complicidad correlativa para dar paso a otra modalidad jurídica de coparticipación. (Casación Penal. Julio 5 de 1956. N: 2170). 287, 2ª

— 104 —

COMPRAVENTA (La afirmación de que se ha pagado el precio, contenida en la escritura).

De acuerdo con el principio de que a los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas, el artículo 1934 del C. C. dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aun entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruír el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos".

Estas pruebas serían una confesión judicial, o el principio de prueba por escrito, complementado por otros medios de prueba. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174 y 2175). . . . . 823, 1ª y 824, 2ª

— 105 —

CONCUSION

En lo que atañe a los contratos sobre servicios profesionales celebrados por un Juez con los detenidos que se hallan por cuenta de su Juzgado, la Corte está de acuerdo en que ello debe enfocarse por el aspecto de la concusión. Realmente, ese vínculo oficial que ligaba a los presos con su juzgador, los colocó en una situación desventajosa y coactiva que los obligaba a aceptar la ilegítima propuesta del funcionario, porque, de no hacerlo, su causa podría correr algún peligro. Es natural entonces que los sindicados experimentaran temor al no acceder a los deseos de quien tenía en sus manos la libertad de aquéllos, y por eso no les quedó más camino que entregar el dinero exigido. Es natural que el Juez no hubiera obtenido tales resultados, si los pactos los celebra como simple particular. (Casación Penal. Julio 24 de 1956. Nº 2170). . . . . 325, 2ª y 326, 1ª

— 106 —

CONCUSION Y COHECHO

Sobre los delitos de concusión y cohecho la Corte reitera la doctrina expuesta, entre otros, en fallos de septiembre 15 de 1955 y abril 26 de 1956, publicados en los Tomos LXXXI, pág. 274 y LXXXII, pág. 376 de la Gaceta Judicial. (Casación Penal. Febrero 24 de 1956. Nº 2170) . . . . . 326, 1ª y 2ª

— 107 —

CONDICION RESOLUTORIA (Cuando no se ha estipulado plazo para su ejercicio)

Cuando la condición resolutoria se estipula sin un término expreso durante el cual pueda ejercitarse, se ha de entender que éste no puede excederse del tiempo señalado para la prescripción extraordinaria. (Negocios Generales. Junio 15 de 1956. Nº 2169) 177, 2ª

— 108 —

CONFESION (Contenida en la demanda y en su contestación)

Dice el recurrente que las afirmaciones contenidas en la demanda se destruyen y neutralizan, pero esto no es cierto, porque las confesiones que se hagan en la demanda y en su respuesta quedan en firme y producen sus efectos.

Los hechos que expone el demandante en

su libelo son la base de las acciones que ejercita y el fundamento de sus pretensiones. La demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse por el actor, por una sola vez, en el tiempo que la ley señala, después de lo cual no le es dado al demandante modificar su libelo y deberá sufrir las consecuencias de sus afirmaciones u omisiones, que siempre incidirán en el resultado final del litigio. Es pieza que debe elaborarse con sumo cuidado y meditarse con ponderación, pues la demanda es una prueba en sentido lato. La afirmación en la demanda de un hecho que perjudique al libelista sólo puede destruírse mediante la prueba de haber sufrido error de hecho, sin que le reste valor la circunstancia de haber sido hecha por el apoderado judicial, porque la ley presume que tiene autorización de su poderdante para hacer confesión en el escrito de demanda. (Artículo 607 del C. J.). Lo mismo puede predicarse de la contestación de la demanda. (Casación Civil. Noviembre 29 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 878, 2ª

— 109 —

CONFESION (Su inadmisibilidad como prueba de que un bien no es de la sociedad conyugal)

La razón fundamental para que el legislador rechace la prueba de confesión, la declaración o la constancia de uno de los cónyuges, o de ambos, **a fortiori** de los herederos, sobre que determinada cosa es suya y no de la sociedad conyugal, inadmisibilidad a que se refiere el inciso 2º del artículo 1795 del C. C., estriba en la defensa de los intereses de terceros, que pueden ser acreedores de la sociedad conyugal, y con exclusiones de los bienes en esta forma, se perjudicarían irreparablemente, ya que al contraerse las obligaciones sociales, se conoce como patrimonio que los respalda, el que legalmente pertenece a la sociedad. (Casación civil. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 491, 1ª

— 110 —

CONFESION Y TESTIMONIO (Confesión acreditada por testigos)

En derecho probatorio no se puede confundir la prueba de testigos con la de confesión aunque ambas tengan un mismo origen, el dicho del hombre; la de testigos proviene de terceros ajenos al litigio, y la de confesión emana siempre de alguna de las partes contra su propio interés, características distintivas que no se pierden ni desaparecen cuando los testigos son el vehículo sobre el cual se llega a la prueba de la confesión en el juicio. En este último extremo se contempla una modalidad específica de este medio de prueba tutelada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del C. J., en su alcance probatorio por el artículo 608 ib. Normas bastantes para diferenciar la crítica relativa a dicha prueba de la autorizada por la ley para la testimonial, ya que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez. (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....498, 2ª

— 111 —

CONSONANCIA (Entre las pretenciones de los litigantes y la sentencia)

El concepto de la consonancia no exige que los pronunciamientos de la sentencia se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de los litigantes, basta con que ellas sean resueltas sustancialmente. Los sentenciadores están facultados por la ley para agregar a las decisiones esenciales, cualquier extremo accesorio, que lejos de alte-

rar o desvirtuar los pronunciamientos principales, por el contrario, sea simplemente natural y lógica secuela de éstos, y que conduzca a facilitar su efectividad en el trámite de la ejecución. (Casación Civil. Octubre 2 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 444, 2ª

— 112 —

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DICTADOS EN ESTADO DE SITIO

La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del orden público, sin que se produzca por ello una colisión de competencias sobre la materia objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente, la consideración de estas hipótesis: 1ª En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público; 2ª Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público. y 3ª Hay casos dudosos, en los cuales no es manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexequibilidad debe ser proferida. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo, con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibilidad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se, vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquél con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto del Ejecutivo. En otros términos: si la norma del Decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto: si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, la contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169)

35, 1ª y 2ª

— 113 —

CONSULTA

La consulta no es propiamente un recurso, porque éste es un derecho concedido por la ley a las partes; aquélla es un grado de

jurisdicción especial de oficioso y obligatorio cumplimiento. El recurso, reposición, apelación o casación, depende de las partes que intervienen en el proceso penal; es el ejercicio de una acción en cumplimiento de un derecho emanado de la ley; la consulta no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes; es un imperativo de la ley con carácter obligatorio que ordena al Juez —sin petición alguna— que la sentencia debe consultarse cuando ella no ha sido apelada.

Es natural que la finalidad de los recursos —derechos de las partes— como la consulta —acto jurisdiccional— tienen un mismo resultado: revisión de la providencia por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada. Pero esto no quiere decir que toda sentencia sea consultable: este grado de jurisdicción sólo es aplicable para las infracciones que tienen una pena privativa de la libertad que "exceda de un año" y que el fallo —condenatorio o absolutorio—con el cual finaliza la causa, no haya sido apelado. La ausencia de uno de estos requisitos hace improcedente la **"consulta"**. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174 y 2175).

1046, 1ª y 2ª

— 114 —

CONSULTA (En juicios por trabajos públicos).

El artículo 134 del C. C. A. dispone que si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, siendo procedente el recurso, "deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa. La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior".

Este artículo es de aplicación, por la Sala, porque el Decreto 0293 de 1956 dice, en su artículo 4º, que cuando en los artículos 261 a 269 del C. C. A. se habla del Consejo de Estado, debe entenderse que se trata de la Sala de Negocios Generales; y el parágrafo del mismo precepto estatuye que en los juicios a que el Decreto se refiere, la justicia ordinaria aplicará en lo pertinente "las normas del procedimiento señaladas por los artículos 126 y siguientes de la ley 167 de 1941".

Esta la razón por la cual puede la Sala revisar todo el fallo de primera instancia, no obstante haberlo aceptado el representante legal de la entidad de derecho público demandada toda vez que no interpuso contra él recurso alguno, y el único apelante es el apoderado del actor. (Negocios Generales. Octubre 15 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

625, 1ª

— 115 —

CONTRATO (Formación y determinación de la voluntad de los contratantes)

El individuo es libre de manifestar las determinaciones relativas al modo legal de contratar, en la forma que lo estime conveniente, si, por lo demás, no quebranta con su acto la moral, la ley o el orden público. Entonces, para entender si una persona quiso obligarse y si efectivamente lo hizo, no hay que considerar tan sólo la manera más o menos regular o reglamentaria como el sujeto expresó su determinación sino que habrá de atenderse a su intención, toda vez que es la propia voluntad la que en general crea la ley de los contratos.

De consiguiente, cuando dos voluntades concurren a la formación de un determinado

acto, constituirán una relación jurídica que tendrá fuerza de ley que sólo viene a distinguirse del estatuto general por diferencias de grado, por su especial obligatoriedad como que voluntades lícitamente unidas en lo que hace producir efecto legal al acto contractual. (Artículo 1602 del C. C.) (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 901, 1ª

— 116 —

CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA (Situación jurídica de los empleados del contratista).

La doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo tiene definido que el contrato de administración delegada es uno de los procedimientos de ejecución de las obras públicas, en el que la Administración no actúa directamente sino por medio de un tercero a quien se le entrega la dirección técnica y administrativa de la obra, pero siendo ésta adelantada por cuenta y riesgo del Gobierno. El contratista por administración delegada es un simple intermediario de la Administración y su presencia no desdibuja el carácter público de la obra, que sigue siendo una manifestación de la actividad estatal, con las consecuencias jurídicas propias de tal situación.

Consecuente con este principio doctrinario, la legislación laboral colombiana, desde el año de 1935, calificó como del servicio oficial, a los empleados de los contratistas de obras que se ejecutaran por cuenta de las entidades públicas, cuando tales contratistas no fueran más que agentes de las obras, y los sueldos fueran pagados con fondos oficiales (artículo 4º del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la ley 10 del mismo año). Tiempo después este criterio legislativo fue ratificado, ya más concretamente por el artículo único del Decreto 3153 de 1953.

Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su artículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos de la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: uno, sometido en la general a las normas propias y especiales del derecho público, y otro, por vía de excepción, quedó gobernado, también en lo general, por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo.

Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo citado, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo de Trabajo, oficiales y particulares" (artículo 3º), excluyó expresamente de su régimen "las relaciones de Derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los es-

tatutos especiales que posteriormente se dicten". (artículo 4º ib.) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y "al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (artículo 491 ib.). (Casación Laboral. Diciembre 19 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . . . . 1154, 1ª y 2ª

— 117 —

CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO FIJO (Debe pactarse por escrito)

No cabe argumentar que el primitivo artículo 38 del C. S. del T. (sustituído hoy por el artículo 1º del Decreto-Ley 617 de 1954) permitía pactar también verbalmente el término fijo del contrato, porque la contradicción que pudiera hallarse entre esta norma y el artículo 46 ibidem (hoy artículo 2º del Decreto citado), que exige que "el contrato celebrado por tiempo determinado debe constar siempre por escrito", tiene que resolverse, necesariamente, de acuerdo con los principios de hermenéutica contemplados en el artículo 5º de la ley 57 de 1887, en favor de la aplicación del artículo 46, por ser un precepto de carácter especial que, además, está consignado en artículo posterior. Por otra parte, el término absoluto "siempre" que emplea el artículo 46 obliga a interpretar el artículo 38 en el sentido de que cuando en un contrato verbal vaya a pactarse plazo fijo, no basta el simple asentimiento de las partes, sino que tal estipulación, para su validez, debe quedar registrada por escrito. (Casación Laboral. Diciembre 18 de 1956 Nos. 2174 y 2175). . . 1.133, 2ª y 1.134, 1ª

— 118 —

CONTROL JURISDICCIONAL (De la Corte sobre los Decretos dictados durante estado de sitio).

Después de la expedición del Acto Legislativo número 1º de 1945, cuyo artículo 53 es el 214 de la codificación constitucional vigente, es indudable que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde en ejercicio de su jurisdicción constitucional, como guardiana de la integridad de la Carta, decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias de que queda investido por la declaración del estado de sitio en la República a causa de guerra exterior o de conmoción interna. La norma citada sometió expresamente a la jurisdicción constitucional de la Corte los decretos dictados en ejercicio de las atribuciones de que trata el artículo 121 de la Constitucional Nacional, cuando fueren acusados ante ella por cualquier ciudadano como violatorios del estatuto fundamental.

En los antecedentes de la reforma constitucional de 1945 aparece muy claro el propósito del Constituyente en el sentido de estatuír como nueva garantía en defensa de los derechos individuales y sociales y de la organización del Estado, la acción pública de inexequibilidad contra los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo en estado de sitio, complementándose así la responsabilidad política del Gobierno por el indebido ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Carta, con el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de tales de-

cretos, que por declaración expresa del artículo 214 son acusables por demanda de cualquier ciudadano. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169). ... ... 29, 1ª y 2ª

— 119 —

COPARTICIPACION CRIMINAL

El artículo 19 de la Ley Sustantiva determina la coparticipación criminal de varias personas en la ejecución de un delito, bien sea porque tomen parte en la realización del hecho, ora porque presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el ilícito, o ya también porque determinen a otra persona a cometerlo. Dentro de estos términos claros y precisos, el legislador concreta las diversas formas de coparticipación principal, material o moral de los cooperadores en la ejecución del delito, y excluye en consecuencia, la cooperación secundaria o accesoria para establecerla posteriormente en el artículo 20 del Código de las Penas.

Son autores intelectuales los que conciben crean o preparan la resolución criminal; y aquellos que la llevan a la práctica o la ejecutan, se denominan autores materiales; tanto éstos como aquéllos son penalmente responsables y la pena aplicable en ambos casos, es la que corresponde al delito aumentada o disminuída de acuerdo con la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y circunstancias de mayor o menor peligrosidad de cada uno de los cooperadores.

La coparticipación necesaria presupone:

a) La existencia de un delito y el concurso de dos o más personas para realizarlo; b) La intención, o sea la acción dolosa o psíquica, es decir, el conocimiento, propósito y voluntad de los cooperadores para cometer un hecho determinado; y c) La acción física en el sentido de que todos los cooperadores aporten una contribución para la existencia del hecho. Si las acciones no tienden al mismo delito, se rompe la unidad de concurso o coparticipación criminal, pues es la convergencia de las fuerzas objetivas y subjetivas las que dan vida a la coparticipación criminal.

En otros términos: "El fenómeno del concurso de delincuentes implica que dos o más personas quieren un delito determinado y hacen algo para realizarlo. Hay en ello una reunión de intenciones y de actividades individuales encaminadas a una meta común: el delito cometido. Conciencia criminosa común de un lado, y distintos pero convergentes actos físicos de participación del otro, son los presupuestos necesarios del concurso. Por esa razón, en tal fenómeno, todos los colaboradores responden de un común denominador, o de un solo hecho principal: la infracción ejecutada". (Casación Penal. Julio 5 de 1956. Nº 2170) ... ... 288, 1ª y 2ª

— 120 —

COPIAS

El deber de autorizar las copias expedidas en las oficinas judiciales le incumbe a los Secretarios en consonancia con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 121 del Código Judicial. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1956. Nos. 2174 y 2175) .1030, 2ª y 1031, 1ª

— 121 —

COPIAS (De escrituras públicas)

El artículo 1758 del C. C. estatuye que, es escritura pública el instrumento público otorgado ante Notario, cuyo original queda incorporado en el respectivo protocolo de la Notaría, según las voces del artículo 2570 ibidem. De aquí, que el legislador, siempre previsivo, regulara en los artículos 2599 y siguientes del mismo estatuto, la expedición

de copias de la escritura matriz, otorgándole esta facultad, exclusivamente, al Notario como que le imprime a su ejerciciao el carácter de función propia de éste, sin que autorice sustituírlo, ordinariamente, esto porque la misma ley lo ha instituído en depositario de la fe pública: "La recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancias públicas, conforme a la ley, están a cargo del Notario público" (artículo 2547 ib.). Lo anterior significa que, si la copia de una escritura pública es preparada o autorizada por funcionario o persona que carezca de la investidura oficial de Notario, mal puede considerársela como prueba regular y de mérito, ya que la atribución de expedir copias de ella es propia de los Notarios a quienes no es, legalmente, procedente desplazar en sus actos comunes por otros funcionarios.

Pues bien, dado el supuesto de que un Secretario expida copias de una escritura que obra en un determinado proceso, cuyo conocimiento está a cargo del Juzgado donde ejerce tal cargo, no obstante esa calidad, no podrá el juzgador tenerla en cuenta, por cuanto los términos de la ley son perentorios: la copia debe ser autorizada únicamente por el funcionario encargado del protocolo, o sea, el Notario. Se trata de una función exclusiva de él, de una formalidad trascendente que obliga a su acatamiento.

Las copias de las escrituras públicas, generalmente, deben expedirse tomadas de la matriz, que queda incorporada al protocolo, pues, sólo excepcionalmente, la ley permite valorar probatoriamente las copias de copias, porque éstas no están investidas de la necesaria y suficiente garantía para la mejor veracidad del contenido de los instrumentos públicos, que se las imprime la fe pública depositada por el legislador en los Notarios. De allí, que sólo cuando falte el protocolo o el registro —inc. 2º, artículo 630 C. J.— y esta circunstancia sea certificada por el Notario o el Registrador, según el caso, la ley le otorgue mérito a la copia de copia, teniendo en cuenta el principio de que la prueba sufre, desmejorada a medida que se aleja de su fuente. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) .... 922, 2ª y 923, 1ª

— 122 —

COSA JUZGADA (En materia de inexequibilidad).

Cuando la Corte se ha pronunciado sobre la exequibilidad de una determinada disposición legal y en posterior demanda no se alegan razones diferentes tendientes a demostrar la inexequibilidad de dicha disposición, se configura la excepción perentoria de cosa juzgada, sin que valgan las críticas que se le hacen a la anterior providencia de la Corte. (Negocios Constitucionales. Noviembre 22 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 722, 2ª y 723, 1ª y 2ª

— 123 —

COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

La decisión judicial produce efectos de cosa juzgada formal en cuanto faculta para la ejecución de lo resuelto, pero deja vivo el problema de fondo y por lo mismo no impide formular en otro proceso la misma pretensión o solicitar la anulación o revisión de lo decidido en el primero. Y la decisión produce efectos de cosa juzgada material cuando proyecta en el futuro sus consecuencias de estabilidad que no sólo permite actuar de conformidad con lo resuelto, sino que impide que se discuta posteriormente el derecho reconocido o negado por la decisión judicial y establece una valla para que en un nuevo juicio pueda fallarse el mismo asunto que quedó decidido en el pleito anterior y hace

nula toda decisión en contrario. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 916, 2ª

— 124 —

COSTAS (Condenación al opositor del recurso de casación cuando prospera el recurso)

Regulada la cuestión de la condena en costas el artículo 575 del C. J., que ordenaba decretarla en los casos siguientes: contra el litigante que sostenía temeraria o maliciosamente acciones, excepciones, oposiciones e incidentes; contra el que perdía ante el superior el recurso interpuesto; contra el que dejaba caducar la instancia y contra el que desistía.

Pero en el año de 1951 fue expedido el Decreto Extraordinario número 243, que reformó el artículo citado. En el num. 1º del artículo 2º dispone el Decreto que se condenará en costas "al litigante vencido", de lo cual se desprende que el opositor al recurso de casación, en caso de que prospere dicho recurso, es litigante vencido en la litis, por lo cual no puede oponerse a que se le condene en costas; ni puede clamar por los antecedentes jurisprudenciales, en presencia del decreto citado, ya que según su mandato debe condenarse en costas siempre que haya un litigante vencido. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 754, 1ª y 2ª

— 125 —

COSTAS (Debe ser condenado en ellas el que pierde la acción)

Dice el Tribunal: "Así como las entidades de derecho público no pueden ser condenadas en costas, tampoco sería equitativo el que obtuvieran un beneficio con la condenación de quienes enfrentados a ella con razones respetables han llevado en el juicio la carga de los gastos. Esta, que es de suyo una razón poderosa, se relieva más con la consideración de que cuando dichas entidades no han tenido que nombrar apoderados especiales, como en el presente caso, sino que han sido representadas por sus defensores natos, no se explicaría el que se obligara a pagar el trabajo de quienes tienen como deber esencial la defensa permanente de los intereses del Estado en razón de la retribución que de éste reciben".

La anterior consideración, si bien puede tenerse en cuenta al hacer la tasación de las costas, no releva al juzgador de hacer dicha condenación, en obedecimiènto al art. 2º del Decreto 243 de 1951, porque esta norma, a más de ser una disposición de carácter general que no distingue según la naturaleza de la persona demandada no se atiene, como sí antes se hacía a lo justificado o plausible de la acción, sino al simple hecho de perderla.

No está, pues, la Corte de acuerdo con esa apreciación del Tribunal, que si entiende sería razonable para fundamentar una reforma legal, no exonera a los jueces del deber de prestar acatamiento a un mandato claro de la ley. (Negocios Generales. Julio 17 de 1956 Nº 2170) 390, 2ª

— 126 —

COSTAS (Requerimiento)

Las mismas razones expuestas por la Corte en auto de junio 26 del presente año (LXXXIII, 82) respecto del requerimiento para la revalidación del papel común usado en la actuación, pueden predicarse respecto a la necesidad de un requerimiento para hacer efectiva la sanción a que se refiere el párrafo del artículo 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951, en cuanto dispone que no será oído en el juicio el litigante que no consigne su valor, máxime cuando el artículo 496 del C. J. manda que se haga requeri-

miento, a la parte condenada en costas para que las pague antes de concederle el recurso de apelación que haya interpuesto contra un nuevo proveído, so pena de negarle el recurso si no paga dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de requerimiento. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 892, 2ª

— 127 —

CUANTIA (De los perjuicios)

Cuando se pide condenación al pago de perjuicios, la cuantía de éstos puede ser variable o invariable. La primera asume ese carácter cuando el actor de la acción no la ha señalado en forma determinada, como ocurre cuando en su petición solicita que se le pague la prestación según lo que resulte de lo probado en juicio. Entonces la cuantía de la condena que será fijada por los medios de credibilidad aportados al debate judicial, viene a ser indeterminada. La segunda, o sea la invariable, es aquella que está señalada por el sujeto activo de la acción, por una cantidad determinada, cuya cifra representa el máximo de interés que al demandante le asiste en el litigio, cuya demostración le corresponde para que la justicia la reconozca y declare. Si esa cuantía la fija el demandante, es porque a eso concreta su interés y su aspiración máxima, y el Juez, entonces, encontrando establecida fehacientemente tal cuestión, procederá a decretarla. De manera que expresando el demandante su interés máximo en una suma determinada, no puede el Juez, sin incurrir en una **plus petita**, condenar a una suma de dinero superior a la señalada en el libelo, por más que el actor haya solicitado alternativamente con aquélla, que se condena a lo que aparezca acreditado en el juicio, porque esta petición está subordinada a aquélla en que implora el pago de una suma invariable y determinada que, se repite, es el máximo del interés que anima al actor en la controversia. Por eso, esta última invocación no opera ni juega papel por encima de aquélla, porque su interés de antemano está señalado o concretado. De ahí que el Quantum que se deduzca de las probanzas no puede exceder de la suma que el demandante ha fijado en el libelo como cifra determinada. (Ver G. J. Tomo LIV bis, página 40). (Negocios Generales. Octubre 15 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 627, 2ª y 628, 1ª

— 128 —

CUANTIA (Para el recurso de casación)

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ha estimado que cuando en la demanda se fija la cuantía en cantidad precisa, sin objeción de la contraparte y salvo el caso de la condena especial del artículo 50 del C. P. T., no es procedente discutir la estimación hecha para efectos de conceder el recurso de casación. En el caso que se estudia es obvio que el demandante no fijó la cuantía en cantidad precisa, limitándose a manifestar que la estimaba en cantidad inferior a $ 3.000.00.

Si en lenguaje forense se entiende por cuantía "el valor de la materia litigiosa" (Dicc. de la Academia Española, 16ª edición), esto es, el monto en dinero de lo que vale el pleito, antes que todo, es necesario atender a las peticiones de la demanda, puesto que ellas habrán de determinar el contenido de la sentencia, lo que vale decir, de la cosa juzgada, como lo expresa Chiovenda.

Este concepto es lógico y no pugna con la jurisprudencia ya aceptada ni con las reglas procesales en materia laboral. Tan cierto es ello, que el artículo 92 del C. P. T. considera que la estimación de la cuantía puede ser diversa de la fijada en el libelo de demanda. (Casación Laboral. Octubre 18 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173). 554, 1ª y 554, 2ª

— 129 —

CUENTAS (En este juicio pueden proponerse objeciones sobre la mala administración del mandatario)

Debe rectificarse el concepto del Tribunal de que la ocupación de un bien de la sucesión en provecho propio del albacea y el no hacerlo producir en beneficio del patrimonio que administra, da campo para otros recursos contra el albacea pero no para objetar las cuentas por esos motivos. Considera la Sala que quien examina la cuenta presentada por un administrador tiene facultad amplia para objetarla y exigir que se deduzcan a cargo del responsable ingresos dejados de percibir por mala administración o ejercicio incorrecto de sus funciones. Sólo que, para que las deducciones puedan hacerse, es necesario que quien hace las observaciones pruebe plenamente la mala administración o el ejercicio incorrecto de funciones y que a consecuencia de tales vicios el administrador dejó de percibir ingresos que debían beneficiar el patrimonio que administra.

Esta tesis, de que en el juicio sobre rendición de cuentas pueden ventilarse cuestiones sobre la mala administración o la extralimitación de funciones del mandatario, ha sido confirmada por la doctrina de la Corte (diciembre 10 de 1943, G. J. 2001 a 2005, 351) y la de los autores ("Procedimiento Civil Colombiano" por Luis Felipe Latorre, pág. 249). (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 801, 2ª

— 130 —

CUERPO DEL DELITO

Es evidente que en los juicios de derecho como en aquellos en que interviene el Jurado, los elementos objetivos y subjetivos del delito deben determinarse, pues la demostración de estos factores son la base de la comprobación del cuerpo del delito. El hecho material es el resultado concreto de la actividad humana que conduce a la violación de la ley penal como expresión o resultado de la intención o voluntad y fin de la infracción; la cuestión moral se concreta a la facultad psíquica de quien comete el delito, la cual hace referencia a la intención, propósito, voluntad y fin de cometer un ilícito determinado; la suma de estos factores —hecho y responsabilidad— constituyen el cuerpo del delito (artículo 272 del C. de P. P.).

La determinación del cuerpo del delito (elemento material) y de la intención (elemento moral) es materia del auto de proceder, pero a esta afirmación no se llega por simples hipótesis, sino mediante análisis de los hechos y de las pruebas que los demuestran; sólo cuando el funcionario se halla en posesión de esa certeza moral y material declara que el hecho es constitutivo de delito, por consiguiente, penalmente imputable. Pero la responsabilidad en los juicios de derecho la declara el Juez del conocimiento y en los juicios por Jurado cuando se reconoce la realización del hecho y la intención o propósito de cometerlo, la responsabilidad la declara el Juri en su veredicto. (Casación Penal. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174 y 2175). 989, 1ª

— D —

— 131 —

DECRETOS LEGISLATIVOS (Dictados en Estado de sitio)

La doctrina de la Corte ha expresado que los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante el estado de sitio, deben acomodarse a la necesidad de conservar o restablecer el orden público. Lo que significa que la función legislativa extraordinaria del Gobierno se halla limitada a dictar los ordenamientos transitorios que

tengan conexidad con la conservación o el restablecimiento de la normalidad. Ya se ha visto que por previsión expresa del artículo 121, tales decretos sólo pueden suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio. Reiterando su constante doctrina al respecto, dijo la Corte con el voto unánime de sus Magistrados: "Es noción irrevocablemente incorporada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deja de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo lo autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud proveía el Estatuto de 1886, para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento". (Sala Plena. julio 9 de 1948, T. LXV Nos. 2066 y 2067, pág. 12) (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169). 31, 2ª y 32, 1ª

— 132 —

DEMANDA (Interpretación de la)

Han sido doctrinas constantes de la Corte la de que, "cuando la demanda adolece de cierta vaguedad es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe o modifique los capítulos petitorios del libelo"; que "en la interpretación de una demanda existe el poder necesario, para ir tras lo racional y evitar lo absurdo"; que "una demanda es susceptible de interpretación siempre que no se varíen los factores esenciales del libelo, constituído por las súplicas y los hechos en que se apoya"; que, "es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro lado el más simple error de detalle en una demanda prevalecería sobre un derecho demostrado en juicio". (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173). 501, 2ª y 502, 1ª

— 133 —

DEMANDA (Réplica y dúplica)

Los sistemas procedimentales consagrados en las Leyes de Partida y que modificados aún perduran en el derecho español, pero que no rige en Colombia, señalaban para la tramitación del juicio ordinario a grandes rasgos lo siguiente: de la demanda se daba traslado al demandado; éste debía proponer en la contestación las excepciones perentorias que tuviera y las dilatorias que no hubiera propuesto antes; de la contestación se daba traslado al demandante para réplica; de la réplica del actor se daba traslado al demandado para dúplica. Cumplido ese trámite, la litis quedaba definitivamente trabada y no podía ser posteriormente modificada ni ampliada con nuevas pretensiones de las partes. Como el demandante podía renunciar a la réplica, el demandado se veía obligado a proponer en la contestación de la demanda sus excepciones perentorias, pues trabada la litis ya no podía hacerlo. En los escritos de réplica y dúplica podían actor y demandado modificar, adicionar o ampliar sus pretensiones y excepciones formuladas en la demanda y contestación. En esos cuatro escritos debían, tanto el actor como el demandado, fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho, pues la litis en el futuro era inmodificable.

Desde los primeros años de la República empezaron a ser derogadas las leyes españolas que nos rigieron durante la colonia, y

finalmente fueron abolidas en su totalidad por la ley 153 de 1887.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contempla las réplicas y dúplicas de que se habló, prácticas que sólo servían para aumentar gastos y dilatar el juicio. La tendencia moderna en que está inspirado tiende a acelerar el procedimiento, en defensa de la justicia y de la economía procesal, sin descuidar los derechos de los litigantes, que garantiza ampliamente. La facultad que tiene el demandante para aclarar, corregir o enmendar su demanda mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a pruebas, llena las finalidades a que estaba destinada la réplica del derecho antiguo, porque da oportunidad al demandante para ajustar su acción con vista en la contestación de la demanda y llenar los vacíos de su primer escrito. Y como de la corrección de la demanda se da nuevo traslado al demandado, puede éste ejercitar su defensa: además, por lo que a éste hace, púede alegar excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia (artículo 341 C. J.), y el juez debe reconocer en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con las excepciones perentorias, cuando halle justificados los hechos que las constituyen, aun cuando no se hayan propuesto ni alegado salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse (artículo 343)., (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 913, 2ª y 914, 1ª y 2ª

— 134 —

DENEGACION DE JUSTICIA

No hay denegación de justicia ni el Código Penal considera como delito el hecho de que el Juez no hubiera abierto a prueba el incidente de nulidad. La ley (artículo 465 del C. J.) ordena que los incidentes de nulidad se tramiten como una articulación (artículo 395). Corrido el traslado de la solicitud "si el punto es de derecho o con la contestación asume este carácter, el Juez falla dentro de los tres días siguientes". Seguramente el funcionario interpretó la ley en el sentido de que el punto por resolver era el de derecho; por este motivo consideró inútil abrir el incidente a prueba y declaró —como lo afirma el denunciante— que los títulos (escrituras) eran eficaces ante la ley para resolver los derechos de las partes litigantes. Tan evidente es lo anterior, tan justos y fundados en derecho debieron ser los razonamientos del Juez, que el Tribunal al revisar la providencia del inferior, la confirmó; y esta interpretación de la ley y la aplicación de unas disposiciones en vez de otras, no constituye delito cuando ella —la interpretación— no es producto de un acto intencional malicioso de violar la norma, por abuso de funciones, o por animadversión hacia unos interesados o por simpatía hacia otros a sabiendas de que con ello comete un acto arbitrario e injusto. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174 y 2175)

1049, 1ª y 2ª

— 135 —

DERECHOS ADQUIRIDOS (No existen en materia de impuestos)

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 se funda en el principio universal de que los contratos deben interpretarse de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su celebración para librarlos del peligro que para su solidez y firmeza entrañarían las constantes mutaciones en la legislación de un país.

Pero aceptado que tales normas constituyen guías de interpretación para esos contratos, surge el problema de saber si los derechos en ellos consagrados pueden considerarse como definitivamente adquiridos por los contratantes, sin que una ley nueva pueda desconocerlos.

Tomado en forma general, el problema no ofrece en nuestra legislación mayores dificultades porque el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza "los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Tampoco ofrece dificultad el conflicto que pueda surgir cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, pues el mencionado precepto ordena que el interés privado ceda ante el interés público.

El problema reside es en saber qué debe entenderse por derechos adquiridos, o simplemente por derechos, porque este vocablo lleva implícita, en sí mismo, la noción de algo que ya nos pertenece. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada y aun ha ensayado varias definiciones del derecho adquirido: "El derecho adquirido es un bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo, según la ley vigente, y que de acuerdo con la misma ley entró en el patrimonio del titular". "Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos, a los cuales el Poder Público debe protección, tanto para defenderlos contra terceros como para asegurar todo su desarrollo". "Los derechos adquiridos son aquellos que hacen parte de nuestro patrimonio y están fuera del alcance de un tercero". (G. J. número 2016, octubre 5 de 1944, pág. 3). Pero cada vez que la Corte ha tratado este punto, ha sido constante en afirmar que para que un derecho se pueda tener como adquirido es necesario que haya entrado definitivamente al patrimonio de quien lo alega: que no debe confundirse con las simples expectativas y que cuando una ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad. En esto la Corte ha seguido la doctrina de la mayoría de los autores que si bien están acordes en afirmar que las leyes sólo se proyectan para el futuro, distinguen los actos o hechos concluídos bajo la ley anterior, cuyos efectos se han ya producido definitivamente, y que, a no dudarlo, deben regirse por la ley antigua, de aquellos que aunque también realizados bajo el imperio de la ley anterior vienen a producir sus efectos durante la vigencia de la nueva, casos en los cuales sólo se configura lo que algunos denominan "derechos en expectativa", que no constituyen los propiamente llamados derechos adquiridos y que se rigen por la ley posterior. En el primer caso se trata de situaciones definitivas; en el segundo de esperanzas, de la posibilidad más o menos fundada de adquirir un derecho. Esta diferencia entre simples expectativas y los derechos propiamente dichos, así como también la posición de aquellos y de éstos ante la ley nueva, está claramente consagrada en nuestra legislación por el artículo 17 de la misma ley 153 de 1887 que dice: "Artículo 17. Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o cercene".

Sentadas estas bases, y como el demandante en este juicio estima que la exención consagrada en el artículo 5º del Decreto 1305 de 1932 constituye para él un derecho adquirido que no puede ser menoscabado por la ley 50 de 1945 que acabó con la exención, no considera la Sala necesario detenerse a estudiar si en el caso aquí planteado se configuran o no derechos adquiridos, porque no podría hablarse de ellos en tratándose de impuestos, o sea, el ejercicio de una función que se confunde con la soberanía nacional y que se ejercita libremente por uno de los Organos del Estado. (Negocios Generales. Números 2171, 2172 y 2173. Octubre 1º de 1956) .....584, 1ª y 2ª

— 136 —

DESISTIMIENTO (Del juicio y del recurso de casación por transacción)

Como la transacción es un acto extrajudicial que por la voluntad de las partes pone término al litigio pendiente, debe ser comunicada al juez que conoce del juicio para que éste lo declare terminado.

La terminación del juicio, antes de ser fallado por el juzgador, se produce también en virtud de desistimiento. Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que en el recurso de casación no puede promoverse el desistimiento del juicio, ni la Corte puede decretarlo. Esto porque la Corte no conoce del juicio sino exclusivamente del recurso de casación, cuyo fin principal es unificar la jurisprudencia. Por iguales motivos no corresponde a la Corte declarar terminado el juicio por transacción.

Pero en virtud de la transacción deben quedar sin valor las sentencias que se han pronunciado, porque la transacción no sólo implica que las partes han prescindido de las acciones y excepciones que habían escogido para hacer efectivos sus derechos, sino que el juicio debe quedar en el estado en que se hallaba en el momento en que las partes pusieron fin a su litigio. Esta declaración, sobre terminación del juicio por transacción, corresponde hacerla al Tribunal del Conocimiento. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 756, 1ª

— 137 —

DESISTIMIENTO (En materia penal)

Tanto en el proceso penal como en el civil, el desistimiento es un acto dispositivo de las partes para proseguir o terminar los incidentes o recursos que dentro de él se hayan propuesto. El desistimiento entraña la renuncia de un derecho; por consiguiente, produce el efecto de dejar en firme la providencia o sentencia sujeta a un recurso; sus consecuencias aprovechan o perjudican a la persona que se dice titular del mismo.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 461 del C. J. las partes personalmente o por conducto de sus mandatarios pueden ejercer esta facultad: cuando lo hace el titular de la acción, no necesita autorización expresa porque es la renuncia de un derecho que le otorga la ley para interpretar el recurso, pero cuando el desistimiento se hace por conducto de apoderado o representante legal, éste debe tener autorización expresa para ello según lo dispone el artículo 465, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil; caso contrario, el desistimiento no tiene operancia jurídica.

El desistimiento puede presentarse en cualquier estado del juicio cuando el memorial poder contiene esa prerrogativa; pero cuando el defensor no goza de ese derecho y carece de poder para representarlo ante la Corte, es lógico concluir que no tiene facultad alguna para desistir. Pero como en el presente caso la solicitud de desistimiento del recurso se hace por Luis Felipe Acosta Díaz, persona a quien directamente aprovechan o perjudican las consecuencias de su acto, y como —por otra parte— él es titular de dicha acción, el desistimiento del recurso prospera. (Casación Penal, Septiembre 29 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

511, 2ª y 512, 1ª

— 138 —

DESPIDO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 63 del C. S. del T., el despido punitivo por ineptitud comprobada del trabajador, se condiciona a que por el patrono se dé o pague el preaviso fijado en esa norma. (Casa-

ción Laboral. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174 y 2175) 1.136, 1ª

— 139 —

DETENCION (Ordenada en el auto de calificación del sumario)

La detención, sea que se verifique como consecuencia del artículo 379 o como resultado del artículo 429 —Ley adjetiva— debe sujetarse a las exigencias de los artículos 383 y 431 del Código de Procedimiento Penal. En el primer caso, no es indispensable la plena demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad; esta resolución —propia del sumario— es independiente del auto que lo califica y sus efectos son de aplicación inmediata. En el segundo, la detención se dicta como resultado de la investigación por estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y demostrada la imputabilidad penal como autor o partícipe del hecho. La detención, en ambos casos, es de efecto inmediato: se cumple antes de precluír los términos que comportan dichas providencias, siempre que los delitos por que se proceda —como en este caso— tengan señalada pena de presidio o prisión.

La ley no condiciona la privación de la libertad provisional a los resultados de la apelación ni a la ejecutoria de la providencia que la contiene, sino a la calidad de pena que reprime la infracción —para este caso— presidio o prisión. Cumplido este requisito, deber del funcionario es darle inmediata aplicación aunque dicha orden se contenga en el auto de proceder; éste es el espíritu de la ley; su texto es claro, preciso, terminante, no ofrece dudas en su interpretación, y cuando el sentido de la ley es claro no se desatiende su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.).

Cuando en el auto de proceder se ordena la detención, ésta no es consecuencia del auto de enjuiciamiento, sino de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito, la imputabilidad penal del autor y la circunstancia de que la infracción por que se procede, en este caso, está sancionada con pena de presidio o prisión (art. 379), requisitos que imprimen validez jurídica a la detención y la hacen de obligatorio e inmediato cumplimiento al tenor del artículo 387 del C. de P. P. que obliga al funcionario que profiere auto de detención dar por escrito, dentro de las doce horas siguientes, la orden para que el procesado sea detenido. De manera que: decretada la detención cuando hay mérito para proferirla, ella debe cumplirse y al no hacerlo, seguramente, el funcionario incurriría en responsabilidad, bien por rehusar, ora por omitir, ya por retardar el cumplimiento de un acto al cual está obligado.

La circunstancia de que el auto de proceder sea apelado, y el hecho de que la orden de detención se contenga en él, no es óbice para retardar el cumplimiento de ésta, porque los resultados del auto de proceder se condicionan a la ejecutoria del mismo, mientras que los efectos de la detención, por ser preventiva, no se subordinan a la preclusión de términos sino a la eficacia y cumplimiento inmediato de ella.

Tan evidente es lo anterior, que el Superior al revisar el auto de proceder puede revocarlo y dejar vigente la detención, porque, los requisitos indispensables para dictarlo, en su concepto, no se han cumplido (artículo 429); en cambio sí, los relativos a la detención provisional (artículo 379), o bien puede suceder que al calificar el mérito del sumario el Juez dicte auto de sobreseimiento temporal y ordene la detención; a ello no se opone ningún precepto legal, porque —se repite— los elementos probatorios base de estas providencias y las consecuencias de ellas son distintos en su forma y en su fondo, por esto es por lo que la orden de detención tiene efectos inmediatos bien sea que se dicte independientemente del auto de proceder, o

dentro de esa misma providencia, y esta interpretación de la ley, sin dolo, por parte del funcionario no constituye infracción penal. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . . . 1014, 2ª y 1015, 1ª

— 140 —

DETENCION ARBITRARIA (Delito de)

Los elementos que tipifican el delito de detención arbitraria, según el artículo 295 del C. P. son: que se haya privado de libertad a una persona, que aquella privación de la libertad se haya ordenado por quien está investido de autoridad, y que esa privación de la libertad se haga por fuera de las prescripciones legales.

Este delito se consuma aun cuando la detención fuera relativamente corta, por cuanto lo que se sanciona es la privación de la libertad en sí. (Casación Penal. Noviembre 20 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . . 1.002, 1ª

— 141 —

DICTAMEN PERICIAL (En juicios sobre trabajos públicos)

Los peritos han asignado a la zona dos justiprecios: uno para la época de la ocupación, y otro para el día en que fue rendido el dictamen. De los dos, la Sala ha de escoger el primero, porque la constante e invariable doctrina es la de que en casos de condena en acción de indemnización por daños y perjuicios resultantes de ocupación de hecho o de la realización de trabajos públicos por parte de las entidades oficiales, el valor de la indemnización por concepto de daño emergente sólo puede referirse al precio de las cosas destruídas, dañadas u ocupadas el día de la destrucción, daño u ocupación, toda vez que los rendimientos posteriores que hubieran podido obtener esas mismas cosas engloban dentro de los factores que configuran el otro extremo del perjuicio o sea el lucro cesante. (Negocios Generales. Julio 16 de 1956. Nº 2170) 373, 2ª

— 142 —

DILIGENCIA Y CUIDADO (En la conducción de vehículos automotores)

La moderada velocidad con que viajaba el chofer, si bien constituye un elemento para demostrar la prudencia y el cuidado que ha debido emplear al atravesar la línea del ferrocarril, no comprueba plenamente dicha prudencia pues el conductor se hallaba obligado, si aspira a que se le repute como hombre prudente, no sólo a viajar a velocidad moderada sino también a estar permanentemente atento a los obstáculos de la vía. De esta suerte, la prueba presentada por el actor no puede considerársela suficiente para librarlo de culpa pues para ello hubiera sido necesario acreditar que no disponía de visibilidad, que algo le impedía observar la cercanía de la máquina. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2166) ... . 157, 1ª y 2ª

— 143 —

DOCUMENTOS (Agregados en el acto de una inspección ocular)

Dispone el numeral 2º del artículo 577 del C. J. que a los documentos que a solicitud de cualquiera de las partes se ordene agregar a las actas de inspección ocular se les dará el mérito que les es propio, vale decir, si son originales o si la copia ha sido tomada de determinada fuente.

No quiere decir lo anterior (Casación noviembre 18 de 1942, LIV bis, págs. 409 y ss.) que la Sala esté afirmando que los documentos que examina el juez en el acto de una inspección ocular y que luego se reproduzca en el acta respectiva, por sí solos se convierten en pruebas eficaces; lo serán si

conforme a los preceptos legales que presiden la crítica probatoria deben apreciarse. Permite el artículo en cita agregar a las actas de inspección ocular los documentos que en relación con la litis presenten las partes como reproducir los documentos que haya inspeccionado el juez, pero claro está, con la reserva de estimar su mérito probatorio al momento de proferir el fallo. (V. cas. septiembre 12, 1940, L. 56). (Casación Civil. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 473, 1ª y 2ª

— 144 —

DOLO (En qué consiste)

Para los tratadistas, el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de "intención positiva" de inferir injuria (artículo 63 C. C.). De consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . 796, 1ª

— 145 —

DOLO (No puede presumirse por la sola comisión de un acto ilegal o nulo)

Es verdad que a los albaceas, como a los demás administradores de bienes ajenos, les está vedado aprovechar en beneficio propio los bienes que administran, pero por la sola ejecución de un acto que la ley desautoriza al mandatario no puede presumirse el dolo, si la naturaleza del acto ejecutado con todas las circunstancias que lo acompañan no revelan el propósito delictuoso de inferir injuria a la persona o propiedad del mandante, porque una cosa es la ilegalidad y aun la nulidad de un acto y otra que su ejecución comporte dolo. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174 y 2175) . . . 976, 1ª

— 146 —

DOMINIO DE LAS MINAS DE CARBON (Su prueba cuando pertenecen por accesión)

Las minas de carbón que pertenezcan por accesión al dueño del terreno en donde se hallen situadas, se rigen en general por el derecho común. Para acreditar su dominio en controversias entre particulares, no se necesita título especial minero, como que ellas están amparadas por el mismo título de la propiedad territorial. Puede decirse que si tales minas son del dueño del terreno, por accesión, ésta es el MODO de adquirirlas y el TITULO es la ley misma. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....97, 1ª

— E —

— 147 —

EFECTO RETROACTIVO Y RETROSPECTIVO DE LA LEY

Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de éstas, no se viole algún derecho adquirido.

El notable jurisconsulto doctor Manuel José Angarita, al comentar las disposiciones

de la ley 153 de 1887 (artículo 21) sobre efectos de la ley en el tiempo, dice:

" 'En cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación', dice la parte final del presente artículo; pero como el efecto retroactivo de una disposición consiste precisamente en vulnerar derechos adquiridos, si una ley que se refiere a lo pasado no vulnera ningún derecho adquirido, por disponerlo así la misma ley, es claro que no tiene efecto retroactivo, y que es únicamente retrospectiva...".

Ahora bien, lo que desde hace cerca de 70 años el ilustre expositor Angarita llamó "efecto retrospectivo", y que retrata una figura jurídica diferente de la consistente en el "efecto retroactivo", está mejor caracterizado, definido e individualizado por el profesor Paúl Roubier, en su obra "Les conflits de lois dans le temps".

Dice este autor: "Existen situaciones jurídicas retroactivas, es decir, cuya constitución en cierta fecha entraña efectos en el pasado". Como ejemplo típico aduce el caso de una ley sobre filiación natural que estableciera la investigación de la paternidad o ciertos medios de reconocimiento (no existentes) o que suprimiera la investigación o medios de reconocimiento existentes. Esa nueva ley se aplicaría en pro o en contra de los hijos NACIDOS ANTES, sin que pueda decirse que LA LEY tiene en tal caso efecto retroactivo es LA SITUACION jurídica materia de la ley.

Como hay autores que no hacen esa distinción considerando que en el caso contemplado la ley tendría efecto retroactivo aplicándola a los hijos nacidos antes, refiriéndose a esa opinión dice:

"Existe, a base de la opinión opuesta, una confusión entre la retroactividad de la ley y la retroactividad de la situación jurídica. Sin duda. La situación jurídica de que se trata es retroactiva, pero ésta no es razón para que la ley relativa a una situación jurídica de esta clase lo sea también".

Baudry Lacantineri dice: "Toda ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso de la legislación anterior. Para sus autores, reglamenta ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número posible de casos y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Sin duda esta aplicación lesionará ciertas esperanzas. Pero el progreso se compra a este precio, y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. **Contra el derecho adquirido, al contrario, la ley nueva no puede nada: su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero, consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido.** Al afectar este derecho, la ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría toda seguridad de las transacciones y la ley llegaría a ser obligatoria aún antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. La ley no debe pues, tener efecto retroactivo, y tal es la regla que establece el artículo 2º en los siguientes términos: "La ley sólo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo". Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rigen y no se puede deducir que vuelve sobre el pasado. **Sólo es retroactiva cuando ataca a los derechos adquiridos, destruyendo los que se habían adquirido anteriormente, lo que implica una pérdida para sus titulares".**

Con este criterio se interpretó y aplicó, por ejemplo, la ley 10 de 1934, permitiendo

tener en cuenta, para el cómputo de la cesantía, todo el tiempo de servicios anteriores a la ley prestados por el empleado (efecto retrospectivo). Así lo decidió la Corte en acuerdo de Sala Plena de noviembre 12 de 1937. (G. J. 1929, 698 y ss.). (Casación Civil. Julio 18 de 1956. Nº 2170) . . 260, 1ª y 2ª y 261, 1ª y 2ª

— 148 —

EMBARGO (Perfeccionamiento del de derechos hereditarios)

Antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, Ley 105 de 1931, la Corte, ante el hecho de que "la ley no había reglamentado de modo especial el embargo de derechos y acciones en una sucesión ilíquida", entendió que debía aplicarse por analogía lo que sí tenía prescrito para el embargo de inmuebles; con tal fin sentó la doctrina consistente, en que embargos como éstos debían registrarse en la oficina de registro respectiva.

Pero ocurre que la actual ley de Procedimiento Civil subsanó la deficiencia anotada por la Corte al establecer de modo especial para perfeccionar esta clase de embargos precisamente el procedimiento señalado por el artículo 282 del C. J. Tuvo en cuenta el legislador que siendo —en casos como éste— la materia del embargo el simple derecho de herencia, el interés en la universalidad de bienes en una sucesión, o lo que es lo mismo, la simple expectativa del heredero, nada tenía que inscribir el Registrador en sus libros ya que como lo dispone el artículo 2637 del C. C. las principales finalidades del registro son servir de **medio de tradición** de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos; **dar publicidad** a los actos y contratos que trasladan, gravan o limitan el dominio de los mismos; y dar mayores **garantías de autenticidad y seguridad** a los títulos que deben registrarse, modalidades, o hechos jurídicos los anteriores, que nada relacionan con el derecho de herencia.

Resulta entonces, que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en el proceso es lo único que asegura o da eficacia al decreto u orden de embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable a su derecho de herencia y porque como este derecho sólo viene a concretarse en cosas determinadas y ciertas en la partición, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar para darle y aprobarle al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esa traba determinada y expresa se le registre el título, oportunidad que es en la que también deberá actuar el Registrador, pues está en su deber hacer en sus libros la inscripción de la hijuela pero con la anotación correspondiente del embargo. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175) . . 833, 1ª y 2ª

— 149 —

EMBRIAGUEZ

El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal ni queda eximido de responsabilidad porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos; sólo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 48 ibidem.

El estado de embriaguez influye en cuanto a la imposición de la pena en dos formas: como circunstancia de menor peligrosidad cuando es incidental y voluntaria y el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas, y como factor que modifica la sanción cuando determina en el agresor alguna de las condiciones que señala el artículo 29

del Código Penal; en este último caso se le tiene al delincuente como anormal y se le aplican medidas de seguridad, no penas. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1956. Nos. 2174, 2175).....982, 2ª y 983, 1ª

— 150 —

ENAJENACION DEL SUBSUELO MINERO

El Código Civil menciona en su artículo 656 como especies de bienes inmuebles, las **tierras** y las **minas**. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han admitido que las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran, y así fue dicho en el artículo 4º del Código de Minas adoptado por Decreto Legislativo número 1779 de 1954 (actualmente suspendido). Y por esto el dueño de tierras que tiene dentro de sus linderos una mina que le pertenezca por accesión, puede separar esas dos propiedades, enajenando la una y reservándose la otra. Si se enajena el predio sin excluir la propiedad minera por accesión es obvio que se entiende enajenada ésta como un accesorio del suelo. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....97, 1ª

— 151 —

ENEMISTAD

No puede hablarse de enemistad grave entre dos personas cuando sólo una de ellas la declara mientras la otra la niega. (Casación Penal. Noviembre 27 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1022, 1ª

— 152 —

ENTREGA (De la cosa vendida)

El Código Civil no exige formalidades especiales para la entrega material de una finca y basta que el comprador tome posesión de ella para que la obligación del vendedor quede cumplida, ya que el dominio se le confiere mediante el registro del título. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175) 846, 1ª

— 153 —

ERROR (Respecto de la época en que se cometió la infracción)

El ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. habla de la época y no de horas ni de días. Epoca no es lo mismo que fecha. Hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones— la palabra época traduce un punto histórico desde el cual se empieza a contar los años, o período de tiempo notable para los hechos durante él acaecidos. Fecha, en su acepción más conocida, es lo mismo que data, y es entonces la expresión del día en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso. Debido a esto, y porque no siempre resulta posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro de más extenso significado, más genérico, pues casos hay en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un hecho delictuoso. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo; y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad, porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del caso.

No cabe sinonimia —ha dicho la Corte— entre la palabra día y la voz época. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte;

con la palabra época puede expresarse una temporada de considerable duración. (Casación Penal. Junio 19 de 1956. Nº 2169)..... 116, 1ª

— 154 —

ERROR DE DERECHO

El motivo de casación derivado de la causal 1ª del artículo 520 del C. J. —error de derecho en que se haya incurrido en la apreciación de un determinado elemento probatorio en forma que conduzca al quebranto de normas sustantivas determinadas—, debe entenderse en el sentido de que el vicio surja como consecuencia del mal uso que haya hecho el Tribunal del material probatorio, frente a las reglas que determinan la fuerza demostrativa de la prueba respecto de la existencia y verdad de los hechos cuestionados. Configurado así el cargo, debe en su caso proceder la Corte a examinar si a consecuencia de la valoración y razonamiento que hizo el Tribunal incurrió en la violación de la ley sustantiva citada y si en ella descansa la solución del pleito. (Casación Civil. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 474, 1ª y 2ª

— 155 —

ERROR DE DERECHO

Falta a la técnica de la casación quien dice que el fallo viola por **error de derecho** al no aplicar una disposición legal, porque la violación de ella por error de derecho ocurre siempre en la estimación de las pruebas, por atribuírle el juzgador una fuerza o efecto que la ley no le da o negarle la que la ley le asigna. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....803, 2ª

— 156 —

ERROR DE DERECHO

El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas **ad sustantiam actus**, en los términos del artículo 87 del C. P. T. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)..559, 1ª

— 157 —

ERROR DE DERECHO

La circunstancia de que el juzgador no tome en cuenta una prueba, es motivo para atacar la sentencia por error de hecho. (Casación Civil. Octubre 17 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....463, 1ª

— 158 —

ERROR DE HECHO

No hay error de hecho en la apreciación de la prueba, por parte del sentenciador, en estimar probado o no, aquello que el recurrente, sustituyendo su criterio al del juzgador, opine que aparece o no justificado. Porque, este error no se justifique mediante la exposición de un criterio jurídico distinto de aquél, respecto a determinado particular del pleito, sino señalando la prueba de cuyo contenido aparezca un hecho en contradicción con el que haya consignado indebidamente el Tribunal en la sentencia como probado. (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....502, 1ª

— 159 —

ERROR DE HECHO (Con relación a la prueba testimonial)

No se trata en el recurso de renovar el debate, cerrado para siempre en la instan-

cia, sino sólo de puntualizar contraevidencia procesal, cuando se invoca error manifiesto de hecho en la apreciación de determinada prueba. No porque al tiempo de su declaración los testigos tengan cierto domicilio, distinto del que correspondiera al causante, va a desprenderse por modo claro e incontrovertible que ignoraran los hechos constitutivos del estado civil que se investiga. Además, la valoración del testimonio incumbe a los poderes discrecionales del sentenciador, quien califica la prueba para formar su íntima convicción, no revisable, a menos que vaya contra la claridad deslumbrante del proceso. (Casación Civil. Julio 11 de 1956. Nº 2170).....217, 1ª y 218, 1ª

— 160 —

ERROR DE HECHO (Debe ser evidente)

Para que prospere la imputación de error de hecho en la apreciación de una prueba, no basta con que se alcance a descubrir mediante muchos y esforzados razonamientos, sino que aparezca de manifieso o evidente con solo enunciarlo e indicar la pieza probatoria que lo patentice, pues de lo contrario no sería manifiesto. (Casación Civil. Julio 17 de 1956. Nº 2170).....243, 2ª

— 161 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

El error en la apreciación de las pruebas a que se refiere la causal 1ª de casación, no consiste en apreciar o no apreciar determinada prueba, sino en tener como existente un hecho que no haya acaecido o negar la existencia de un hecho que sí ocurrió, y siempre que la prueba dejada de apreciar demuestre lo uno o lo otro; o, negarle a una prueba el valor que le asigna la ley o reconocerle un mayor valor que el que ésta le da. El primero es el error de hecho. El segundo es el error de derecho, que siempre quebranta las disposiciones legales sobre pruebas. En ambos casos se viola la ley sustantiva indirectamente cuando no se aplica, a consecuencia de los errores en que incurre el sentenciador en la labor apreciatoria de la prueba. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Números 2174, 2175).....839, 1ª y 2ª

— 162 —

ESTADO DE HIJO NATURAL (La prueba es ad-probationem, no ad-solemnitatem)

Pretende el recurrente establecer un divorcio entre el hecho biológico de la generación del hijo extramatrimonial y el estado civil de hijo natural, dándole a lo segundo la calidad de acto solemne, cuando en realidad la distinción es entre el hecho generador de la vida y la **prueba** de la paternidad atribuída a un hombre determinado.

Tan cierto es eso, que para la filiación respecto de la madre, basta con que ella haya dado a luz al pretendido hijo. Como ese hecho es de fácil comprobación, al demostrarlo, ella es la madre natural y el sér nacido, es su hijo natural, sin solemnidades.

Como respecto del pretenso padre el hecho de haber engendrado a ese sér es de difícil comprobación y en este empeño se pueden cometer graves desaciertos y aún fechorías, la ley toma la precaución de limitar la clase de pruebas admisibles para tal efecto, siendo ostensible que sus exigencias son **ad-probationem** y no **ad-solemnitatem.**

En consecuencia, se es hijo legítimo si se **prueba** que los padres son casados y lo procrearon en el matrimonio y, a falta de éste, será natural de A y B si se **prueba** que es hijo de ellos (padre y madre). (Casación Civil. Nº 2170).....258, 2ª y 259, 1ª y 2ª

— 163 —

ESTADO DE SITIO (Facultades de la Corte en relación con el Decreto que declara turbado el orden público con el que lo mantiene o declara restablecido)

No corresponde a la Corte pronunciarse sobre si realmente han existido los hechos constitutivos de la conmoción interna que hayan motivado la declaración del estado de sitio, o sobre si han cesado las circunstancias perturbadoras del orden público en tal medida que se imponga el levantamiento de aquel estado. Es posible que el Gobierno extralimite el uso de sus poderes en uno u otro caso, pero no es la Corte sino el Congreso quien puede juzgar sobre la conducta del Presidente de la República y sus Ministros. Por esto, la reiterada doctrina de la Corte ha dicho que de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución, en concordancia con el 122, se deduce que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por su naturaleza bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por el Presidente y todos los Ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado, sin que sea necesario que éste se haya proferido favorablemente. (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX, Nos. 2019-2021, pág. 31; diciembre 2 de 1948, Números 2068-2069, pág. 298). Y de igual modo, esta corporación ha declarado que al Gobierno corresponde decidir acerca del mantenimiento del estado de sitio o de su levantamiento, y que la determinación del Ejecutivo al respecto no puede ser materia de una decisión de la Corte. (Sala Plena, diciembre 2 de 1948, T. LXV, Nos. 2068-2069, pág. 298). (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Número 2159).....30, 2ª

— 164 —

ESTADO DE SITIO (Facultades del Gobierno)

En un régimen de derecho no se concibe actividad alguna del Gobierno, que pueda ejercerse arbitrariamente, sin sujeción a normas constitucionales o legales, pues cualesquiera que sean la gravedad y urgencia de las situaciones que se presenten, los funcionarios del Estado sólo podrán enfrentarlas por los medios tomados del derecho preexistente y en ningún caso arrogarse poderes discrecionales que sobrepasen los que se derivan del orden jurídico constituído en la Nación. Característica del Estado de Derecho, afirma Carl Schmitt, es que toda actividad del Estado esté repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas en la ley. Un problema como el de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno en estado de sitio es, al fin y al cabo, una cuestión de competencia de los funcionarios del Estado, o sea, saber hasta dónde pueden extenderse o cuáles son sus límites dentro del contenido de la norma que les confiere. Por eso la Carta dice que "los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (artículo 2)°; que las autoridades "están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (artículo 16); que los funcionarios del Estado son responsables "por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas" (artículo 20); que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" (artículo 63); que "el Presidente o quien haga sus veces será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes" (artículo 130), y

en fin, también determina en sus textos, los deberes y atribuciones de las ramas del poder público. El régimen de las facultades extraordinarias concedidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o conmoción interna no es una excepción al Estado de Derecho. Es verdad que según el artículo 120 de la Carta, "corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, conservar en todo el territorio nacional, el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (ord. 7º), y que el artículo 121 del mismo Estatuto otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y adoptar las medidas enderezadas a su restablecimiento. Pero estos poderes aun cuando son muy amplios, no son absolutos, como que están limitados por los propios ordenamientos de la Constitución Nacional. Y así el Gobierno podría extralimitarse en el ejercicio de los poderes extraordinarios del estado de sitio, ya por quebrantar los principios consagrados en el artículo 121, ya por menoscabar los preceptos que garantizan en todo tiempo derechos individuales y sociales, y consagran la organización del Estado. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2159).....29, 2ª y 30, 1ª y 2ª

— 165 —

ESTADO DE SITIO (Facultades del Presidente)

"Establece el artículo 120 de la Constitución que corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado, y el artículo 121 le otorga la facultad de declarar que aquél se ha alterado y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de esa obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente a fin de que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. Los poderes presidenciales en el estado de sitio son muy amplios y han de entenderse con ese carácter otorgados para que la misión que corresponde al primer Mandatario de la nación se cumpla sin dificultad, pudiendo adoptar disposiciones que no competen de ordinario al Jefe del Estado sino que por su índole legislativa pertenecen al Congreso. El Presidente de la República suple la acción de éste y ejercita la suya propia con el fin indicado de la guarda del orden. "Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones. "Surgen pues los poderes presidenciales en el estado de emergencia, de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución. el que otorga al Presidente facultades extraordinarias di-

rigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado". (Sala Plena, abril 19 de 1955, Tomo LXXX, Nº 2153, págs. 3 y 4). (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....31, 1ª y 2ª

— 166 —

ESTADO DE SITIO (Perturbaciones que pueden originarlo)

En la interpretación de los preceptos de la Carta Fundamental ha de buscarse la realización de los fines perseguidos por el Constituyente y dar cabida en lo razonable y en lo necesario, a las nuevas concepciones que desarrollen y vivifiquen las normas escritas y los principios que las informan, adaptando las instituciones a la realidad de los hechos actuales. El constituyente del siglo pasado no previó ni pudo prever la complejidad de los trastornos políticos, sociales y económicos de nuestros días, pero el intérprete debe encontrar en sus ordenamientos los medios adecuados para salvar las difíciles emergencias a que se enfrenta el gobernante de hoy, como que la Constitución ha sido expedida "con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz", según lo expresó sabiamente su preámbulo. Con este criterio, es dable admitir que graves perturbaciones de orden político, social o económico, que pongan en peligro la paz pública, justifican el estado de sitio y la adopción de medidas propias a tal emergencia, en la misma forma como fue autorizado este régimen excepcional para las épocas anormales de conmoción interna por alzamiento o insurrección. En todo caso, desde luego, el trastorno político, social o económico debe ser de tanta entidad que comprometa la paz pública. Y de consiguiente, las medidas legislativas extraordinarias que el Gobierno dicte entonces para conjurar la perturbación del orden público, en ejercicio de los poderes del artículo 121 se extienden legítimamente a las causas políticas, sociales y económicas que hayan originado o mantengan la normalidad, para atacarlas y destruírlas en cuanto fuere necesario para el pronto restablecimiento de la paz. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....34, 1ª y 2ª

— 167 —

ESTADO DE SITIO (Relaciones entre el Presidente y la Corte en lo tocante a Decretos Legislativos)

La Constitución de 1886 adoptó como sistema de gobierno el régimen presidencial, estructurando un Ejecutivo unitario, fuerte y responsable, dotado de todos los medios adecuados para afianzar la unidad nacional, mantener la paz interna y externa, amparar los derechos civiles y procurar el progreso armónico del país. Dentro de este sistema era secuela natural que en la distribución de las funciones estatales, la defensa del orden público en todo el territorio nacional se confiase al Presidente, con plenitud de poderes para mantener la paz pública y restaurar la normalidad cuandoquiera que fuere turbada. Y así se estableció en la Constitución, cuyos ordenamientos enseñan que la guarda del orden público es función esencialmente ejecutiva, atribuída al Jefe del Estado. Las normas que regulan los poderes presidenciales en estado de sitio, y las que confieren a la Corte Suprema de Justicia la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos que el Gobierno dicte en tiempo de turbación del orden público, no han de tomarse separadamente. Unas y otras forman parte integrante del Estatuto Fundamental de la Nación, que puntualiza las reglas para el funcionamiento armónico de las

dos ramas del poder. Debe rendirse cumplido acatamiento a la integridad de la Carta. Y de esta suerte, los preceptos de los artículos 118 —ordinal 8º, 120, ord. 7º y 121— tocantes con los poderes extraordinarios del Presidente de la República, como supremo guardián del orden público en todo el territorio nacional, y el precepto del artículo 214 atinente al control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos como guardián de la integridad de la Carta, han de cumplirse sin recíproco menoscabo. Ni el Presidente de la República puede verse restringido en el ejercicio legítimo de los poderes extraordinarios concedidos para el restablecimiento de la normalidad, ni la Corte Suprema de Justicia puede permanecer indiferente e inactiva por lo que atañe a su deber de decidir sobre la exequibilidad de los decretos legislativos que fueren acusados ante ella como violatorios de la Ley Fundamental. Al ejercer tal atribución, la Corte habrá de colocarse en el plano elevado de la autonomía que constitucionalmente le corresponde, pero sin invadir la que se reconoce asimismo al primer mandatario dentro de nuestro sistema de gobierno presidencial. En el estado de sitio, determinado por la anormalidad pública que lo hace necesario, es imperativo categórico, emanado de la Constitución, que la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República colaboren armónicamente hacia la realización de un fin altísimo y común a ambas ramas del poder público, a saber, el restablecimiento de la paz y la tranquilidad de la nación. Así se cumplirá en este caso, el primordial principio del derecho público moderno, acogido en el artículo 55 del Código Supremo, según el cual las ramas del poder público "tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". De la doctrina constitucional que viene expuesta, fluyen orientaciones que deben inspirar el criterio de la Corte en los fallos sobre exequibilidad de los decretos legislativos dictados en estado de sitio, a saber: a) no estorbar la acción del Ejecutivo, como supremo guardián del orden público, dirigida al cumplimiento de sus ponderosos deberes y al ejercicio de sus facultades extraordinarias para la restauración de la paz y la seguridad social; b) impedir el quebranto de las garantías básicas que la Constitución mantiene para todo tiempo, en lo tocante a la organización del Estado, y a los derechos individuales y sociales; c) cuidar de que los decretos legislativos que se sometan al juicio de la Corte cumplan la finalidad de contribuir al restablecimiento del orden público. (Sala Plena. Junio 28 de 1956) Nº 2169).....32, 2ª, 33, 1ª y 2ª

— 168 —

ESTIPULACION PARA OTRO Y AGENCIA OFICIOSA

Lo que distingue principalmente la figura jurídica de la estipulación a favor de un tercero de su gemela la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos (artículos 1506 y 2304 C. C.) es que en aquélla el estipulante obra **por otro,** pero en su propio nombre, de ahí que tenga el derecho de revocación mientras el tercero no manifieste, expresa o tácitamente, su conformidad, y en ésta, como intermediario, **en nombre de otro.**

En el primer caso, el tercero es completamente extraño a la convención que lo beneficia, contrariándose así la regla clásica de **res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.** En cambio, en la agencia oficiosa el tercero es dueño de los bienes o intereses objeto de la gestión y como tal puede exigir cuentas al gestor. Por otra parte, el gestor oficioso no puede revocar el acto ejecutado en nombre del tercero y está

obligado a continuarlo y acabarlo, aún después de muerto éste.

Por ello, para explicar la naturaleza de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos se ha dicho que ella consiste en realizar sin mandato lo que podría hacer un mandatario. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174, 2175).....820, 2ª

— 169 —

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA
(Término para proponerla)

La deficiencia del libelo de demanda por el aspecto formal, constituye la excepción dilatoria de inepta demanda, que se refiere al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; por lo mismo su alegación sólo es procedente dentro del término que el demandado tiene para contestar la demanda. Si no se propuso en esa oportunidad, no puede surtir efectos posteriormente, en el momento de dictar sentencia. (Negocios Generales. Junio 18 de 1956. Nº 2169).....186, 2ª

— 170 —

EXHIBICION

Las normas que regulan la acción exhibitoria, contenida en el Capítulo II, Título V, del Libro 2º del Código Judicial, son claras en su texto, y su alcance en el derecho probatorio es preciso, por lo cual se evita —y ha evitado— crear situaciones conflictivas en su aplicación. Cuando una de las partes en el juicio pide a la otra que exhiba un documento que considera eficaz para demostrar un hecho fundamental de la litis, debe expresar concretamente cuál es ese hecho (artículo 300). No es éste un ordenamiento caprichoso de la ley sino una consecuencia lógica del efecto probatorio que consagra el artículo 303-ib., según el cual, si decretada la exhibición ésta no se lleva a cabo por renuencia del que deba hacerla, se tiene como probado en su contra el hecho de que la otra parte quería demostrar. La gravedad que implica tal presunción de veracidad, impone consecuencialmente a quien ejerce la acción exhibitoria la carga procesal de "acreditar plenamente que la cosa o documentos están en poder de la persona de quien se exige", según el texto del artículo 300 antes citado. (Negocios Generales. Octubre 26 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....670, 1ª y 2ª

— 171 —

EXPROPIACION

Esta Sala de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, estima que el artículo acusado no excluye de la indemnización los daños distintos del valor del inmueble y que sufra el titular como efecto necesario de la expropiación, esto es, no circunscribe la indemnización al valor del bien raíz.

Efectivamente: siendo así que el Decreto 852 de 1955 versa sobre avalúos catastrales y que el artículo 8º, al hablar del "valor máximo que podrán fijar los peritos", se refiere "al declarado por el propietario", no hay duda de que dicha disposición trata únicamente del valor de la cosa objeto de la expropiación.

Por imperativo de la lógica, si la disposición, para determinar el "valor máximo" se refiere al valor del inmueble declarado por el propietario, el hecho de no mencionar los perjuicios, no los hace desaparecer absorbidos por el "valor máximo" del bien, o excluídos de la "indemnización", ya que para trazar una regla sobre avalúo del inmueble no había para qué acudir a un elemento extraño a dicho valor, cual es, el de los daños

y perjuicios. (Negocios Constitucionales. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175).. 731, 2ª

— 172 —

EXTINCION DE LA ACCION PENAL (Por muerte del procesado)

La muerte del procesado extingue la acción y todas los consecuencias penales provenientes de la sentencia. Este principio derivado de causas existentes que hace inaplicable la ley, extingue la acción del Estado para ejecutar la sentencia. La muerte del acusado deja insubsistente la acción proveniente del derecho punitivo del Estado, porque si la justicia penal obra sobre el delincuente, es natural que faltando el sujeto sobre el cual debe recaer la pena, desaparece la acción para hacerla efectiva.

Los conceptos de imputabilidad y responsabilidad cuando se trata de un hecho que dentro del ámbito de la ley constituyen delito, tienen que referirse a una persona determinada, porque esos conceptos se vinculan directamente al agente activo del mismo. En otros términos, la imputabilidad, la responsabilidad y la condena penal se predican de la persona que en un momento dado ha infringido la ley penal; por esto es por lo que, la muerte del acusado todo lo deshace "mors omnia solvit". Es claro que a estos conceptos no se vinculan las acciones civiles provenientes del delito; la muerte del reo no extingue esas obligaciones, sino únicamente, la acción y las consecuencias penales de la sentencia (artículo 100 del C. P.). (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1050, 2ª y 1051, 1ª

— F —

— 173 —

FACULTADES DEL GOBIERNO EN ESTADO DE SITIO

Según la constante jurisprudencia de la Corte, la Constitución en el ordinal 5º del artículo 118 y en el artículo 121 autoriza al Gobierno, durante la turbación del orden público, para dictar decretos legislativos, dentro de los límites señalados en la propia Carta. "Los decretos que expida el Gobierno en las circunstancias difíciles que los hicieron necesarios sin quebrantar las normas estatutarias de obligario imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas en la Carta, el sello de su legitimidad constitucional". "Para la emergencia de la turbación del orden público pueden los decretos estatuir sobre lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de sitio". (Sala Plena, junio 12 de 1945, T. LIX, números 2019-2021, pág. 38). "El Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público pero con las limitaciones consagradas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el Gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia". (Sala Plena, noviembre 23 de 1955. T. LXXXI, números 2160-2161, pág. 596). (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....30, 2ª y 31, 1ª

— 174 —

FALSEDAD DOCUMENTARIA

La falsedad —por regla general— es la mutación de la verdad, lo que equivale decir que, comete falsedad quien afirma hechos maliciosamente contrarios a ella. La alteración dolosa y consciente de la verdad, referente a escritos, para que constituya delito, debe recaer en aquellos documentos que se otorgan para crear, establecer o modificar derechos o relaciones jurídicas entre las partes o entre éstas y las entidades públicas. La tutela del Estado en esta clase de ilícitos es la fe pública que tanto la sociedad como los hombres depositan en los documentos oficiales, que asegura la recíproca confianza colectiva en las actividades de la comunidad.

El funcionario o empleado que abusando de sus funciones públicas y en relación con el ejercicio de su cargo falte maliciosamente a la verdad en la narración de los hechos o altere las fechas verdaderas en documentos sobre los cuales testifica o debe resolver, comete delito de falsedad. Pero la existencia del delito —en este evento— se condiciona al dolo, intención o propósito de faltar a la verdad, pues el simple descuido o el error involuntario cometido en transcripciones, no constituye infracción de la ley penal. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1048, 2ª

— 175 —

FILIACION NATURAL (Carácter retrospectivo de la ley 45 de 1936)

Se argumenta que con la aplicación que de la ley se hace a los hijos anteriores a la expedición de ese estatuto, sin que éste lo estableciera, se le da a la ley en tal forma un efecto retroactivo inadmisible.

En primer lugar, la ley sí estableció, aunque no de modo expreso, pero sí implícito, su aplicación a tales hijos, al no hacer más salvedad respecto de ellos que la de carencia de derecho herencial cuando a la sucesión del causante concurrieran hijos legítimos de matrimonio anterior a la ley (artículo 28); es decir, que si tales legítimos eran fruto de matrimonio posterior, o eran otra clase de parientes quienes concurrían sí tenían tal derecho los naturales. Esta fue la fórmula de transacción que se encontró y adoptó en la Corte Suprema de Justicia encargada por el Congreso de buscar una norma que conciliara los puntos de vista de la Cámara de Representantes, partidaria del proyecto primitivo que colocaba a los hijos extramatrimoniales anteriores en el mismo plano de los posteriores, sin salvedad alguna, y el punto de vista del Senado que les cerraba la puerta a todos los anteriores, también sin salvedad alguna.

Esto puede verificarse en los antecedentes de la ley que constituyen valioso elemento para su interpretación conforme al inciso 2º del artículo 27 del C. C.

Y aunque nada de lo expuesto valiera, lo cierto es que a la ley 45 no se le ha hecho producir un efecto retroactivo porque en los casos en que se ha reconocido acción a los hijos extramatrimoniales anteriores a la ley, no se ha violado ningún derecho adquirido, circunstancia que caracteriza el efecto **retroactivo.** Lo que se ha producido es un efecto **retrospectivo,** fenómeno diferente.

En efecto, la aplicación de esta ley a los hijos extramatrimoniales nacidos antes para permitirles acreditar su filiación con los medios nuevos de prueba y con base en alguno de los hechos relacionados en el artículo 4º de la misma, ocurridos en cualquier tiempo, no viola ningún derecho adquirido.

En vano se ha tratado de descubrir ese derecho y en cabeza de quién radica. No se ha logrado, porque el pretenso padre no puede

alegar que tiene derecho adquirido a que no se pruebe el hecho de ser el progenitor del demandante, como no tendría derecho el deudor que hubiera recibido $ 3.000 en préstamo sin dejar un principio de prueba por escrito, a que no se probara la deuda con declaraciones de testigos si una ley nueva elevara a $ 5.000 la cuantía que hoy está fijada en $ 500 para no exigir con la prueba testimonial la complementaria del principio de prueba por escrito. La invocación del derecho de la familia a que no se le perturbe o intranquilice con investigaciones de paternidad extramatrimonial contra el jefe de ella, no configura un derecho civil adquirido. De lo contrario habría que prescindir también de investigaciones de esa clase con respecto a hijos nacidos después de la ley, con relación a un pretenso padre casado antes o después de ella. En todo caso la perturbación o intranquilidad de la familia las produce la conducta de su jefe, no la ley; y esa situación no se remedia haciendo única víctima expiatoria al hijo inocente, para que su papá viva tranquilo.

No se olvide que la ley 83 de 1946 "orgánica de la defensa del niño", en su artículo 85 establece que todo niño tiene derecho a saber quién es su padre. (Casación Civil. Julio 18 de 1956. N. 2170)..260, 1ª y 261, 2ª

— 176 —

FILIACION NATURAL (El fallo dictado en estos juicios es declarativo, no constitutivo)

Aun leyendo el artículo 19, ley 153 de 1887 como lo lee el recurrente, o sea, que donde reza "administración" debe entenderse "adquisición", tal precepto no juega para nada con la regulación que la ley 45 de 1936 ofrece para demostrar, comprobar o acreditar la calidad de hijo natural, no para **constituir** el estado civil de tal.

A este respecto, la Corte Suprema, en fallo de abril 7 de 1953 (LXXIV, 580 y ss.), sentó la doctrina de que el fallo en el juicio de filiación no es constitutivo sino declarativo del estado y que para fundarlo y reconocerlo son admisibles los hechos y pruebas autorizados por la ley 45, aunque se hayan producido con anterioridad a ella. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de julio 7 de 1954 (LXXVIII, 40) reproducida textualmente en la de junio 30 de 1955 (LXXX, 481), y abril 26 de 1955 (LXXX, 72). Casación Civil. Julio 18 de 1956. Nº 2170).....256, 1ª

— 177 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS (Necesidad de la prueba de su calidad)

Los documentos o pruebas que demuestran la calidad de empleado público —Rama Jurisdiccional— son indispensables y necesarios en los procesos seguidos por delitos oficiales o de responsabilidad, porque, en estos casos, es la calidad de funcionario—Juez de Circuito o Juez Superior— y la naturaleza de la infracción las que determinan el fuero especial y la competencia de las entidades que deben juzgarlo. Mientras este requisito no se acredite, ni el Tribunal en primera instancia (artículo 44 del C. de P. P.), ni la Corte en segunda (artículo 42 ibidem) tienen jurisdicción y competencia para conocer del presente negocio. (Casación Penal. Noviembre 29 de 1956. Nos. 2174, 1275) 1027, 1ª

— G —

— 178 —

GRAVE ANOMALIA PSIQUICA

No estando definido en el extenso cuadro de los estados psicopatológicos lo que ha de

entenderse por "grave", es preciso que en cada caso concreto se acuda a la forma de investigación que indica el artículo 374 del C. de P. P. sometiendo al agente a la observación y estudio de facultativos que es en propiedad a quienes corresponde conceptuar en la materia. (Casación Penal. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....982, 2ª

— H —

— 179 —

HABILITACION DE EDAD (La sentencia tiene efectos de cosa juzgada formal)

El artículo 814 del C. J. califica como demanda la petición del menor para que se le conceda el beneficio de la habilitación de edad, y el 815 llama juicio las diligencias judiciales tendientes a que se conceda la habilitación de edad. Luego si es un juicio el que debe seguirse para obtener la habilitación, la providencia que la concede decide sobre la materia principal de éste y debe llamarse sentencia conforme al artículo 466 del C. J.

La sentencia que otorga la habilitación de edad, una vez ejecutoriada tiene la firmeza necesaria para producir los efectos y consecuencias que le son propias y autoriza para actuar en consecuencia con lo resuelto, es decir, da al menor la facultad de ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una disposición expresa le declare incapaz. Es ésta una de aquellas resoluciones judiciales que producen efectos tan sólo de cosa juzgada en sentido formal. (Casación Civil. Diciempre 13 de 1956. Números 2174, 2175).....916, 2ª

— 180 —

HEREDERO (Adquisición y prueba de su calidad)

El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus que lo ha instituído como tal, o cuando por vocación legal o testamentaria se halle en el caso de ser considerado en la expresada condición de heredero. Igualmente, la calidad de heredero **reconocido** de un determinado causante se adquiere y comprueba, principalmente, con copia de la declaración judicial que así lo determine. (Casación Civil. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....471, 2ª

— 181 —

HEREDERO (Su posición probatoria en acción de simulación)

La prueba de la simulación tiene algunas limitaciones deducidas de los artículos 1766, 1767 del C. C., 91 de la ley 153 de 1887, en relación con las excepciones del 93 de este último estatuto.

Conforme a estas normas es claro que, entre las partes, la prevalencia del acto oculto sobre las declaraciones de la escritura, no puede acreditarse sino con prueba escrita, principio de prueba por escrito completada por otros medios, además, también puede probarse con la confesión. Esto, porque lo consignado en la escritura, según el artículo 1759 del Código Civil, hace plena fe contra los otorgantes y envuelve una confesión según las voces del artículo 1761 del mismo Código. Es obvio, que esa plena fe no se quebranta mientras no se consiga su destrucción con la prueba de igual categoría o de análogos efectos. En relación con los ter-

ceros interesados en acreditar el acto oculto, puede afirmarse, que como éste pierde el carácter de convención y se convierte en un simple hecho, la ley los deja con completa libertad de medios de prueba para establecer ese hecho.

La posición del heredero de quien intervino en el acto o contrato simulado no puede ser otra distinta que la de parte que estuvo en imposibilidad de procurarse la prueba escrita de la contraestipulación. Porque, si es cierto, que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" —artículo 1155 del Código Civil— no es menos exacto que, en la dialéctica jurídica y por virtud de las ficciones legales, es fácil establecer una identidad de aquella naturaleza, entre causante y heredero. Pero es difícil si no imposible extender esa identidad jurídica, creación de la ficción legal, a una situación real, como sería la identidad de aptitudes, de capacidad, en síntesis: de posibilidades para la realización de actos que el causante llevó a cabo sin la intervención física o moral de los herederos, en los cuales éstos posteriormente vienen a sucederle. Y porque aquellas posibilidades y los efectos que de ellos se derivan, no tienen por qué transmitirse al heredero por el solo hecho de la muerte de su causante, así como no son transmisibles las penas o sanciones a que personalmente puede hacerse este último por actos ejecutados durante su vida.

La restricción de la prueba implica en definitiva una sanción civil contra quien estando en aptitud de procurarse la escritura de la contraestipulación, no lo hizo, y no siendo ésta la situación jurídica ni de hecho del heredero de quien realizó la simulación no es posible, por absurdo, enmarcarlo dentro de esa posición, cuando no gozó de aquellas posibilidades, ni tuvo oportunidad para preverlas, luego la identidad consagrada en el artículo 1155 del Código Civil, no es más que una ficción legal, sin respaldo en la realidad jurídica. Porque no hay razón que justifique que, el hijo que ha de suceder a su padre y, sin posibilidad alguna para intervenir en los actos jurídicos de éste, ha de adquirirla por el solo hecho de la muerte de aquél, y en consecuencia, recibir el tratamiento de quien ha intervenido como parte y quien tiene el deber de procurarse un determinado o específico medio de prueba.

De allí, que para sustentar aquella ficción legal se haya recurrido, por algunos doctrinantes, a la socorrida distinción entre las acciones heredadas y personales del heredero que intenta defenderse contra el fraude a sus herederos herenciales. Distinción que tampoco corresponde a una realidad jurídica exacta. En efecto, el heredero es llamado a suceder en todo o en parte, de los bienes de la herencia por una misma vocación: la legal o la testamentaria, de tal manera que, será siempre el menoscabo total o parcial de los derechos que le otorga esa vocación, lo que determina su interés jurídico y su personería para demandar. La forma como el acto simulado lesione ese derecho, a través de los móviles intencionales que lo determinaron, talvez, sirva para mediar la extensión del perjuicio, pero no justifica la discriminación del tratamiento probatorio que con ella se pretende, porque se repite, la imposibilidad de probar por medios específicos será siempre la misma para el heredero en uno u otro caso. Luego en tal sentido habría que admitir también que siempre y en todo caso la acción que se propone es una acción heredada, ya que es por haber estado los bienes sobre que versa la acción dentro del patrimonio del causante, por lo que, posteriormente pueden los herederos reclamar contra la eficacia de los actos jurídicos de aquél, verificados en detrimento de su derecho a sucederle en tales bienes. De aquí, que sea más conforme con la realidad de las cosas, que el heredero sea colocado en la con-

dición jurídica de parte en la simulación, pero de parte, que por su misma esencia física y moral del acto, estuvo en imposibilidad de procurarse prueba escrita de la contraestipulación y se les reconozca el derecho de probar con entera libertad de medios, como análogas condiciones ha de reconocérsele a su causante, conforme a lo dispuesto por el último inciso del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, antes citado. (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 499, 1l y 2ª y 500, 1ª

— 182 —

HIPOTECA (La nulidad de una cancelación trae como consecuencia que reviva el gravamen hipotecario)

El actor en este juicio pidió que se declarara la nulidad del acto que contiene la escritura de cancelación de la hipoteca, y como consecuencia que se declare que está vigente la deuda y el gravamen hipotecario constituído por el demandado en favor del demandante, y se ordene anular las cancelaciones que se hicieron en la Notaría y en la Oficina de Registro, de la escritura por la cual se constituyó la hipoteca, y que se declare sin valor la cancelación de las letras de cambio y se ordene al demandado devolver el dinero que de manos del actor confesó haber recibido. Todas estas peticiones tienen un ordenamiento lógico, pues equivalen a pedir que se ordene al demandado restituir el precio que recibió como valor del inmueble cuyo dominio no transfirió al demandante.

Es claro que el demandado no puede beneficiarse de las maniobras dolosas que cumplió para defraudar a su acreedor, y a esto equivaldría condenarlo, como lo hizo el Tribunal, a restituir una cantidad de dinero, sin revivir la garantía hipotecaria, tanto más cuanto que esa condenación sería apenas teórica, ya que del expediente aparece la insolvencia del deudor, ocurrida por la adjudicación que se hizo a la esposa del mismo, en la liquidación de la sociedad conyugal y por la venta que hizo a su hija de la parte que a él le correspondió en dicha liquidación. La casa que fue materia de la liquidación es el único bien que posee la sociedad conyugal, según se afirma. Desaparecido tal bien de manos del demandado, éste se encuentra en insolvencia y por lo mismo en incapacidad de restituir al actor la cantidad a que el Tribunal lo condenó.

Y no se diga que la hipoteca no puede reconocerse porque esto afectaría intereses de terceros que son hoy dueños de la finca afectada con el gravamen, porque en primer lugar, respecto a la adquirente, ésta no puede considerarse como tercero, toda vez que la adjudicación que se le hizo de la mitad del inmueble, provino de la liquidación de la sociedad conyugal; y no debe perderse de vista que tal liquidación no puede afectar los derechos de los acreedores de la sociedad.

En efecto, el bien hipotecado pertenecía a la sociedad conyugal, que fue liquidada, siendo evidente que en la liquidación no podía desconocerse esa deuda, por no haber obtenido operancia la dación en pago. Esto es claro: si la deuda no existía al tiempo de la liquidación, es porque el dominio de la finca habría pasado al acreedor y entonces ésta no pertenecía ya a la sociedad; en cambio si la finca se consideraba como de propiedad de dicha sociedad, entonces no se había verificado el pago y la obligación de deber pesaba sobre los bienes sociales, que no podían distribuírse entre los cónyuges burlando el derecho del acreedor hipotecario.

Además, como la nulidad pronunciada en sentencia firme da a las partes derecho a ser restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo y asimismo la nulidad judicialmente decla-

rada da acción reivindicatoria contra terceros, es obvio que al declarar nulo el contrato de dación en pago por los motivos expuestos, debe revivir el derecho real hipotecario sobre la finca de que se trata. No valdría alegar que quienes adquirieron la propiedad del inmueble sean terceros que resultan perjudicados, pues tales prsonas tendrían las acciones correspondientes, para ser indemnizadas.

Dice bien el recurrente: "Al presentarse así un derecho legal legítimamente restaurado, por ministerio de la acción de la justicia, estaba llamada esa restauración a producir, en consecuencia, sus efectos jurídicamente propios: o sea, desde luego, la facultad de perseguir el bien hipotecado, aún contra terceros poseedores, lo cual constituye peculiar característica de la existencia del referido derecho real hipotecario. Consecuencia que fluye, por lo demás, de manera obvia y natural, del hecho práctico de tratarse de un derecho real y, precisamente, del derecho real hipotecario en especial". (Casación Civil. Julio 25 de 1956. Nº 2170)

275, 2ª, 276, 1ª y 2ª

— 183 —

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL (Diferencias con el intencional y el culposo)

El homicidio (voz derivada de las latinas **homo** y **caedere**), se ha definido por la doctrina y por la jurisprudencia, como la muerte injusta de un hombre por otro hombre. Nuestro Código contempla en primer lugar el homicidio, **intencional** que se produce cuando la destrucción de la vida humana se ha realizado **con dolo de muerte**, como dicen los tratadistas. Este elemento (el dolo) sirve para diferenciar el homicidio intencional, del simplemente culposo, y del preterintencional, que se produce cuando el resultado sobrepasa las previsiones o la voluntad del agente.

En el homicidio preterintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, o sea, que se ha producido un exceso: existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo la muerte se produce por exceso de mal. Por eso el peninsular Puig Peña dice que esta figura tiene lugar cuando se produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto. De los términos del artículo 365 del Código Penal se desprenden los siguientes elementos que configuran esta modalidad del homicidio que se estudia: 1º Intención de herir: la voluntad va dirigida a causar una lesión personal. 2º El daño material es más grave que el que se quería causar: el resultado sobrepasa la intención. 3º Debe existir un nexo de causalidad entre el hecho constitutivo del acto punible querido (las lesiones) y el daño mayor causado como consecuencia. A estos elementos agregan algunos autores —y esta Corte así lo ha aceptado— que en el homicidio preterintencional hay una falta de previsión en los efectos de la acción (culpa), o sea, que "el homicidio preterintencional está integrado por un dolo determinado en cuanto a la lesión y por la culpa, en cuanto al resultado de la acción". (Casación Penal. Octubre 23 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

529, 1ª y 2ª

— 184 —

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL (Interpretación del veredicto)

Ha sostenido esta Sala que el elemento que diferencia el homicidio intencional del ultraintencional, es el propósito, que en el primero es el de matar, y en el segundo, el de causar simplemente lesiones personales.

En el homicidio preterintencional o ultraintencional hay una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto activo del delito, es decir, que se ha producido un exceso en el resultado: "existiendo tan sólo el propósito de causar heridas o lesiones, sin embargo, la muerte se produce por exceso de mal".

Igualmente ha dicho la Corte, que nuestro Código Penal tipifica este delito por el resultado de la acción, que sobrepasa a la intención o fin que el agente se proponía realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de mayor entidad del que efectivamente se exterioriza, o sea, que el resultado de la acción supera el fin o la intención del autor, porque éste tiene sólo como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

La respuesta dada por los Jueces de Conciencia en este proceso, en la cual se afirma la responsabilidad del acusado al dar muerte a la víctima, pero agregando o explicando que la intención no era la de causar esa muerte, debe tenerse, en sentir de la Corte y de acuerdo con sus fallos de casación de 8 de julio de 1955 y 26 de octubre de 1956, como declarativa de un homicidio preterintencional, que cae bajo las sanciones del artículo 365 del Código Penal. (Casación Penal. Noviembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175) 995, 1ª

— 185 —

HOMOLOGACION (Concesión del recurso)

La calificación de la procedencia del recurso de homologación compete a todo el Tribunal de Arbitramento, por lo cual deben proferir el auto respectivo todos sus miembros y no sólo su Presidente, de modo análogo a lo que acontece en la concesión y en la denegación de los recursos judiciales. (Casación Laboral. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175).

— 186 —

HOMOLOGACION (Contra las decisiones de carácter económico del laudo arbitral)

Tiene decidido la jurisprudencia en materia laboral, de acuerdo con la doctrina de los tratadistas sobre la institución del arbitraje y con apoyo en las normas que regulan este fenómeno jurídico en la legislación colombiana, que las decisiones arbitrales cuando definen conflictos puramente económicos o de intereses, como es el caso de la fijación de salarios, escapan a la acción revisoria en el recurso de homologación, a menos que el Tribunal de Arbitramento haya incurrido en extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del acto que ordenó la constitución del Tribunal Especial, en su caso, o que la decisión vulnere derechos reconocidos por la Constitución o las leyes o quebrante preceptos de orden público. Y esto, porque en tratándose de conflictos puramente "de intereses" en donde no se discuten derechos emanados directamente de la ley o del contrato, sino que buscan el reajuste de la situación económica de los trabajadores para atemperarla a las cambiantes exigencias sociales, creando para ello nuevos condicionamientos en la relación de trabajo o modificando los existentes, los árbitros no ejercen una jurisdicción de derecho sino de equidad, que sobre el previo examen de la realidad social y económica que afrontan las partes, deja la solución del conflicto al criterio de aquéllos con facultades amplísimas de decisión. Sobre esta materia pueden consultarse las sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo de fechas mayo 12 y octubre 20 de 1949 (G. T. IV, 458 y 866), diciembre 6 de 1950 (V,

1070), agosto de 1948 (III, 463) y la que decidió el recurso en el conflicto entre la "All American Cables and Radio Inc." y el Sindicato de Empleados de la misma empresa, de fecha mayo 21 de 1954. (Casación Laboral. Noviembre 3 de 1956. Nº 2174, 2175) 1093, 1ª

— 187 —

HONORARIOS (Del partidor en juicio sucesorio)

A falta de fijación testamentaria, y aún a veces con ella, el honorario del partidor se determina por acuerdo entre las dos partes, y ocurre con frecuencia que el partidor indica la cifra respectiva al hacerla figurar en las conclusiones de su trabajo y si nadie la objeta, se presume que hay asentimiento tácito entre todos los interesados. Pero lo que no autoriza la costumbre ni mucho menos la ley en ningún caso ni pretexto es que el partidor se haga su hijuela previo señalamiento del valor de los bienes que escoja o separe para cubrir el valor del honorario que él mismo se fijó.

El partidor por razón especial de su función no se convierte en acreedor del causante ni tampoco de la sucesión; cumplido el encargo lo será de los herederos, como tales, que es cosa muy distinta; la misión y atribuciones del partidor no dan para tanto, son en derecho restringidas y en forma que si no está facultado para resolver cuestiones de dominio mal puede estarlo para atribuírselo a sí mismo ni para disponer del destino de los bienes sucesorales a no ser para adjudicarlo y distribuírlo entre los herederos; la diligencia de inventarios y avalúos es la base para el trabajo del partidor quien distribuye y liquida de acuerdo con lo inventariado y avaluado; y apenas habrá para qué recordar que los honorarios de éste por no ser deuda o crédito a cargo de la sucesión ni del causante no podrá ser nunca materia de adjudicación especial en la partición.

Es más: para prevenir dificultades, entre otras el difícil pago de los honorarios del partidor, ha establecido la ley que en toda partición habrá de hacerse la necesaria hijuela de gastos en los que puede comprenderse aquella agencia, para que luego, en su caso, y por la vía adecuada obtenga el interesado la satisfacción del honorario. Con la tesis o supuesto de que el honorario discutido pueda considerarse como deuda conocida del causante y de que fuera aceptable de que a cada acreedor pudiera hacérsele su correspondiente hijuela con bienes avaluados por el propio partidor, se llegaría a la conclusión absurda de que en no pocos casos no es el heredero el sujeto dueño de disponer de los haberes sucesorales sino que lo es el partidor. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1956. Nos. 2174, 2175).....767, 2ª y 768, 1ª

— I —

— 188 —

IDENTIFICACION DE INMUEBLES (En juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero)

En los juicios como el presente, en los cuales se ejercita una verdadera acción de dominio, impera el principio de que para que pueda tener éxito la acción se requiere —como ineludible requisito— que el inmueble materia de la demanda se encuentra clara y precisamente determinado en los autos. Así, pues, al fallar un negocio de esta índole, el juzgador lo primero que debe averiguar es si el predio cuyo subsuelo petrolífero se alega como de propiedad particular, ha sido debida y completamente identificado por los medios probatorios reconocidos por la ley de procedimiento. Sólo a esta condición podrá decir que el contenido de los títulos en que

el actor apoya la acción de dominio, en cuanto a la determinación y especificación del inmueble que a ellos se refieren, es verdadero y capaz de ser comprobado sin dificultad alguna sobre el terreno.

La prueba por excelencia para reconocer el inmueble cuyo subsuelo petrolífero se esté discutiendo a la Nación, es la inspección judicial con peritos ingenieros. La índole de las comprobaciones que en estas ocasiones deben verificarse exigen conocimientos especiales, comoquiera que además de la determinación de los linderos de la finca materia de la demanda, debe establecerse si se cumple respecto de aquélla el fenómeno de la superposición del área de la respectiva propuesta de exploración y explotación petrolífera.

De acuerdo con estos principios jurisprudenciales que ahora reafirma la Sala, es obligado decir que en la decisión de los pleitos como el presente, el estudio sobre la validez de los títulos aducidos por el actor, y de los demás aspectos de la acción ejercitada, quedan supeditados al referente al mérito probatorio del trabajo de determinación del terreno a que la demanda y aquellos mismos títulos estén refiriéndose. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) .....574, 1ª y 2ª

— 189 —

IMPEDIMENTO

El concepto "elementales razones de delicadeza personal" no constituye causal de recusación y, por lo tanto, no permite fundar sobre él una declaración de impedimento. (Negocios Generales. Octubre 9 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 617, 2ª

— 190 —

IMPEDIMENTO (Auto de calificación)

De acuerdo con el artículo 156 del C. de P. P. el acto jurisdiccional con que se califica un impedimento o una recusación, tiene el carácter de interlocutorio, desde luego que viene a resolver un incidente propuesto dentro del proceso, tan especial y trascendente como es el de separar a un Juez o Magistrado del conocimiento de un asunto que le corresponde por razón de su cargo.

El artículo 161 del citado Código ordena que los autos de esa naturaleza —interlocutorios— deben proferirse por los tres Magistrados del Tribunal que forman la Sala de Decisión.

Es verdad que el artículo 75 del mismo Estatuto enseña quién debe seguir conociendo del negocio, cuando uno de los Magistrados resulte impedido, pero no determina cómo se tramita el incidente y si éste se decide con intervención de los Magistrados restantes de la Sala. Precisamente por no indicarlo el precepto, hay que acudir al artículo 442 del Código Judicial, aplicable en virtud del artículo 7º del C. de P. P.

Según tal ordenamiento cuando la Sala de Decisión se desintegra por causa de un impedimento o recusación propuestos, se convierte automáticamente en Dual compuesta por los dos Magistrados restantes, que así constituída debe resolver el incidente. (Casación Penal. Diciembre 5 de 1956. Números 2174, 2175) 1044, 1ª

— 191 —

IMPEDIMENTO (El criterio seguido por el juez no es el "concepto" que lo inhabilita)

Si bien es cierto que en algunas ocasiones se ha admitido por la Corte que el concepto expresado por un profesional jurisconsulto

sobre determinada materia puede llegar a configurar la tercera de las causales de impedimento y recusación (artículo 435 C. J.), dicho concepto no puede confundirse con el criterio seguido por un juez o funcionario al aplicar la ley en su función de administrar justicia o resolver sobre situaciones concretas.

Es este un punto claramente definido por la jurisprudencia, como puede verse en auto de abril 21 de 1955 (G. J. 2153, pág. 8). (Negocios Generales. Octubre 26 de 1956. Números 2171, 2172 y 2173).....666, 1ª

— 192 —

IMPEDIMENTO (La opinión como causal de)

Dos son las posibilidades que dentro de la ley pueden generar la causal de impedimento o recusación prevista en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P. en su acepción de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". La primera, cuando la persona antes de tener el carácter de Juez o Magistrado emite opinión sobre el negocio que luego después como funcionario de la Rama Jurisdiccional debe conocer; la segunda, cuando en ejercicio del cargo emite concepto en providencia de fondo y posteriormente como funcionario de superior jerarquía debe revisar el negocio. En ambos casos, la jurisprudencia ha aceptado y reconocido que esa opinión constituye causal de impedimento o recusación, por la existencia de un hecho que rebasa los planos de la inteligencia para convertirse en un acto externo y concreto, escrito u oral sobre el asunto materia del proceso.

La opinión, o sea el concepto o parecer que concibe o forma el pensamiento humano debe referirse a un problema, objeto o cosa determinada. Se opina cuando se discurre o razona sobre probabilidades o consecuencias referentes a la verdad o certeza de un proceso, pero no se emite opinión cuando el concepto por la vaguedad de sus términos o por ser general no vincula intelectualmente a quienes lo emiten a un caso concreto e individualizado. Es cierto que el Acuerdo contiene una protesta por los conceptos emitidos contra funcionarios de la Rama Jurisdiccional; pero, también es evidente que en ese documento no existe opinión alguna en relación con el proceso seguido contra Marco Antonio Ruiz Cadena. Por consiguiente, la causal de recusación fundada en la circunstancia de haber los Magistrados "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" no está probada. (Casación Penal. Octubre 2 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 515, 1ª y 2ª

— 193 —

IMPEDIMENTO Y ABSTENCION (Por razones de "delicadeza" o "mortificación"

No obstante ser la figura de "la abstención" —que ha figurado en las leyes de otros países, pero no en la nuestra— una categoría menos importante, a la luz del derecho positivo, menos exigente en la presentación y estudio de la prueba escrita, menos rigurosa en la tramitación, que la nuestra del impedimento no ha permitido tampoco, para configurar el concepto jurídico de "delicadeza", la presencia de ese ingrediente indefinible que es la "mortificación" producida por "conceptos, apreciaciones o palabras de interesados, ora en virtud de expresiones que por lo menos hay que calificar de indiscretas", ya por sutiles provocaciones de las partes, y ni siquiera a causa de una manifiesta hostilidad del litigante. Como dice Couture, "en el segundo de los sentidos indicados, es decir, en cuanto se trata de evitar que mediante provocaciones se hiera el decoro y la delicadeza del Juez, la jurisprudencia es muy firme. Ni las hostilidades del

litigante, ni los procedimientos incorrectos de un Fiscal, ni las apreciaciones hirientes de las partes emanadas por su falta de contención o de cultura, ni las ofensas directas por sí mismas, son motivos que autoricen al Juez a solicitar su derecho de abstención".

"Sería una regla muy perniciosa, se repite, sistemáticamente en todos estos casos, la de consagrar el hábito de inhibirse por haber recibido una ofensa o porque el Magistrado se declare resentido. El litigante malicioso, dice Vásquez Acevedo, 'habría hallado así un medio fácil de quitarse de encima al Juez que le incomode' ".

"El problema no exige tanto una consideración de orden general, como de carácter especial. El superior debe conceder el derecho de abstención al inferior toda vez que advierta que la razón de decoro y de delicadeza corresponde a un escrúpulo legítimo del Magistrado. Debe negarlo, en cambio, si constituye un modo mediante el cual el Juez puede evadir fácilmente el conocimiento de uno o varios asuntos. La irritación del Juez provocada deliberadamente por un litigante, no es por sí misma motivo de abstención.

"Tampoco corresponde conceder la abstención por motivos de excesiva sensibilidad, de quisquillosidades o susceptibilidad extrema. El Juez debe tener el sentido de su función y no eludir el conocimiento de los asuntos por razomientos fútiles o simples cavilaciones. Una excesiva propensión a sentirse mortificado, revela un temperamento demasiado preciado de sí mismo y, por consiguiente, impropio para juzgar a los semejantes en ese mismo plano de sensibilidad humana".

De manera, pues, que si las legislaciones de países donde ha existido el derecho de "abstención" no admiten que se la determine por simple consideración de que se ha "mortificado" la sensibilidad del funcionario, mucho menos puede tolerarse que se convierta en factor normativo del impedimento, que es una figura jurídica más exigente y demanda requisitos de mayor precisión y concreción.

Se comprende, pues, por comparación con otras legislaciones, la imposibilidad de construir sobre bases generalistas, impersonales, vagas, la justificación de un impedimento. (Negocios Generales. Octubre 9 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)...616, 2ª y 617, 1ª

— 194 —

IMPEDIMENTO Y RECUSACION (Las causales son taxativas)

Las causales de recusación —que, por mandato del artículo 72 del C. de P. P., obligan a los Jueces a declararse impedidos—, son taxativas.

Fuera de la profusión de antecedentes, doctrinas y fallos de la Corte y de los Tribunales, ello aparece con diamantina claridad en el estudio de la Comisión Redactora del Código: "Hemos procurado no extender demasiado las causas de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo para ello presente lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras. Fuera de esas causas, pueden ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero es **preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y la malicia".** (Negocios Generales. Octubre 9 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....617, 2ª

— 195 —

IMPUESTOS (Las controversias que suscite su liquidación son de conocimiento de la jurisdicción contenciosa)

De los artículos 271 y 275 del C. C. A. se desprende que cada vez que a una persona

se le liquide definitivamente un impuesto y considere que tal acto es ilegal, la acción que se consagra es la de acudir a los Tribunales Administrativos para solicitar que "se revise la operación administrativa". Lo anterior porque el acto por el cual se liquida un impuesto, o la operación administrativa por la cual éste se cobra, es un acto de imperio, dictado por el funcionario competente con base en las facultades de la ley creadora del tributo, de suerte que si esta ley no existe, o si existiendo se aplica indebidamente, la controversia que se suscita es de contención administrativa y por ello la competencia para resolverla reside exclusivamente en la jurisdicción contenciosa, creada especialmente para que ejerza un control de legalidad sobre los actos de la Administración.

Si se aceptara que la Corte puede conocer de los reclamos sobre impuestos como el de que aquí se trata, sería suficiente a todos los contratistas con la Nación que al liquidárseles cualesquiera de los creados con posterioridad a la celebración del contrato, se dirigieran al funcionario liquidador alegando que al tiempo de suscribirse el convenio el impuesto no estaba establecido, para substraerse así a la jurisdicción contenciosa y traer los litigios de esta naturaleza a la Corte, en abierta pugna con las disposiciones generales sobre competencia.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Corporación como puede verse, entre otros, del fallo de 26 de julio de 1944 en donde al estudiarse la exequibilidad de los artículos 3, 4 y 5 de la ley 67 de 1943 se hizo la distinción entre los actos de gestión y los actos de poder, para concluir que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad y en forma unilateral, sus decisiones son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, éstas deben resolverse por la jurisdicción contenciosa; y que, por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, sus actos son de gestión y las controversias que ellos suscitan deben decidirse por la justicia ordinaria.

La imposición y cobro de impuestos constituyen actos de autoridad, dictados en ejercicio de la potestad de imperio que asiste a la Administración. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).

582, 2ª y 583, 1ª y 2ª

— 196 —

IMPUESTOS (No existen derechos adquiridos en esta materia)

Véase el aparte **Derechos adquiridos** en el número 135 de este Indice.

— 197 —

INDEMNIZACION (Por causa de expropiación)

Del contenido y espíritu de los fallos de noviembre 4 de 1927, agosto 10 de 1954 y noviembre 15 de 1955 (G. J. XXXIV, 113, LXXVII, 328 y LXXXI, 574) de esta Corporación, se deduce que la doctrina es uniforme y permanente en el sentido de que la expropiación es una figura legal que implica, necesariamente a cargo de la entidad pública, una contraprestación, llamada "indemnización" por el artículo 30 de la Carta, equivalente al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrada por el valor del bien y del monto de los perjuicios que se causen al dueño. La equivalencia puede resultar del primer factor solamente, si ningún daño cierto distinto sufre el propietario. El único caso en que puede faltar la contraprestación o "indemnización" específica propia del traspaso forzoso del dominio, es el contemplado en el inciso último del precitado artículo 30.

Todo esto porque si sobre la enajenación forzosa, que ya implica una limitación del derecho de dominio y una restricción de la libertad humana aplicada a las cosas, se pudiese desconocer toda la pérdida patrimonial que la expropiación produzca al dueño, la utilidad pública y el interés social no contendrían una aspiración colectiva necesaria basada en la justicia. (Negocios Constitucionales. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175) ..... 731, 1ª y 2ª

— 198 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Acción de)

No siendo la causa que genera los perjuicios de origen contractual, de suerte que pudiera decirse que los derechos y acciones nacidos de contratos se transmiten a los herederos en razón de la muerte del damnificado; y no teniendo tales perjuicios el carácter compensatorio del patrimonio del muerto sino simplemente indemnizatorios encaminados a resarcir el daño causado a los más próximos parientes con ocasión de las víctimas, la demanda debe pedir directamente para ellos, únicos titulares del derecho a ser indemnizados. - (Negocios Generales. Noviembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175) ..... 1165, 2ª y 1166, 1ª

— 199 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Provenientes de un delito)

Cuando se propone un juicio sobre indemnización de los perjuicios provenientes de la comisión de un delito, el juez civil tiene derecho de apreciar las cuestiones no inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. (Negocios Generales. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1191, 1ª

— 200 —

INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL SUBJETIVO

De acuerdo con el artículo 95 del C. P. la indemnización por perjuicios morales autorizada por el legislador en la forma y términos allí previstos, solamente corresponde al **ofendido** o a sus herederos cuando la víctima del daño haya fallecido de acuerdo con los artículos 24 y 25 del C. de P. P.

Si esto no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales, sería ilimitado contrariando el texto de la ley que determina la persona perjudicada a quien directamente se le reconoce la reparación que le corresponde por la ley. Pero esto es muy diferente al evento de la muerte de la víctima, porque entonces son sus herederos los que indirectamente vienen a percibir la adecuada reparación moral por el deceso del sér querido. En el primer caso, es la víctima quien recibe directamente la reparación por el daño y en el segundo sus herederos en forma indirecta. Y la explicación de esta afirmación se halla en que en el primer caso de la perjudicada sobreviviente, el dolor y la depresión psíquica a que quedó sometida la víctima por las deformidades causadas por las lesiones personales graves que afectan la integridad funcional y corporal, no pueden traspasar los límites fijados por la norma positiva, ya que si en aquélla se tradujo en dinero la reparación de ese sentimiento moral que hirió las fibras más sensibles de su personalidad humana, no puede hacerse extensiva tal indemnización a otras personas, por haber sido, se repite, indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo, el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy estre-

chos de consanguinidad o de gran amistad, hayan experimentado en su espíritu un hondo dolor y una inmensa tristeza debida a la tragedia psíquica que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija, que víctima de una agresión injusta, queda reducida a la impotencia física o perturbada en sus funciones orgánicas o deformada su configuración facial que altere su estética.

En los casos en que la indemnización del daño moral subjetivo los recibe directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a favor de sus parientes o amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona, se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor, se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones.

Ni sobra advertir que si la causa de la indemnización reclamada por los padres o amigos es el daño causado al ofendido, quiere ello decir que se trata de una causa refleja, nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado por aquéllos.

De otro lado, el daño moral subjetivo hasta hace poco tiempo no se indemnizaba en dinero, pues en ocasiones se reconocía tal elemento subjetivo por medio de obras, como monumentos, que se erigían a la memoria de la víctima del suceso, en reparación del daño moral sufrido por los herederos de aquél. (Negocios Generales. Diciembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1273, 2ª y 1274, 1ª y 2ª

— 201 —

INDICIOS (Apreciación soberana del sentenciador de instancia)

Corresponde al sentenciador, en forma soberana, decidir sobre la intensidad del nexo entre el hecho índice y el indicado, cuando se aprecia la prueba por presunciones simples. (Casación Civil. Julio 11 de 1956. Número 2170).....218, 2ª

— 202 —

INDICIOS (Su apreciación probatoria)

"Se llama indicio —decía el artículo 587 del antiguo Código Judicial— un hecho cierto y conocido que por relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona, puede servir para inclinar la razón a la creencia en la realidad del segundo". Definición que concuerda con la doctrina de los artículos 660 y siguientes del actual Código Judicial, pues según ellos, sobre todo el 663, puede definirse que el indicio es un hecho cuya existencia, una vez comprobada, hace presumir que existe o ha existido otro hecho. No es pues, una prueba directa, sino una indirecta, que se basa en la constancia de uniformidad que guardan las cosas en sus relaciones y en un proceso de lógica y de raciocinio, o sea, de análisis y de síntesis, o lo que es lo mismo, de inducción y de deducción, supuesto que esos dos procesos no se pueden separar en realidad.

"En la prueba del indicio pueden basarse los fallos judiciales, comoquiera que la ley le da el valor de plena prueba a un solo indicio necesario, y que en cuanto a los necesarios les da el mismo valor de prueba completa, siempre que sean varios graves, precisos y conexos entre sí (artículos 663 y 665 del C. J.). Es más, advierte el Código de Procedimiento que una sola presunción (y

los indicios no son sino presunciones) también prueba plenamente cuando, a juicio del Juez, tenga carácter de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (artículo 684 del C. J.). "Queda así sometida a la conciencia del juez la valorización de la prueba indiciaria, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Números 2171, 2172 y 2173).....503, 1ª

— 203 —

INDICIOS NO NECESARIOS (En caso de incendio producido por las chispas de una locomotora)

Del hecho de que una locomotora pasara por un sitio, más o menos a la hora en que se produjo un incendio; de que la máquina utilizara ese día carbón mineral; de que se viviera por entonces una época de verano; y de la existencia de malezas secas en la zona del ferrocarril, no puede deducirse **necesariamente** que la locomotora produjo chispas, ni que fueron éstas las causantes del incendio. Porque a pesar de la concurrencia de todas estas circunstancias, a diario las locomotoras en idénticas condiciones hacen el mismo recorrido sin que se ocasionen incendios. Es decir, la correspondencia que existe entre tales hechos y el que se investiga como causa del incendio no es tal que aún dándose aquéllos por probados, no pueda menos de haber existido éste.

Lo anterior quiere decir que se trata de indicios no necesarios, y si bien es cierto que la pluralidad de tales indicios induce al ánimo a considerar que pudo la locomotora producir las chispas y también que pudieron ser éstas las causantes del incendio y no la imprudencia de un transeúnte o de un pasajero del ferrocarril, también lo es que ellos dejan una fuerte duda que impide al juzgador formarse una conciencia cierta de la existencia del hecho desconocido. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).343, 2ª y 344, 1ª

— 204 —

INEXEQUIBILIDAD (En su tramitación son improcedentes la corrección de la demanda y la acumulación de acciones)

La ley 96 de 1936 prohibe en su artículo 3º todo incidente distinto de los de impedimento y recusación, en la tramitación de las demandas de inexequibilidad.

Se denominan incidentes las cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso de un juicio y que requieren decisión especial. Es decir, es incidente lo ajeno al curso normal de un proceso.

El artículo 208 del C. J., referente a la corrección de la demanda, vista las reglas de trámite de las solicitudes de inconstitucionalidad, no es aplicable a estos casos.

Y como no es procedente, jurídicamente hablando, la acumulación objetiva de acciones de inexequibilidad, en todos los casos, cuando se pretenda demandar diversos actos ante la Corte en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Carta, cada uno de los actos debe ser materia de demanda separada porque no median razones jurídicas que justifiquen la acumulación de acciones de esta naturaleza.

Estas dos consideraciones, la **imposibilidad** de corregir o adicionar la solicitud so-

bre inexequibilidad en la forma en que lo hace el demandante y la **improcedencia** de "acumulación objetiva" en demandas de inconstitucionalidad, hacen que la Corte, ante la imposibilidad de declarar la excepción de inepta demanda, se vea en la necesidad de rechazar de plano la demanda incoada. (Negocios Constitucionales. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175).....735, 2ª y 736, 1ª

— 205 —

INEXEQUIBILIDAD (Excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda)

No es el caso de examinar los argumentos de la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el señor Procurador, porque ello sería oportuno si se fuera a considerar el planteamiento del escrito en que se solicita la declaración de inexequibilidad. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....44, 2ª y 45, 1ª

— 206 —

INEXEQUIBILIDAD (La Corte tiene facultad para interpretar la norma acusada)

Si una disposición legal es interpretada en una forma y en tal virtud es acusada de inconstitucionalidad, concierne a la Corte, ante todo, indagar si tal es el significado que verdaderamente tiene el precepto acusado. Porque para saber si una ley quebranta la Constitución hay que averiguar, primeramente, qué es lo que dice o dispone.

Además, quien tiene la potestad de anular las leyes, tiene la prerrogativa de interpretarlas, pues de lo contrario, le sería imposible saber si están o no en pugna con la Constitución. De otro modo la Corte no podría ejercer su función. (Negocios Constitucionales. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175) 732, 1ª

— 207 —

INEXEQUIBILIDAD (Procedimiento)

El procedimiento establecido por la ley 96 de 1936 y que debe seguir la Corte para resolver demandas de inexequibilidad, es autónomo, propio e independiente y sólo en casos excepcionales —como el relativo a casos de recusación o impedimento—, le son aplicables las normas generales del Código Judicial, en las que se encuentran las que permiten el recurso de reposición. Siendo así, en principio, o desde el punto de vista simplemente procesal no sería procedente la reposición solicitada. (Negocios Constitucionales. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175) 734, 1ª y 2ª

— 208 —

INEXEQUIBILIDAD DE DECRETOS (Sustracción de materia)

El Decreto 1403 rigió primeramente entre los días 10 y 16 de abril de 1948, por razón del estado de sitio, y después entre el 17 de enero de 1949 y el 18 de julio del mismo año, en virtud de las facultades extraordinarias que otorgó el Congreso hasta el 31 de diciembre de 1949 para reorganizar la Policía Nacional, que el Presidente de la República ejercitó parcialmente al revivir el Decreto 1403 y que agotó posteriormente al expedir el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional (Decreto 2136 de julio 8 de 1949).

La vigencia del Decreto 1403 expiró definitivamente, por lo tanto, desde el 18 de julio de 1949, y en las demandas de inexequibilidad —como lo ha dicho la Sala en constante jurisprudencia— no hay lugar a decidir en el fondo sobre la disposición o disposiciones acusadas cuando éstas han dejado de regir en el momento de dictarse el fallo. (Sala Plena. Junio 28 de 1956. Número 2169).....41, 2ª y 42, 1ª

— 209 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Cuando el objeto de la investigación criminal no coincide con lo que se discute en el negocio civil)

Si en el proceso penal se hizo el examen de la conducta de los sindicados únicamente desde el punto de vista penal, y considerándolos personalmente, no como agentes de sus empleados o patronos, el objeto de tal investigación no coincide con el del juicio civil, en donde se trata solamente de averiguar la culpa en que pudieron haber incurrido las dos partes que ahora se querellan. Entonces, aunque la responsabilidad penal de los incriminados quedó cubierta por la providencia dictada en aquella investigación, queda sin estudiar el campo civil y, por lo mismo, no es posible una contradicción entre las dos jurisdicciones, única razón de orden público que impone el deber de abstenerse de juzgar aquellos casos en que tal contradicción pueda presentarse. Y si la jurisprudencia ha sostenido, interpretando el artículo 28 del C. de P. P., que el juez civil tiene libertad de apreciación sobre todas las cuestiones que resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente, lo ha hecho, entre otros motivos, porque casos como los aquí estudiados pueden generar perjuicios económicos y sin embargo, no ser constitutivos de delitos. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169).....155, 2ª y 156, 1ª

— 210 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL MILITAR EN EL PROCESO CIVIL

Se ha venido haciendo hincapié en la situación creada por no haber parte civil ante la jurisdicción penal militar de lo cual se pretende derivar consecuencias jurídicas contrarias a la letra de los artículos 11 y 28 del C. de P. P. Con argumentos sutiles, y a base de estudios comparativos con otras disposiciones del Código, se quiere obtener, en relación con los procesos militares, una aplicación diferente de la que claramente ordenan esas normas, tan ampliamente debatidas antes de ser consagradas.

En relación con el artículo 28, bastaría dar un vistazo a las actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, para percatarse de que no existe sombra, asidero, deficiencias, que permitan interpretar su texto en el sentido de que su aplicación sólo es pertinente cuando la parte civil ha podido intervenir en el proceso penal. Muy por el contrario, esa modalidad fue propuesta y luego desechada. No hubo olvido, omisión o silencio, sino estudio severo de esa modalidad, y exclusión de ella a plena conciencia. No existe, pues la menor duda sobre la estricta aplicación del artículo 28 cuando no hay parte civil, como en el caso del artículo 24 del Código de Justicia Penal Militar. (Negocios Generales. Noviembre 16 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1193, 2ª y 1194, 1ª y 2ª

— 211 —

INSPECCION OCULAR

Véase el aparte **Acción exhibitoria e inspección ocular** en el número 18 de este Indice.

— 212 —

INSTRUMENTO PUBLICO (Error en la data)

Si es verdad que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, no puede dudarse que si ha habido error en la data, ese error pue-

de demostrarse, desde luego en la misma forma plena a que alude la ley. (Casación Civil. Julio 11 de 1956. Nº 2170)....214, 1ª

— 213 —

INTERPOSICION DE RECURSOS (Sin haberse revalidado papel común)

Interpuesto un recurso oportunamente, sin haber hecho la revalidación, pero cumplida ésta antes de ser requerida la parte, o dentro del término del requerimiento, el recurso se tendrá por bien interpuesto. (Casación Civil. Junio 26 de 1956. Nº 2169)... 83, 2ª

— 214 —

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS (Incorporación de las leyes vigentes al tiempo de su celebración)

Otra finalidad del artículo 38 de la ley 153 de 1887 es la de obligar a los contratantes a que atemperen su conducta al orden jurídico general, a determinadas normas superiores que el legislador ha considerado indispensables para la buena marcha de la sociedad, y a impedir que por convenios particulares se hagan ineficaces los principios generales consignados en ellas. Por esa razón el artículo 16 del C. C. establece que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

En virtud de la primera significación y tomando el problema de una manera simple, podría afirmarse que las leyes así incorporadas a los contratos constituyen cláusulas contractuales; pero si se recuerda que la ley es por su propia naturaleza creadora de situaciones generales y abstractas, forzoso es concluir que las situaciones jurídicas así formadas en el contrato son también diferentes de las creadas por las cláusulas que deben su origen al convenio particular de voluntades y, por ende, diferentes los efectos jurídicos que tales situaciones puedan producir.

En efecto: Las leyes reglan de una manera impersonal y objetiva, lo que vale decir que las situaciones jurídicas así establecidas miran al interés colectivo y trascienden al público en general, en tanto que las cláusulas contractuales propiamente dichas, como fruto exclusivo del querer de las partes, no pueden sino crear situaciones concretas cuyos efectos no pueden sobreponer al ámbito privado que les ha dado origen.

Por ser creación exclusiva del Estado y dictadas en ejercicio de su poder de imperio, las leyes vigentes incorporadas a los contratos al tiempo de su celebración, crean para los contratantes un status legal que rebasa la situación jurídica concreta creada por el acuerdo particular de voluntades en virtud de las verdaderas cláusulas contractuales.

Se comprende así fácilmente que la jurisprudencia y los autores hayan considerado siempre que la incorporación en los contratos particulares de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no tienen otro alcance que el reglamentario o interpretativo de la voluntad que las partes hayan querido expresar, y que esto no significa que tales leyes puedan ser tomadas como verdaderas cláusulas contractuales, de naturaleza y alcance semejantes a las que deben su origen al asentimiento privado.

Lo que ocurre es que en virtud de la incorporación en los contratos de todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la situación jurídica individual creada por aquéllos, está siempre complementada por otras de carácter general —verdaderos status legales—; que el Estado interviene por así decirlo, en todos los contratos que se celebren y ordena que éstos se rijan por dos claras

normas: las que establecen una relación de coordinación entre las partes y las que establecen una relación de subordinación entre éstas y el Estado, en su carácter de poder público soberano. Ahora bien: Si la característica esencial de las situaciones jurídicas individuales es la de ser inmodificables, la característica esencial de toda situación general y del acto que la crea, que no puede ser otro que el legal y reglamentario, es la de ser modificable y revocable en cualquier tiempo. Dice Jéze(pág. 119, Tomo I, Principios Generales de Derecho Administrativo): "La derogación de una ley o de un reglamento es posible en cualquier tiempo. La característica de la situación jurídica general y del acto que la crea, es la de poder modificarse en cualquier tiempo. Políticamente es absurdo, quimérico y hasta criminal pretender encadenar las generaciones sucesivas a las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., de la actualidad, aunque ellas estuviesen en contradicción absoluta con el ideal del momento, con la moral de la moda, con la justicia dominante, con las necesidades políticas, económicas, etc. Esto equivale a incitar a una generación hacia la revolución y hacia la violencia. Si una generación cualquiera formulara, por el Organo de su Parlamento, la pretensión grotesca de reglar no varietur la suerte y la conducta de las generaciones sucesivas sobre tal o cual punto, su voluntad no tendría eficacia política, ningún valor jurídico. Habría ejercido un poder que no le pertenece, política ni jurídicamente y que nunca podría pertenecerle".

Cosa diferente es que los efectos de la revocatoria del acto reglamentario, conforme al aforismo **tempus regis actum,** no pueden borrar, **en lo pasado,** los efectos jurídicos ya reproducidos, y por eso se ha dicho que los status legales reglamentarios sólo pueden ser modificados para el futuro, por vía general e impersonal.

Se hace pues necesario como aconseja el autor antes citado, prestar mucha atención al estudio de la naturaleza de los actos jurídicos, pues existen algunos "que, en apariencia son actos contractuales pero que en realidad son actos **complejos** que comprenden, al lado de un contrato propiamente dicho, una ley un reglamento" y en los cuales, si bien es imposible revocar o modificar las estipulaciones concretas, nada impide desde el punto de vista jurídico, que las situaciones generales e impersonales creadas por la ley o leyes en ellos incorporadas, puedan ser revocadas o modificadas para el futuro por la vía unilateral del Estado, único facultado para establecerlas. (Subrayas de la Sala).

Por eso el carácter general de la norma del artículo 38 comentado que manda no sólo incorporar en los contratos las leyes civiles reguladoras de las relaciones entre particulares, sino también las de derecho público que reglamentan los status legales complementarios que rigen los contratos. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....585, 1ª y 2ª y 586, 1ª

— 215 —

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS (Incorporación de disposiciones constitucionales)

Si en el contrato que se estudia se consideraron incorporadas todas las leyes vigentes, entre ellas el Decreto-Ley 1305, también quedaron incorporados los artículos 76 y 80 de la Constitución Nacional en donde se establece que le corresponde al Congreso hacer las leyes; que por medio de éstas ejerce entre otras atribuciones, las de interpretar, reformar o **derogar** las preexistentes; que al mismo Congreso corresponde establecer las rentas nacionales, decretar impuestos extraordinarios y, en fin, que las leyes sobre contribución deben tener origen en la Cáma-

ra de Representantes. De donde se concluye que si el Decreto aludido debiera ser considerado como ley del contrato, han de serlo también las mencionadas normas de la Constitución, y que si hubiere de considerarse pactada entre las partes la exención del impuesto, debe igualmente considerarse pactada la facultad para el Estado de derogar dicha exención.

Consecuencia de todo lo anterior es que si el Decreto 1305 es ley del contrato, lo es solamente en su carácter de ley interpretativa de sus cláusulas; que por su incorporación en él no perdió su propia naturaleza de acto reglamentario, esencialmente revocable por el Legislador; que de su derogatoria por la Ley 50 de 1945 no puede predicarse que haya modificado la situación contractual ya que no creó entre las partes una situación particular y concreta que las vinculara definitivamente. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) . . 586, 2ª

—216 —

INTERPRETACION ERRONEA

La interpretación errónea es un medio de infracción que consiste en el equivocado entendimiento que se tenga del contenido de una norma, en sí misma considerada, independientemente de toda cuestión de hecho. (Casación Laboral. Octubre 10 de 1956. Números 2171, 2172 y 2173) 553, 1ª

— 217 —

INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY

La interpretación errónea de una ley proviene del equivocado concepto que se tenga del contenido de su texto, independientemente de toda cuestión de hecho y de derecho en la interpretación de las pruebas, cuestión ésta última que, por sí sola, no es motivo de casación, pues necesita tener incidencias sobre un texto sustantivo infringido a consecuencia de un error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. (Casación Civil. Octubre 2 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 443, 2ª

— 218 —

INTERPRETACION EQUIVOCADA DE LA LEY (Por sí sola no constituye delito)

No comparte la Sala algunos de los conceptos del Tribunal, pero aún en el caso de que la interpretación que da a la ley fuera equivocada, ese posible error no podría elevarse por sí solo a la categoría de delito, porque teniendo los jueces libertad de apreciación de las normas jurídicas, sería atentar contra esa libertad darle el carácter de delictuoso a toda interpretación equivocada de la ley, cuando por otros medios no resulta patente la intención dolosa. (Ver sentencia de abril 11 de 1950, G. J. 2081 y 2082). (Sala Plena. Noviembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) 213, 1ª

— 219 —

INTERVENCION EN POLITICA (Por los funcionarios judiciales o del Ministerio Público)

Dos son los hechos que el artículo 180 del Código Penal prohibe para los funcionarios judiciales y los del Ministerio Público: formar parte de directorios políticos e intervenir en debates de carácter político.

Los partidos políticos, es sabido, tienen su organización interna, con células o agrupaciones regionales, municipales, departamentales y nacionales. Esos organismos o agrupaciones tienen sus directivas, que comandan y organizan en forma permanente

o transitoria la actividad política de cada partido. El pertenecer a esas directivas o comandos es hecho que la ley erige en delito para los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, pues esa actividad partidista es algo que choca con la imparcialidad a que están obligados los encargados de la Administración de Justicia y de la vocería de la sociedad. Sabiéndose cómo la pasión partidista tuerce el criterio de quienes actúan en forma directa en la lucha de los partidos, la ley ha querido sustraer de esa lucha y de esa agitación a quienes, como los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, necesitan de mayor imparcialidad y de mayor confianza por parte de la sociedad. El Juez requiere para el correcto ejercicio de su cargo, conocimiento de la ley, rectitud de criterio, serenidad e imparcialidad en los juicios y confianza por parte de los litigantes y de los asociados. Comoquiera que la política excita los sentimientos; mueve a venganzas, confunde los criterios y destrona la serenidad, es lógico y elemental que la ley haya prohibido la intervención beligerante en la lucha de los partidos, lucha que es más perjudicial para el correcto desempeño de las funciones judiciales cuando el funcionario hace parte de comités o directivas políticas.

La ley no ha querido privar al funcionario judicial de sus derechos políticos: simplemente ha querido evitarle la oportunidad de desvirtuar su criterio de serenidad, rectitud e imparcialidad, sin que les sea lícito intervenir directamente y en forma activa en debates políticos, aconsejando en la organización o concurriendo a manifestaciones o conferencias de agitación proselitista.

La ley es clara cuando habla de formar parte de directorios políticos, pero no lo suficiente cuando prohibe intervenir en debates de este carácter. Se ha pensado por algunos que lo únicamente prohibido es la actividad de agitación y propaganda cuando los partidos se enfrentan en los comicios o elecciones, función indudablemente la principal y de más trascendencia en la vida de aquéllos. No obstante, a esa sola limitación no se circunscribe la ley al quitarle toda beligerancia política a los miembros de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público. Por consiguiente, concurrir a reuniones políticas de propaganda o de agitación de los partidos, es hecho castigado por la ley; como es igualmente punible firmar adhesiones a programas o candidatos, y escribir editoriales o comentarios que sirvan directamente a la organización o la lucha de los partidos. Sabiéndose que lo punible es la beligerancia política, la intervención directa en los debates, luchas o contiendas por el predominio de los partidos, es por lo que la jurisprudencia ha dicho que no es delito ni constituye abuso de autoridad el explicar en la cátedra determinadas doctrinas filosóficas o políticas; como no es delito —se agrega ahora— comentar los sucesos de la política, de los partidos o de los gobernantes. Asistir como simple espectador a las sesiones del Parlamento, de las Asambleas o de los Consejos Administrativos, con el deseo de oír los debates públicos de los congresistas o de los concejales, no constituye abuso de autoridad por intervención en política; pero sí es delictuoso por parte de un funcionario judicial o del Ministerio Público, asistir a reuniones de agitación y de propaganda electoral partidista. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1081, 1ª y 2ª

— 220 —

INVENTARIO SUCESORAL (La inclusión de un bien no confiere derechos)

La diligencia de inventarios de bienes de una sucesión es una simple relación de los bienes relictos que no quita ni confiere derechos, como en repetidas ocasiones lo ha

dicho la Corte. Entonces, la inclusión de un inmueble en el inventario sucesoral no es prueba ni del dominio ni de la posesión del bien, porque esa inclusión no muda el derecho de terceros ni les arrebata la posesión. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Números 2174, 2175).....802, 1ª

— 221 —

INVESTIGACION

El deber de investigar los delitos ha de cumplirse sobre la base del **conocimiento** que los instructores tengan de que la ley penal ha sido realmente infringida. Así se infiere de disposiciones del Estatuto Procesal tan perentorias como estas: el artículo 8º, según el cual no es un hecho cualquiera sino "toda infracción penal" la que origina la respectiva acción; los artículos 10, 11 y 12, que subordinan a ese conocimiento (del hecho como "infracción penal" o "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio") la obligación que las autoridades tienen de iniciar las investigaciones o de pasar éstas al Juez competente, según el caso, y la que incumbe a todos los habitantes del territorio colombiano mayores de veintiún años de denunciar los delitos; y el artículo 284, que obliga al funcionario de instrucción cuando ha recibido una denuncia o personalmente ha conocido la perpetración de un ilícito, a expedir "un auto cabeza de proceso en que, **fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal,** resolverá abrir la investigación correspondiente...".

Como lo expresó la Sala en autos de abril 21 de 1955, para que una investigación pueda iniciarse es preciso que en la mente del Juez instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse, sin que el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito qué investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se amparan por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad, no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra de los hombres de bien. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175).....
1062, 2ª y 1063, 1ª

— 222 —

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO
(Delito contra la)

La introducción arbitraria, engañosa o clandestina en habitación ajena, contra la voluntad de su dueño, es lo que configura el delito contra la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad que está amparada por el fuero domiciliario que garantiza el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Si la introducción engañosa, arbitraria o clandestina se realiza por un particular, las sanciones consecuenciales son las previstas por el artículo 302 del Código Penal, y cuando se trata de actos engañosos o clandestinos, no es necesario para que se consume el delito que haya prohibición del dueño del domicilio. La introducción es arbitraria cuando se pasa por encima de la voluntad del habitante amparado en su fuero.

Este delito se configura para los funcionarios o empleados públicos, cuando se penetra en una habitación o se registra, abusando de las funciones oficiales. Ese exceso de poder es arbitrario. Puede suceder (y eso lo prevé el inciso 2º del artículo 303) que el abuso no sea arbitrario, sino injusto, por no observarse las formalidades que para el allanamiento y registro señale la ley. Cuando el acto sea arbitrario, obediente a la sola voluntad abusiva del funcionario, el hecho cae bajo las sanciones del primer inciso del artículo 303, como cuando un empelado, valiéndose de la fuerza moral coercitiva que le da su carácter oficial o su función, penetra a un domicilio ajeno contra la voluntad del morador. Y, cuando lo que sucede es que el funcionario no se somete a las formalidades prescritas por los artículos 320 y concordantes del Código de Procedimiento Penal, y penetra a un domicilio para registrarlo, el acto es injusto, y cae bajo las sanciones del inciso 2º del artículo 303. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1956. Nos. 2174, 2175) ...

1019, 2ª y 1020, 1ª

— 223 —

IRA E INTENSO DOLOR (Cusado por grave e injusta provocación)

El testigo mejor calificado para invocar la ira por grave e injusta provocación es aquel que la experimenta, se ha dicho, y ello es de una evidencia irrebatible. Si quien pasa por tal estado espiritual, que perturba y altera el entendimiento, puesto que la ira se define corrientemente como una locura breve, no la alega, no la presenta como causa del acto que cometió bajo su impulso, entonces, substraído ese elemento importante de juicio, habrá que averiguarlo a través de un estudio comparativo del hecho y de la personalidad del infractor, porque siendo subjetivos los caracteres humanos, no a todos impresiona el mismo hecho en igual grado, ni en análogas circunstancias todos obran de idéntica manera.

Pero esta tarea le corresponde —cuando se acusa una sentencia— a quien aduzca como fundamento de un recurso extraordinario esa especial modalidad, circunscrita en el artículo 28 del C. P., que exige un cuadro psicológico muy preciso, para que pueda concederse que el proceder del inculpado se ajustó a los términos exactos de tal norma, que comprende los delitos llamados de ímpetu, ajenos, por lo tanto, a cualquier deliberación, sin que esto quiera decir nada con respecto al factor tiempo. Porque el dolor, emoción adinámica, suele cobrar intensidad en el transcurso de horas o de días, y porque la ira, a pesar de su dinamismo, puede también crecer y expresarse mucho después de haber ocurrido el acontecimiento que la estimuló. Y éste debe ser grave e injusto, pues lo que excusa o atenúa no es la ira en sí sino la causa justa de la ira. Sólo en tales condiciones es posible hablar de que ella transforma la delincuencia como resultado de una provocación. Y mal puede llamarse provocado el que acude a palabras injuriosas para reclamar un derecho. Sencillamente entonces desmejora su posición y plantea una lucha, cuyas consecuencias, por estar previstas o ser previsibles, pesan sin modificación alguna sobre el que dio lugar a ellas. (Casación Penal. Julio 26 de 1956. Nº 2170) ...

316, 2ª y 317, 1ª

— J —

— 224 —

JUECES Y MAGISTRADOS (Delitos en que pueden incurrir estos funcionarios al impartir justicia)

Es verdad que los jueces están expuestos a que se les acuse cada vez que sufren una

equivocación en materia tan compleja como es la jurídica, procedimiento éste ya condenado y condenable siempre; pero también se halla el juzgador en el deber de observar con exactitud las prescripciones de la Ley, a pesar de que en un determinado caso considere que puede apartarse de ellas, sólo porque así se lo aconseje su personal criterio, lo que es igualmente censurable, porque conduce a la arbitrariedad y al abuso del derecho. Las normas están escritas para obedecerlas, y no es permitido dejar de aplicarlas cuando su sentido es claro. Mas el delito de abuso de autoridad se desintegra cuando del acto del funcionario no resulta perjuicio alguno.

"Los abusos de autoridad, el prevaricato u otras faltas en que pueden incurrir los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, no se deducen simplemente de los errores que sufran en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, ni resulta de que ésta se halle en pugna con otra que se considere jurídica y la más exacta o adoptable en la doctrina. Y así, no basta que se demuestre la incorrección jurídica de una sentencia para concluir que quien la profirió es autor de alguna de las infracciones contra la administración pública. No. Lo que debe establecerse es la incorrección moral del juez al pronunciarla. Porque ni la ignorancia, ni el error, ni la disparidad en los diversos puntos de vista pueden servirle de fundamento al cargo de prevaricato o de abuso de autoridad. Aquel hecho requiere dolo específico; y éste dolo genérico. Prevarica quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la Ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, gobernado por los mismos sentimientos.

"Incurre en abuso de autoridad el que comete en ejercicio de sus funciones un acto arbitrario o injusto. Pero debe entenderse que lo arbitrario, es lo que depende del capricho, lo que no tiene respaldo, así como lo injusto es aquello que viola la equidad.

"Deniega justicia, no el que yerra en sus fallos, sino el que con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley rehusa pronunciarlos y se abstiene de juzgar.

"Usurpa jurisdicción el que la ejerce contra lo claramente dispuesto en la ley". (Auto de septiembre 30 de 1954). (Casación Penal. Junio 2 de 1956. Nº 2169) ..... 108, 1ª y 2ª y 109, 1ª

— 225 —

JUECES SUPERIORES O DE CIRCUITO
(Prueba de su calidad)

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de su Sala Penal, conocen en primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los jueces superiores y a los de circuito (C. P. P., artículo 61, ord. 1º), o sea, que se establece fuero a favor de dichas personas, para no someterlas a los trámites ordinarios en su juzgamiento. Por ser excepcional la competencia atribuída a los tribunales, debe existir la prueba de que determinada persona está cobijada por el fuero. Esa prueba no es otra que el nombramiento acordado por el Tribunal, cuya copia debe existir en el expediente; no es el ejercicio del cargo el que demuestra aquel nombramiento, ni tampoco la diligencia de posesión. La ley ordena que se presuma de derecho el ejercicio del cargo, pero ninguna presunción se ha establecido respecto del nombramiento. Si falta la prueba de éste, se ignora si alguno o algunos de los sindicados se hallan cobijados por el fuero como jueces superiores o del circuito y, por tanto, es evidente la consecuencia de que no hay base para fijar la competencia. Se ignora si el Tribunal, en primera instancia

y la Corte, en segunda, son competentes para decidir cuando no se ha probado la calidad requerida para que opere el fuero. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1083, 2ª y 1084, 1ª

— 226 —

JUICIO DE CUENTAS (Carga de la prueba de las objeciones)

Puede decirse en términos generales que en el juicio de cuentas no se alteran los principios jurídicos que regulan las probanzas. De acuerdo con esos principios el que alega un cargo debe demostrarlo y con mayor razón cuando ese cargo agrava la obligación o deuda. Entonces si el cuentadante al rendir la cuenta indica una cantidad como ingresos por determinado concepto y el objetante afirma no ser cierta esa cantidad, le corresponde a éste demostrar que la deuda es distinta, es decir, comprobar la objeción. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....804, 2ª y 805, 1ª

— 227 —

JUICIO DE SUCESION (Cuándo es de jurisdicción voluntaria o contenciosa)

Sólo cuando todos los copartícipes son personas plenamente capaces y actúan de común acuerdo, puede entenderse que es por jurisdicción voluntaria como interviene el juez en el procedimiento destinado a partir la herencia. De otra suerte, en los trámites están previstas las oportunidades que puedan suscitrase, hasta llegar a la sentencia aprobatoria que perfecciona el acto legal de partición.

Por ello, se abre articulación si alguno se opone a la demanda, como también para oír a los legatarios cuando piden que se les pague inmediatamente sus asignaciones y para decidir, con audiencia de las partes, las dudas del partidor, del propio modo que para resolver el desacuerdo entre los copartícipes sobre si debe o no hacerse la licitación de especies de que habla la regla 1ª del artículo 1394 del C. C.; y no de otra manera se procede para sustanciar las objeciones oportunamente propuestas contra la partición. Hay entonces campo abierto dentro de esas variadas incidencias para que se hagan valer los intereses contrapuestos, con términos probatorios, recursos de alzada e inclusive el de casación ante la Corte, de la misma manera que en el juzgador radican los poderes jurisdiccionales para desatar la controversia. Y es de suyo suficiente que los trámites prevean la posibilidad de que las disputas surjan, para estar en presencia de jurisdicción en materia contenciosa, y no simplemente graciosa.

Perfeccionado el acto legal de partición por la sentencia aprobatoria, como cifra y compendio de las providencias que sirvieron para prepararla, se estabiliza en derecho una situación, no ordinariamente revisable sino de la misma manera y según las mismas normas que los contratos, por nulidad o rescisión, al tenor del artículo 1405 del C. C. (Casación Civil. Junio 21 de 1956. Nº 2169)... 53, 1ª y 2ª

— 228 —

JUICIO ORDINARIO DE CUENTAS

El juicio ordinario de cuentas tiene como finalidad examinar las cuentas que se presenten y las objeciones que a éstas se formulan, para deducir los saldos, dando lugar a que se modifiquen las partidas iniciales mediante el examen de los comprobantes y pruebas que se aduzcan, por lo que las modificaciones que se hagan no demuestran por sí solas dolo del cuentadante, si éste no ha recurrido a maniobras engañosas para ha-

cer aparecer egresos no efectuados u ocultar ingresos efectivos. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175)....797, 1ª

— 229 —

JURADOS (Opinión)

El hecho de que un miembro de Jurado exprese que tiene formada opinión en torno al proceso y la circunstancia de que en el curso de la audiencia pública pida informes sobre la opinión política de los que intervienen en el proceso, no incide en la violación de la norma del artículo 26 de la Carta. Estas hipótesis no desquician el procedimiento ni afectan los derechos y garantías del acusado en el ejercicio de su defensa. Mientras el concepto u opinión del Jurado permanezca en los planos de la inteligencia, mientras ella no sea expresada oralmente o por escrito, nadie puede saber cuál es el verdadero alcance de esa opinión, ni mucho menos afirmar que ese concepto del dominio intelectual sin expresión externa, sea violatorio de la Ley o de la Constitución.

Tampoco se puede afirmar que no hubo imparcialidad en el juzgamiento respecto del Jurado Cardona Londoño, porque éste —se repite— no expresó la forma como iba a pronunciar su veredicto. Deducir la opinión porque el veredicto fue desfavorable, es nada menos que anticipar un concepto personal de la defensa, porque con el mismo argumento se podría llegar a la conclusión opuesta, y la opinión sólo es conocida a través del veredicto como resultado de las deliberaciones de los Jueces de Conciencia.

"Si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron —ha dicho la Corte— se observan las formalidades de los artículos 471, 528, 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el Jurado, es indudable que en estos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la Ley a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que realiza un miembro del Jurado, conlleva una responsabilidad personal pero no un cercenamiento de las garantías constitucionales". (G. J. Tomo LIX, pág. 1021). (Casación Penal. Julio 19 de 1956. Nº 2170)....310, 2ª y 311, 1ª

— L —

— 230 —

c LAUDO ARBITRAL

Cuandoquiera que ciertas materias figuren en un determinado laudo arbitral, no como expresión de la voluntad decisoria de los árbitros, sino como expresión de la voluntad de los conciliadores recogida por los árbitros de acuerdo con las actas suscritas en la etapa conciliatoria, se configura una irregularidad, la cual sin embargo no alcanza a afectar de nulidad el laudo, comoquiera que no se configura el exceso de poder en los términos en que debe entenderse lo contempla el artículo 143 del C. P. T., es decir, como voluntad jurisdiccional que entre a discutir y disponer sobre puntos ya conciliados. (Casación Laboral. Noviembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1097, 1ª

— 231 —

LAUDO ARBITRAL (Debe notificarse a todas las partes comprometidas en el conflicto)

La remisión del negocio a la Corte o al Tribunal Seccional, por efecto del recurso de homologación interpuesto contra el fallo arbitral, requiere el examen, por parte del Tribunal de Arbitramento, de la aptitud procesal de la persona o personas que lo interponen y de la oportunidad en que lo hacen; todo ello precedido de la notificación legal, que es el acto que lleva a las partes el co-

nocimiento de la decisión respectiva. Jurídicamente, sin éste no se abren los caminos del recurso, ni el juez puede resolver sobre su concesión o denegación, ni se ha agotado su actividad jurisdiccional, ni el superior puede iniciar el estudio del asunto.

De otro lado, conviene advertir que el hecho de que el Tribunal de Arbitramento se haya declarado sin jurisdicción para conocer del problema respecto de la parte que no fue notificada, y el de que pueda considerarse que los demás ordenamientos del laudo no la afectan, no exoneran de la obligación legal de notificar dicha sentencia a todas las partes comprometidas en el conflicto según la Resolución constitutiva de aquel organismo. (Casación Laboral. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1121, 1ª y 2ª

— 232 —

LAUDO ARBITRAL (Puede regir desde antes de su homologación)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo tenía decidido que por la especial naturaleza y objetivos del laudo arbitral, el recurso de homologación que contra él se intentara no impedía que, declarada su exequibilidad, empezara a regir desde el momento en que el laudo hubiera sido notificado a las partes, a falta de otra fecha futura en él mismo señalada. (Junio 25 de 1949, G. J., IV, 613). (Casación Laboral. Noviembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175).....
1099, 2ª y 1100, 1ª

— 233 —

LEGADO (De bienes pertenecientes a la sociedad conyugal)

El artículo 1168 del C. C. se refiere exclusivamente y en general al legado de bienes que no han pertenecido a una sociedad conyugal, ya porque el testador no ha sido miembro de ella, ya porque habiéndolo sido, el bien legado pertenecía a su exclusivo patrimonio personal. Si Pedro, siendo soltero y dueño de la mitad de una finca, dice en su testamento: "Lego mi finca tal", se entiende o presume según el citado texto legal, que la asignación se concreta a la parte, cuota o derecho que tiene en dicha finca, y no al total de ella porque toda no le pertenece y es obvio que sólo puede transmitir lo que posee en propiedad. Otro tanto ocurriría si siendo casado, la mitad de tal finca, la hubo antes del matrimonio, o por herencia o legado, es decir, que no hace parte del haber de la sociedad conyugal.

En cambio, el artículo 1799 regula específicamente un caso distinto, exclusivamente cuando el legado recae sobre un bien que hace parte de la sociedad conyugal a que pertenece el testador. Se entiende que la voluntad de éste ha sido legar ese bien, con imputación a sus gananciales, que el día de su muerte harán parte del acervo herencial, de cuyo valor se tomará si alcanzare para ello, deducidas las deudas, asignaciones forzosas, etc., en la liquidación correspondiente. Si Pedro adquiere a título oneroso, durante la sociedad conyugal, la finca tal y en su testamento dice que la lega a Juan, no se entiende que en la universalidad de bienes sociales, él es dueño de la mitad de esa finca, como socio, sino que el legado recae sobre toda ella o su valor, según el caso, siempre que al hacerse la liquidación de la sociedad no afecte la mitad del otro cónyuge, ni al liquidarse la sucesión afecte las asignaciones forzosas, o sea que el testador pudo disponer libremente de ese valor.

Si a la sociedad conyugal pertenece sólo la mitad de la finca, el legado operará sobre esa mitad y no se entendería que es sobre la cuarta parte de tal finca, a base de que a cada cónyuge pertenece mitad de mitad, en el referido inmueble.

Si el pensamiento del legislador, al acoger en sus términos precisos el artículo 1799,

hubiera sido el de que cuando el cónyuge testador lega una especie perteneciente a la sociedad, el legado sólo comprende el derecho o cuota social que tiene antes de la liquidación, sobraría tal disposición porque a falta de ella operaría en todo su vigor el artículo 1168. O si aquél hubiese sido su pensamiento, lo habría expresado así claramente, como lo expresó en el citado artículo 1168, disposiciones que regulan situaciones diferentes, congruentemente y dentro de la más plena armonía jurídica.

El inciso segundo del artículo 1423 del Código Civil francés, fue la base del artículo 1743 del chileno, del cual se tomó el 1799 del colombiano. El pensamiento del legislador francés y el del chileno, son sustancialmente iguales, aunque distintos en sus términos. Dice aquél: "Si él (el marido) ha donado en esta forma un efecto de la comunidad, el donatario no puede reclamarlo en especie, sino en tanto que el efecto, por virtud de la partición, caiga en el lote de los herederos del marido; si el efecto no cae en el lote de esos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último". El artículo chileno, que es el nuestro, emplea términos más breves y precisos, suprimiendo por superflua la palabra **total.** Cuando el artículo francés dice: "el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado", el chileno y el nuestro dicen simplemente: "tendrá derecho a perseguir su precio sobre la sucesión del testador" sin expresar que es un precio **total.**

El recurrente se acoge a esta circunstancia para pensar que si en el derecho francés se habla del **valor total** y en el nuestro se suprimió el témino **total,** es porque no se entiende que sea el total, sino la parte que al cónyuge le corresponde en el objeto legado al momento de testar. Pero la verdad es que entre decir "el precio total de la cosa es cincuenta mil pesos" o el "precio de la cosa es cincuenta mil pesos", no hay diferencia conceptual alguna, es cosa igual y siempre se entiende que se trata del total. (Casación Civil. Noviembre 21 de 1956. Nos. 2170, 2175) .....857, 1ª y 2ª y 858, 1ª

— 234 —

LEGITIMA DEFENSA (Prevención de la víctima)

La sola circunstancia de hallarse la víctima prevenida para el ataque le quita a su defensa el carácter justificativo en orden a cualquiera de los bienes defendibles: el de existencia o el de la propiedad. (Casación Penal. Julio 23 de 1956. Nº 2170)...316, 2ª

— 235 —

LEGITIMA DEFENSA (Requisitos)

La defensa, bien comprenda la de los bienes, o bien se refiera a la vida o a la integridad personal es legítima cuando es necesaria. Necesidad y legitimidad son, pues, dos conceptos que no pueden separarse cuando se trata de apreciar el hecho con el fin de saber si está justificado.

Violencia, injusticia y proporción son circunstancias que deben aparecer claras y patentes en el acto que se pretende sacar de la esfera punitiva de la ley. La primera debe ser **actual,** es decir, que haya principiado o cuando menos implique un peligro cierto para quien rechaza el ataque; pero este peligro tiene que ser concreto y real, no abstracto ni eventual. La segunda, injusticia, debe ser objetiva y efectiva. Y la tercera, la proporción, es igualmente indispensable, por que este último requisito constituye —como lo dice Maggiore— la línea de demarcación entre la defensa y la lucha privada sin medida y sin ley. (Casación Penal. Julio 23 de 1956. Nº 2170) .....316, 1ª y 2ª

— 236 —

LEGITIMACION EN LA CAUSA

La legitimación en causa o personería sustantiva es un presupuesto procesal indispensable para que pueda fallarse el negocio en el fondo y consiste en la identidad existente entre el actor y el titular de la acción o entre el demandado y el sujeto pasivo de la acción. (Casación Civil. Octubre 15 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....454, 1ª y 2ª

— 237 —

LEGITIMACION EN LA CAUSA

La Sala reafirma su doctrina de que corresponde al demandante probar la personería sustantiva o legitimación en la causa de la parte demandada, o sea que el reo es el verdaderamente obligado a responder en el juicio, a falta de la cual se impone la absolución de las peticiones del libelo por inexistencia de uno de los elementos estructurales de la acción. (Negocios Generales. Diciembre 5 de 1956. Nos. 2174, 2175)...1224, 1ª y 2ª

— 238 —

LEGITIMACION PROCESAL (Del Obispo o Vicario Capitular)

El canon 1747 dice: "No necesitan probarse:... 3º los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, a no ser que el derecho o el juez exijan, no obstante prueba".

Este canon, como en casos similares, nuestras leyes, se refiere a los hechos controvertidos que fundan el derecho, y no a las personas o calidad de éstas, que no puede ser materia de confesión o simple aceptación de las partes.

Y la calidad representativa de la persona natural, **oficio** o **cargo** eclesiástico, según el canon 145, se constituye por ordenación divina o eclesiástica de orden o de jurisdicción. Agrega el canon 147 que esos cargos no pueden obtenerse válidamente sin provisión canónica o nombramientos hechos por la competente autoridad eclesiástica. En el presente caso se trata de un cargo de ordenación eclesiástica o nombramiento, que se consigna en acta o decreto, según el canon 159 que dice: "La provisión de cualquier oficio, se debe consignar por escrito", sobre lo cual agrega el canon 200 en su inc. 2º: "A quien afirma ser delegado, le incumbe el deber de probar la delegación".

El Gobierno de la Diócesis, en sede vacante, a falta de Administrador Apostólico o disposición especial de la Santa Sede pertenece al Cabildo Catedralicio, quien debe consignar o delegar sus funciones de administración, dentro de los ocho días, en un Vicario Capitular, conforme a los cánones 431 y 432, y se nombra por el Cabildo Metropolitano, en acto Capitular, quien debe aceptar dentro de los ocho días siguientes y hacer profesión de fe, para adquirir jurisdicción, en armonía con el canon 1406.

De manera que el nombramiento de un Vicario Capitular es cosa ampliamente reglamentada y se hace en forma de quedar expresa y clara la prueba documental, porque ello no es de derecho divino sino de derecho positivo eclesiástico. Por derecho se sabe que el Vicario Capitular, en sede vacante, es el representante de la Diócesis, pero por derecho o norma canónica nunca se sabe qué persona natural lleva esa calidad; y las calidades o cargos de esta índole son lo que deben demostrarse en juicio, de la misma manera que quien se dice el Gobernador o el Alcalde, debe demostrar en juicio que lo es, porque en derecho sólo se sabe que tales funcionarios tienen la representación legal del Departamento o del Municipio, pero

nunca se puede saber qué persona responde al cargo respectivo y lo ejerce sino mediante copia auténtica del acta de nombramiento y diligencia de posesión.

El artículo 250 de nuestro Código Judicial, dice: "Las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso". Las iglesias de la religión católica son personas jurídicas y como tales comparecen siempre, pues no hay excepción, por medio de sus representantes, y la persona natural capaz de comparecer, debe demostrar que ostenta esa representación, porque el juez no puede legalmente saberlo, sin la prueba documental que lo demuestre. De allí el artículo 231 del C. J. que dice: "El que pide a nombre de otro, está obligado a probar la facultad para representarlo. El Juez no da curso a la demanda si no está acreditada dicha representación".

Esto significa que si por virtud del artículo 1º del convenio del Concordato, los juicios sobre bienes eclesiásticos se someten en todo a las normas de nuestro procedimiento civil, es necesario atender a lo ordenado en los artículos 321 y 250 del C. J., y establecer claramente la facultad de representación que tenga la persona natural que comparece en el juicio, esto es su legitimatio ad procesum. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175).....948, 2ª y 949, 1ª

— 239 —

LEGITIMATIO AD CAUSAM (Es cuestión de fondo, que no es medio exceptivo)

"La Corte en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 333 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal; para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria". (LIX, pág. 546).

En el presente caso, el hecho generador de la excepción de inepta demanda propuesta por el Departamento, no es procedimental, sino que tiene un sentido sustantivo o de fondo, comoquiera que se niega la relación jurídica entre la demandante y el Departamento. No se trata entonces de un medio exceptivo y mucho menos dilatorio. La cuestión tiene relación directa con la legitimidad de la personería del Departamento, que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, y que por ser uno de los elementos esenciales de la acción debe ser resuelta al fallar en el fondo el negocio y no antes, porque ella no concierne al proceso sino a la titularidad para demandar y ser demandado. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Número 2170).....408, 1ª y 2ª

— 240 —

LEY SUSTANTIVA (Artículo 209 del C. J.)

La norma del artículo 209 del Código Judicial es mandamiento de carácter sustantivo pese a su localización en el código de leyes adjetivas y acusable por vía de casación con ocasión de su posible quebrantamiento, como que determinar si dos acciones son contrarias e incompatibles entre sí, es problema que presupone estudio de fondo no de simple rito procesal. Esta es la jurisprudencia de la Corte. (V. cas. marzo 9 de 1943, LV, 45 y 46). (Casación Civil. Noviembre 23 de 1956. Nos. 2174, 2175)..863, 2ª y 864, 1ª

— 241 —

LEY SUSTANTIVA (Artículo 471 del C. J.)

El artículo 471 del C. J. no contiene una norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares o les imponga obligaciones. Esa disposición al señalar cómo deben formularse las sentencias es de carácter simplemente procedimental, por lo cual no da base para un cargo en casación. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175) 841, 2ª

— 242 —

LEY SUSTANTIVA (Artículo 593 del C. J.)

Tiene repetido la Corte, y es su jurisprudencia "que la disposición del artículo 593, que estatuye que 'toda decisión judicial, en materia civil, se fundamenta en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa...', no es norma sustantiva que consagre derechos a favor de los porticulares; es regla que el legislador da a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de la prueba". Consiguientemente, lo ha repetido esta Sala, esta disposición no puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la deseche o contraríe será indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tenga como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagren derechos sustantivos. (Casación Civil. Noviembre 23 de 1956. Números 2174, 2175) 867, 2ª

—243 —

LEY SUSTANTIVA (Artículo 394 del C. C.)

Las reglas del artículo 1394 del C. C. no son absolutas sino relativas, ni principios concretos de derecho positivo cuya infracción constituya causal de casación consistente en violación de leyes sustantivas. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1956. Números 2174, 2175) 765, 1ª

— 244 —

LEYES DE AUXILIOS (Deben someterse a la ley general de planeación)

En sentencia de Sala Plena de la Corte de diciembre 14 de 1945 (G. J. 2025, pág. 645), quedó plenamente establecido que la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos debe operarse con sujeción a los planes y programas acordados por una ley anterior de planeación, sin que le sea dable al Congreso proceder a decretar auxilios o emprender obras públicas, en cada caso, sin tener en cuenta la correspondiente ley que determine las condiciones y requisitos necesarios para que se particularice el gasto.

Como lo anota el proveído, no es que en nuestra organización jurídica existan leyes de diversa jerarquía, sino que los numerales 4º, 19º y 20º del artículo 76 de la Constitución Nacional guardan una íntima conexión, en forma tal que, cuando se decreta un gasto concreto sin sujeción a la ley general que determina los planes y programas, no se está violando esa norma jerárquicamente igual a la primera, sino que se contraría la Constitución misma.

En materia de auxilios a los municipios que sufran calamidades públicas, la ley general que determina el plan que debe seguirse y los requisitos para que el Congreso decrete el auxilio, es la 52 de 1945. (Negocios Constitucionales. Diciembre 18 de 1956. Números 2174, 2175) .....739, 1ª y 2ª

— 245 —

LEYES DE FOMENTO DE OBRAS UTILES O BENEFICAS

La ley 71 de 1946, dictada en desarrollo

del num. 20, artículo 76 C. N., determina los planes y programas a seguir para el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, entre las cuales se encuentran la construcción, ensanche y sostenimiento de hospitales, clínicas, reformatorios y casas de salud y beneficencia. La misma ley determina las condiciones que deben reunirse para que se proceda a la construcción de esta clase de obras. Sin que se cumplan esos requisitos no es posible que el Congreso Nacional decrete un gasto con tal fin, sin que se viole, en esta forma, el artículo 76 de la Constitución Nacional (numeral 20). (Sala de Negocios Constitucionales. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174, 2175)..... 740, 1ª y 2ª

— 246 —

LICENCIA DE CONSTRUCCION (No es un hecho u operación administrativa)

Sostiene el Fiscal del Tribunal que la acción que correspondería a los hechos aducidos en la demanda sería la consagrada en el artículo 68 del C. C. A., o sea, la encaminada a obtener el restablecimiento del derecho lesionado por un hecho o una operación administrativa. Pero esta afirmación no se sostiene si se tiene en cuenta el origen, la finalidad y las consecuencias del acto administrativo que motiva el presente juicio, cual es el de una licencia de construcción. En efecto: tal acto es la **demarcación del paramento** para una construcción, con el fin de realizar una obra pública, y no un hecho o una operación administrativa de índole general, que es a lo que se refiere la citada norma del artículo 68. (Negocios Generales. Octubre 25 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)....664, 1ª

— 247 —

LICENCIAS DE CONSTRUCCION (En trabajos públicos)

El Ministerio Público insinúa un tácito acuerdo entre la demandante y la Administración, mediante el cual aquélla cede la faja de terreno y ésta se compromete a pagarle "una vez derramado y recaudado el valor correspondiente a los impuestos de valorización que habrán de sufragar los vecinos beneficiados con la obra de ensanche, reglamentación que aceptó la demandante al conformarse con los hilos y perfiles que le suministró la oficina competente para la nueva edificación"; de donde deduce la Fiscalía que el Municipio no se halla en mora de pagar y por lo tanto la acción es extemporánea.

Las resoluciones administrativas que señalan los hilos y perfiles a que han de someterse las construcciones que hagan los propietarios de inmuebles, no pueden ser desconocidas ni violadas por éstos, y su cumplimiento no significa que renuncien a su derecho al pago de las zonas segregadas. No hay cesiones tácitas de la propiedad raíz. Con fundamento jurídico expresa el Tribunal: "La ocupación de un inmueble por una entidad de derecho público no desconoce el dominio, se limita a servirse de él, utilizándolo, para lo cual se tiene en cuenta el principio constitucional según el cual el interés particular debe ceder ante el interés público o social...". El acatamiento a la orden de la autoridad no puede pues interpretarse como cesión voluntaria del terreno. La enajenación de inmuebles requiere requisitos solemnes sin los cuales no es posible efectuarse. O la expropiación y previa indemnización de acuerdo con la ley. Si no se realiza por esos medios sino que se ocupa el terreno por razón del interés público o el beneficio social, es deber de la Administración —que siempre ha de respetar el derecho a la propie-

dad— indemnizar al dueño equitativamente. De ahí la razón de ser de la acción indemnizatoria consagrada por la ley 167 de 1941. No pagada oportunamente la indemnización por la entidad pública, mal puede afirmarse que la acción es extemporánea, ya que no existió, como queda dicho, acuerdo bilateral alguno que condicionara el pago al que a su vez hiciera la demandante del impuesto de valorización. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).....347, 1ª y 2ª

— 248 —

LUCRO CESANTE (En juicios sobre trabajos públicos)

Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante. (Negocios Generales. Julio 16 de 1956. Nº 2170).....374, 1ª

— M —

— 249 —

MANDATO (Su naturaleza)

De esta figura del mandato sin representación, la Corte en varias ocasiones se ha ocupado de ella, para darle la eficacia del caso, y con tal fin ha dicho: "En Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interpretación de todas sus formas lícitas; y aún el jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse. Las partes pueden tomar dos actitudes: una ostensible, como la del comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su responsabilidad existe la del comitente, aunque no les importa saberlo, porque es la solvencia de aquél,no la de éste, la que ellos toman en cuenta. Otra secreta, en donde el comisionista presta su nombre para un negocio en realiad de terceros".

Nuestros Códigos Civil y de Comercio, con la obvia diferencia de que el segundo se refiere a negocios comerciales, definen el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, teniendo como obligación esencial el mandato comercial la de dar cuenta de su encargo. De tal manera que no lo confunde con la procuración. Lo deslindan del arrendamiento de servicios porque en vez de hablar de éstos se refieren a negocios. Distinguen la representación del interés al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Y así se deduce de los artículos 2146 y 2177 del Código Civil cuando dicen: "Que el negocio puede interesar al mandatario únicamente y que éste puede contratar a su propio nombre, respectivamente y así lo disponen también los artículos 356 y 367 del Código de Comercio".

En el mandato sin representación puede afirmarse "que el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante"; de aquí que el comisionista deba sujetarse estrictamente a las órdenes del comitente; que en ningún caso puede obrar contra sus instrucciones claras y terminantes, que en caso de falta de instrucciones deba suspender la ejecución de la comisión. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175)....
784, 1ª y 2ª

— 250 —

MANDATO COMERCIAL (Obligaciones entre comitente y comisionista)

El contrato de mandato comercial —comisión— es por su naturaleza bilateral; así es considerado por los autores y la jurisprudencia, dadas las circunstancias de que si no se estipula remuneración entonces el comitente está en la obligación legal de retribuir al comisionista competente sus servicios de acuerdo con el uso general en la plaza donde se hubiera desempeñado la comisión —artíulo 379 del Código de Comercio—. Pero las demás obligaciones que nacen directamente de él están a cargo del mandatario —comisionista—; así, está obligado a cumplir el mandato mientras dure el encargo y responder por los daños que procedan del incumplimiento de aquél; debe dar cuenta de su actuación, responde de su sustituto en el encargo recibido, si no estaba facultado, o para nombrarlo con indicación expresa de la persona del delegatario. El comitente no asume sino obligaciones eventuales, que no dimana del mandato —comisión— sino de estipulaciones accidentales incorporadas a él. Así, asume para con el mandatario, en caso de estipulación de anticipos, la de su reembolso, intereses en la forma convenida, aunque el asunto haya fracasado sin culpa del mandatario. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175)...784, 2ª y 785, 1ª

— 251 —

MANDATO COMERCIAL (Rendición de cuentas al terminar el contrato)

Cuando los contratantes, en uso de la facultad legal, dan por terminado el contrato de común acuerdo, su inmediata consecuencia no es otra que la extinción del mandato en cuanto hace a las relaciones entre mandatario y mandante, a partir de la fecha de ese acuerdo, particularmente cuando se trata del mandato comercial —comisión para la venta o para la compra—, donde el comisionista se presenta cobrando en nombre propio y donde aparece la figura jurídica del mandato sin representación, que regulan los artículos 331 y 332 del Código de Comercio en armonía con las normas de los artículos 2142, 2146 y 2177 del Código Civil.

Si bien el mandatario está obligado a dar cuenta de su gestión una vez terminado el mandato, no incurre en mora hasta que se le exija el cumplimiento de esa obligación. Lo cual no obsta para que las partes hagan la liquidación de sus cuentas en los términos que mejor les parezca y convenga. Pero, el deber que al mandatario impone la ley de rendir cuentas, no excluye ni obsta al derecho que el mandante tiene para exigir, desde luego, de aquél el saldo de la cantidad líquida que estime serle en deber, como resultado de las operaciones y relaciones jurídicas entre ellos existentes, pues como tales deberes y derechos son respectivos y se derivan de la naturaleza y alcance del contrato de mandato, sólo tienen aplicación estricta los artículos 2181 del C. C. y 383 del Código de Comercio cuando el mandante, para el ejercicio de acción, tenga absoluta necesidad de una previa rendición de cuentas.

Así las cosas las doctrinas y la jurisprudencia expuestas cobijan al mandato comercial o comisión y, en consecuencia, en la ejecución del contrato, particularmente, en la deducción de saldos líquidos a cargo de uno y otro contratante, se destaca e impera el principio de la necesidad de la acción previa de rendición de cuentas por parte del mandante, antes de procederse a la condena de saldo líquido, por cualquier otra vía distinta a la anotada. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175)..784, 1ª y 785, 1ª

— 252 —

MANDATO JUDICIAL (Contrato de)

Según el artículo 2142 del C. C. "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". El artículo 2145 ibidem enseña que "el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez". Y conforme al ord. 3º del artículo 2184 del mismo Código, es obligación principal del mandante pagar al mandatario "la remuneración estipulada o usual". El mandato judicial es el contrato celebrado por una persona con un abogado para que éste la asesore y represente dentro de un juicio a fin de asumir la defensa de sus intereses y ejecutar los actos adecuados a tal objeto. Ya por la índole del encargo que recibe el abogado, como por la misma naturaleza de los servicios que presta al comitente, es indudable que se trata de un verdadero mandato y no de una mera locación de servicios. Según el artículo 2144 del C. C., "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato". Dentro de las obligaciones del mandatario judicial se conprenden los servicios de procuración dentro del juicio, y los de asesoría intelectual a su cliente y asistencia continua en la preparación y conducción del negocio para la cabal defensa de los intereses. Para la representación judicial del mandante dentro del respectivo negocio, el mandatario recibe un **poder**, un título de procuración, sometido a ciertas formalidades, poder que no puede confundirse con el contrato de mandato que comprende los derechos y obligaciones de las partes contratantes. El poder es generalmente consecuencia del contrato de mandato previamente celebrado. El mandato judicial es remunerado por naturaleza. Los servicios prestados por el abogado deben serle pagados por su cliente, a menos que aparezca estipulación en contrario. La remuneración debe ser la pactada entre mandante y mandatario, o la que señale el juez teniendo en cuenta los usos, la naturaleza de los servicios prestados y la importancia del negocio. Los servicios del abogado en el estudio jurídico del negocio, en la conducción intelectual de éste y en la obtención de las pruebas adecuadas a su buen suceso, deben considerarse como gestiones comprendidas dentro del cumplimiento del contrato de mandato judicial. El hecho de que el apoderado no haya intervenido judicialmente dentro de la actuación para la cual había recibido poder, no trasmuta el contrato de mandato en otro distinto. Tales gestiones deben serle remuneradas al abogado conforme a los artículos 2143 y 2184 del C. C. (Casación Civil. Julio 12 de 1956. Número 2170).....224, 2ª y 225, 1ª

— 253 —

MANDATO JUDICIAL (Es esencialmente remunerativo)

Las legislaciones fuente de nuestro Derecho Civil, tenían establecido que la gratuidad del mandato era de la esencia del contrato y en forma, que si se convenían honorarios asumía la categoría de simple arrendamiento de servicios. La nuestra tiene dispuesto lo contrario, vale decir, que la remuneración en el mandato es de la esencia del contrato, como se desprende de lo dispuesto por los artículos 2184, inc. 3º, y 2143 del C. C., con el aditamento de que en relación con la remuneración de los apoderados judiciales tiene la Corte establecido "que sobre el particular el artículo 347 del C. J. es más explícito y que éstos deben ser remunerados

por disposición del artículo 16 de la ley 62 de 1936". Innegable, consiguientemente, que en relación con el mandato judicial debe presumirse que se pactó remunerado, hasta el punto de que a falta de estipulación procede el señalamiento judicial. En otros términos, puede afirmarse que es de la naturaleza del mandato judicial el pago de honorarios, mas sin que esto implique, que por las estipulaciones del convenio puede ser gratuito o en ocasiones someterse a una determinada condición, por ejemplo, si se gana el pleito, si la gestión tiene éxito ante **determinada** autoridad, etc., etc. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175) 886, 1ª

— 254 —

MANDATO JUDICIAL (Su revocación no excluye la obligación de retribuírla)

Si el mandante en uso de un derecho suyo no fue fiel a las naturales obligaciones de mandante y revocó el poder a su abogado, no por ello pueden quedar en el aire, insolutas, extinguidas o sin valor sus obligaciones para con el mandatario, sencillamente porque la revocación del mandato no es medio para extinguir de plano las obligaciones del convenio; lo será para terminar el mandato, pero no podrá serlo para extinguir los resultantes de esas relaciones contractuales, máxime cuando el mandatario haya desempeñado en parte la gestión. (Ver cas. abril 9 de 1943 y agosto 4 de 1950, LVI, 492 y LXVII, 765). (Casación Civil. Noviembre 30 de 1956. Nos. 2174, 2175) 889, 1ª

— 255 —

MEDIDAS DE SEGURIDAD

La imposición de las medidas de seguridad de que trata el artículo 29 del C. P. exige la concurrencia de estos presupuestos:

1º—Que al tiempo de ejecutarse el hecho se encontrare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia, o padeciere de grave anomalía psíquica.

La presencia de estos requisitos la demanda perentoriamente el artículo en estudio.

2º—Que en el auto de proceder se haya hecho referencia a tal estado.

Esto porque el cuestionario que el Juez presenta a los Jurados ha de ser una síntesis del auto de proceder. El cuestionario debe ajustarse estrictamente a los cargos formulados en el auto encausatorio. Si en éste no se ha hecho mención de aquellas circunstancias especiales que, coexistiendo con la ejecución del hecho, determinan la aplicación de simples medidas de seguridad, no es entonces dable hacer relación a ellas en las preguntas del cuestionario a los Jurados, a menos que con posterioridad y en la causa, se haya demostrado, porque se quebranta la relación y la unidad de los hechos que deben mantenerse en estos dos elementos del proceso.

3º—Que en el cuestionario se incluya la pregunta relativa a la condición que sirve de fundamento para imponer las medidas de seguridad y que el Jurado la contesta afirmativamente.

Este presupuesto emana del principio básico en el derecho penal, cual es el de que el veredicto constituye la pauta invariable para que el juzgador dicte su fallo en los juicios en que interviene el Jurado. Es por eso que al Juez le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso.

Atento a estas consideraciones, el legislador de 1943 al expedir la ley 4º modificó el artículo 498 del C. de P. P. en el sentido de exigir expresamente que en el cuestionario, cuando se trata de las circunstancias previstas en el artículo 29 del C. P., se agre-

gue estas pregunta: "¿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 de grave anomalía psíquica?" (Casación Penal. Noviembre 15 de 1956. Nos. 2174, 2175).....981, 2ª y 982, 1ª

— 256 —

MEDIOS NUEVOS

Si la demanda de investigación de la paternidad natural se apoya en las presunciones cuarta y quinta del artículo 4º de la ley 45 de 1936, fundar el recurso de casación en la presunción tercera, es alegar un "medio nuevo", por tanto, inadmisible. (Casación Civil. Julio 18 de 1956. Nº 2170)....246, 1ª

— 257 —

MEDIOS NUEVOS (Definición)

Puede definirse el "medio nuevo": el hecho, extremo o planteamiento que sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación, y de tal manera relacionado con la decisión que, de ser admitido, se produciría necesariamente la infirmación de la sentencia. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169)...76, 2ª y 77, 1ª

— 258 —

MEDIOS NUEVOS (Los hay cuando la cuestión propuesta es de hecho, pero no cuando es de derecho)

Hay medio nuevo en casación cuando la cuestión propuesta, pero debatida en las instancias, es de hecho o sobre prueba de los hechos, pero no cuando versa sobre un punto de puro derecho, como el de que si se aplica o no la ley 45 de 1936 a los hijos habidos antes de su expedición. Esta cuestión de derecho puede plantearse en casación aunque no se hubiera discutido en instancias, y no puede calificarse de medio nuevo.

Sobre el particular la Corte se ha expresado repetidas veces como puede verse en casaciones de marzo 12 y septiembre 2 de 1936 (XLIII, 731 y XLIV, 139). Casación Civil. Julio 18 de 1956. Nº 2170).255, 1ª y 2ª

— 259 —

MEDIOS NUEVOS (Su composición)

Componen el medio nuevo:

a) Su **trascendencia** en relación con la decisión, hasta el punto de que su aceptación en el recurso habría de causar necesariamente la casación.

b) **La falta de alegación** explícita o implícita en las instancias, por el litigante interesado en alegarlo. Lo que no se alega en instancia no existe en casación. Pero, si el Tribunal trató de él, sin haber sido alegado, no es medio nuevo en casación.

c) **La naturaleza del hecho, extremo o planteamiento.** Se excluyen las razones de puro derecho, porque en el campo de la investigación jurídica y de la interpretación legal, la función de juzgar no admite límites. La "libre investigación científica" de Gény, o la "persuasión racional" del artículo 21 de la Ley 200 de 1936, como síntesis de la potestad interpretativa del juez, no admite restricciones. Precisamente, porque a los juristas concierne participar en la dispensación de la justicia y en el progreso de las instituciones forenses, es por lo que están llamados a influir en la doctrida jurisprudencial, a cuyo efecto no podría limitárseles su tarea en el ámbito de la investigación y del razonamiento jurídico, ni en la oportunidad para realizarla, en instancia o en casación.

Se excluyen también los medios concer-

nientes al orden público, no invocados en instancia, y sin embargo nunca nuevos dentro del ámbito de la casación.

Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, nunca nuevos en casación, quedan los planteamientos legales o extremos no formulados o alegados en instancia, siempre nuevos en casación y, por tanto, inadmisibles en el recurso extraordinario.

Un planteamiento o extremo —que no sea razón de puro derecho ni medio de orden público— toca directa o indirectamente con los hechos, materia en la cual lo que no se alegue en instancia no puede alegarse en casación. Son pues dichos planteamientos, extremos o hechos, la materia de los verdaderos y únicos "medios nuevos" en casación. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169)... 77, 1ª y 2ª y 78, 1ª y 2ª

— 260 —

MEDIOS NUEVOS EN CASACION (Fundamentos de su inadmisibilidad)

La Corte reafirma la doctrina consagrada en numerosos fallos sobre el "medio nuevo" en casación, con apoyo: en una razón constitucional, pues se violaría el derecho de defensa si las partes pudieran echar mano de hechos, extremos o planteamientos no alegados en instancia; y en una razón originada en la esencia de la casación, porque éste tiene por objeto restablecer el imperio de la ley infringida en la sentencia, lo cual no podía basarse sino en lo alegado ante el juez, no en lo que pudiese ser alegado con posterioridad ante la Corte. La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aun respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....75, 2ª y 76, 1ª y 2ª

— 261 —

MINAS (El expediente en que se tramitó la propuesta de contrato no puede aducirse al juicio ordinario)

Si el juicio no se origina en una oposición a la propuesta de contrato, con fundamento en la propiedad de los minerales, sino que se trata de un ordinario sobre dominio de yacimientos mineros incoado directamente ante las autoridades judiciales, se ve cómo existe fundamento para no acceder a la petición de que se pida al Ministerio de Minas y Petróleos el envío del expediente original de la actuación administrativa. Tal expediente forma parte de los documentos al cuidado y guarda del Ministerio y, por lo tanto, tal envío sólo puede hacerse cuando se ha formulado oposición, con el objeto de que el juzgador decida "si es el Estado o el opositor el dueño de los yacimientos de que se trata". (Artículo 1º, ley 85 de 1945). (Negocios Generales. Noviembre 10 de 1956. Nos. 2174, 2175)..... 1174, 2ª

— 262 —

MINAS DE CARBON (Controversias sobre su propiedad suscitadas entre particulares con y sin la presencia del Estado)

Entre los particulares y el Estado puede suscitarse controversia sobre la propiedad de las minas de carbón, cuando se alegue que éstas pertenecen a la reserva nacional. Según la doctrina y la jurisprudencia, en los

juicios que se susciten al respecto, incumbe siempre al particular la demostración de que la mina cuyo dominio se controvierte, es de su propiedad, y en consecuencia, estará obligado a presentar la prueba legal de que el terreno en donde se encuentra la mina, salió definitivamente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Y esto ocurrirá no sólo en las oposiciones a las propuestas de contratos para explorar y explotar las minas que el proponente afirme pertenecer a la reserva nacional, sino en todo juicio en que el Estado discuta esa propiedad, aun cuando el particular asuma la calidad de demandado. Se comprende muy bien que el Estado goza de una posición procesal favorable en esta clase de controversias, ya que a él le bastará como medio de defensa, afirmar que los terrenos en donde se hallen situadas las minas de carbón son baldíos, conforme al artículo 44 del Código Fiscal, afirmación que corresponde destruir al particular demostrando que los terrenos correspondientes salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. De esta manera debe entenderse la llamada presunción de dominio a favor del Estado, sobre las minas pertenecientes a la reserva nacional.

No puede aplicarse la doctrina anterior a las controversias que se susciten exclusivamente entre particulares sobre el dominio de una mina de carbón, u otra sometida al mismo régimen jurídico, que pudiera ser propiedad del Estado por hallarse situada en terreno baldío de la Nación o salido de su patrimonio con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Si el juicio de dominio se ventila entre particulares hallándose ausente el Estado, los litigantes podrán acudir a las normas del derecho común para hacer triunfar sus pretensiones, sin que la llamada presunción de dominio a favor de la Nación juegue para nada en esta clase de controversias, cuya decisión por la justicia no declarará la propiedad **erga omnes** sino que apenas definirá entre los particulares enfrentados, quién ha probado mejor derecho a la mina en litigio, dejando a salvo el derecho del Estado para reclamarla en cualquier tiempo como parte integrante de la reserva nacional, ya que para el Estado, como para cualquier extraño, aquella sentencia es **res inter allios judicata** que ni lo perjudica ni lo favorece, según la norma sustantiva del artículo 473 del Código Judicial.

De acuerdo con la constante y reiterada doctrina de la Corte que señala nítidamente la relatividad del concepto de dominio en los juicios entre particulares sobre propiedad privada, no se ve ninguna razón valedera para exigir excepcionalmente en controversia reivindicatoria sobre una mina de carbón, el título originario del Estado, a quien se pretenda dueño de ella por accesión al predio en donde está situada. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169) .95, 1ª y 2ª, 96, 1ª

— 263 —

MINAS DE CARBON (Régimen de las pertenecientes al Estado)

Las minas de carbón de propiedad del Estado pertenecen a la llamada reserva nacional. No son denunciables, ni adjudicables a particulares. Su explotación puede hacerse por los particulares, mediante contratos de concesión celebrados con el Gobierno Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 110 del Código Fiscal y en el Decreto número 805 de 1947. Tales minas, por su propia naturaleza, son inalienables e imprescriptibles. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169) 95, 1ª

— 264 —

MINISTERIO PUBLICO (En el proceso penal)

El Ministerio Público en el proceso penal, ejerce una función jurídico-social por cuanto asume la representación de los intereses del Estado y de la sociedad. Su misión no es propiamente la de acusador para obtener una condena, ni la de defensor para pedir la absolución; su función, por ser de carácter público-social es la de buscar el equilibrio de la justicia entre la sociedad y el Estado y la persona que infringió la ley penal o aquella que injustamente es acusada. Es natural que en la mayoría de los casos los intereses de la sociedad están en pugna con los del acusado; entonces su deber como representante de ella es el de pedir una justa sanción, pero, existen otros en los cuales el interés social puede coincidir con los del acusado para fusionarse en una sola tesis: la defensa social.

Pero si el Ministerio Público representado por uno de sus colaboradores —Fiscal del Juzgado Superior— por error en la interpretación de la ley o por falsa o equivocada apreciación de la misma, llega a extremos inconciliables con los de la justicia, deber del superior jerárquico es el de rechazar ese resultado y buscar otra solución, en orden a evitar la impunnidad y cumplir los fines primordiales de una recta administración de justicia. Los derechos de la sociedad no tienen justa representación cuando el Ministerio Público frente a hechos concretos y pruebas que lo demuestran, prescinde de ellas para convertirse en defensor del acusado.

Lo anterior no significa que en todos aquellos casos en que existan discrepancias de conceptos sobre tesis debatidas en un juicio, por este solo motivo deba solicitarse el cambio de radicación del proceso y éste deba prosperar. No. El traslado del negocio de un distrito judicial a otro distinto, en este evento, sólo tiene como justificación el móvil de acertar en la interpretación de la ley para evitar errores que puedan conducir a la impunidad, máxime cuando existen casos concretos que demuestran esta ocurrencia. (Casación Penal. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....542, 2ª y 543, 1ª

— 265 —

MUJER CASADA (Tiene plena capacidad para comparecer en juicio)

La ley 68 de 1946 no suprimió ni mermó siquiera, la capacidad de la cónyuge para comparecer en juicio libremente, capacidad expresamente reconocida por el artículo 5º de la ley 28, en lo concerniente a la defensa de la propiedad de esos bienes, que es la propia defensa del haber común, por cuyo motivo siendo la titular externa de ellos tiene la personería sustantiva suficiente para afrontar las litis encaminadas, por activa o por pasiva, a esa defensa, y de allí que la acción en el caso actual haya sido por este aspecto bien enderezada. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170).....281, 1ª y 2ª

— N —

— 266 —

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS (Delito de)

El bien jurídico tutelado por esta disposición —artículo 167 del C. P.— es la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y de los empleados públicos frente a los intereses del Estado. La intervención directa o indirecta en cualquier contrato u operación celebrado con entidades públicas y el em-

pleado que por razón de sus funciones debe intervenir en él, y la utilidad o ganancia —intereses— derivada del mismo, crean la incompatibilidad o impedimento para celebrar negociaciones, factores que unidos entre sí configuran el delito de "las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas".

En todo delito, los elementos tanto objetivos como subjetivos deben demostrarse, pues la ausencia de uno de ellos implica la afirmación de la inexistencia del mismo. La simple comprobación del elemento material con ausencia del factor moral; o la existencia de un principio de ejecución del hecho sin comprobación del elemento intencional o dolo; o la existencia de un contrato sin la intervención del funcionario, desvirtúan la tipicidad del ilícito y conducen a la afirmación de inexistencia de violación de la ley penal. (Casación Penal. Noviembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175).....975, 2ª

— 267 —

NULIDAD CONSTITUCIONAL (En el proceso penal)

La nulidad proveniente del quebrantamiento de un precepto de superior jerarquía, se deriva del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando afirma que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En esta norma se condensan los fundamentos esenciales del proceso en cuanto a leyes que previamente definen los delitos, la existencia de Tribunales que deben juzgarlos y las normas procesales que deben observarse.

Es evidente que nadie puede ser juzgado sino "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", es decir, mediante el cumplimiento exacto de lo que se manda y ordena en la ley; en esto radica, precisamente, la plenitud de las formas del juicio, o sea la observancia de las normas procesales en su contenido sustantivo y adjetivo, porque la integridad del proceso depende de que en su juzgamiento no falte ninguno de los actos propios a la actuación.

Las formas procesales son el conjunto de diligencias y solemnidades requeridas por la ley para hacer efectivo el derecho, y la plenitud es la totalidad de las mismas. Puede que la integridad de las formas propias del juicio quede afectada en lo sustancial o en lo adjetivo, por omisión del Legislador o por descuido del juzgador en el trámite del proceso. En previsión de estos errores y como tutela a los derechos individuales, el constituyente estableció como garantía de indispensable cumplimiento en los juicios, las prescripciones del artículo 26, y cuando por cualquier causa estos preceptos se quebrantan, se incurre en la llamada nulidad constitucional.

Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional. (Casación Penal. Julio 19 de 1956. Nº 2170) 310, 1ª y 2ª

— 268 —

NULIDAD PROCESAL (Efectos de la)

Si se declara nulo todo lo actuado en un

juicio a partir del auto admisorio de la demanda, todas las actuaciones adelantadas hasta ese momento, inclusive la notificación de la demanda, pierden su eficacia legal. De esta suerte, será la fecha en que se hace legalmente esta última notificación, la que habrá de servir de referencia cierta para contar el lapso señalado por la ley para la prescripción. Así lo tiene establecido la Corte en su jurisprudencia. (Cas. agosto 19 de 1941, G. J. 1978, pág. 193). (Negocios Generales. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175)...

1247, 1ª y 2ª

— 269 —

NULIDADES (No es posible impetrarlas después de dictada una sentencia)

Preceptúa el artículo 456 del C. J. que en "cualquier estado del juicio, **antes de que se dicte sentencia**, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo"; lo que a contrario sensu significa que después de dictar la sentencia ya no es posible a ninguna de las partes formular esa clase de peticiones. (Casación Civil. Octubre 18 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).

467, 1ª

— 270 —

NULIDADES (Por error en el proceso penal)

La ley (ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P.) establece como causas de nulidad en los procesos penales cierta clase de errores susceptibles de crear graves incertidumbres que pueden desquiciar las bases del procesamiento. Y es esta la razón de las siguientes exigencias: correcta denominación jurídica del delito, para que pueda ejercitarse una defensa adecuada; individualización del infractor, para evitar una injusticia; y señalamiento de la "época" y del "lugar" con el fin de prevenir toda posibilidad de confusión. Por consiguiente, el error tiene que ser, como ya se dijo, de tal naturaleza cuando se refiere a la persona del delincuente o al lugar y época en que se cometió la infracción, que conduzca a la perplejidad o al desconcierto. Así, cuando el sindicado usa diversos nombres y apellidos, debe designársele por todos ellos, sin que esto quiera decir que se está juzgando a varias personas por un hecho que no puede ejecutar sino uno solo. Y cuando el ilícito empezó a realizarse en un determinado momento y tuvo su consumación horas más tarde, o principió en un día y terminó en el siguiente, no cabría alegar error alguno fundándose quien tal reclamara en que al referirse a ese hecho se abarcó el espacio transcurrido entre la iniciación y el final del acontecimiento. Razones análogas existen en cuanto hace a la indicación del lugar, tomado en la ley como equivalente a sitio o paraje, que puede ser extenso o de reducidas proporciones, sin que haya necesidad de fijarlas con precisión matemática, lo que además de inútil se prestaría, ello sí, a múltiples dificultades. (Casación Penal. Junio 19 de 1956. Nº 2169). 115, 2ª y 116, 1ª

— 0 —

— 271 —

OBJECIONES (A la diligencia de inventarios y a la partición)

Si en los inventarios se incluyeron unos créditos, y esta diligencia quedó en firme porque durante el término del traslado no hubo objeción por parte de los herederos sobre este punto, ha precluído la oportunidad procesal para hacerlo al dejársela pasar en silencio, por lo cual esta situación ya no puede remediarse objetando la partición, en razón de que sólo mediante el incidente de objeciones al inventario mismo se puede decidir sobre exclusión de bienes y de créditos.

Entonces el partidor obra legalmente si en el desempeño de su cargo se sitúa dentro de los límites de lo inventariado y avaluado, por activo y por pasivo, estando debidamente aprobada esta diligencia. (Casación Civil. Noviembre 21 de 1956. Nos. 2174, 2175) ... 854, 2ª y 855, 1ª

— 272 —

OBJECIONES (A la partición)

El que el partidor adjudique un inmueble con la advertencia de que sobre él existe un derecho de retroventa por el antiguo propietario, derecho que se alegue caducado, no configura motivo para objetar la partición, porque el partidor no tiene funciones jurisdiccionales ni ningún principio legal le habilita para dar por vencido el plazo determinado en el contrato de compraventa. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1956. Nos. 2174, 2175) 766, 2ª

— 273 —

ORDEN PUBLICO (Facultades del Presidente de la República)

La elección de las medidas encaminadas al restablecimiento del orden público es de la privativa competencia del Presidente de la República, conforme al artículo 121 de la Carta. En esta materia sus atribuciones de poder son mayores que las del propio Congreso. (Sala de Negocios Constitucionales. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174 y 2175).. 743, 1ª

— P —

— 274 —

PAPEL COMUN (Revalidación)

El artículo 346 del C. J. dispone que el papel necesario para resolver las peticiones de las partes o para otras diligencias debe suministrarlo la parte que haga las peticiones, y el necesario para la continuación de un incidente el actor mismo. Cuando la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común, según lo dispone el artículo 351 del citado Código, pero en este caso la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario. Véase al respecto, el auto de junio 26 del corriente año. (G. J. LXXXIII, 82). (Casación Civil. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175) 891, 2ª

— 275 —

PAPEL SELLADO (Requerimiento)

La orden de no oír al renuente mientras no consigne en estampillas de Timbre Nacional el doble del papel sellado que ha debido suministrar, a que alude el artículo 351 del C. J., no conlleva necesariamente la negativa de lo que se pide, simplemente prescribe una suspensión de la decisión mientras corre el término que se señale en el requerimiento para que se cumpla con ese deber; con menos razón puede entenderse que se deba tener en cuenta para efectos de la oportunidad de la interposición del recurso, la fecha en que por orden del funcionario se verifica la revalidación. De ahí, la recta interpretación del art. 351 del C. J., expuesta en autos de mayo 30 de 1940 y agosto 14 de 1941 (XLIX, 494 y LII, 187), jurisprudencia que establece, en síntesis, que la principal condición que se requiere para la oportunidad del recurso es que se interponga en tiempo y que la revalidación —en su caso— se verifique dentro del término que señale

el requerimiento. (Casación Civil. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) .437, 1ª

— 276 —

PARTE CIVIL

La parte civil no tiene la iniciativa de la investigación penal, no la determina ni decide. La persecución de fines indemnizatorios puede imprimirle a sus actuaciones un carácter que, en tesis general, no sería dable nivelar con las que la ley le impone a la administración de justicia, en relación con la verdad procesal cuya búsqueda y hallazgo figuran entre los fines superiores del Estado. (Negocios Generales. Noviembre 17 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1190, 2ª

— 277 —

PARTE CIVIL (Tiene derecho de recusar)

El acusado afirma estar íntimamente convencido de que la parte civil carece de la facultad de recusar. Para desquiciar esa infundada creencia le hubiera bastado reflexionar un poco sobre el alcance y fines de la institución de los impedimentos, que regulan determinadas situaciones procesales y que se han establecido de manera expresa para evitar todo aquello que sea capaz de perturbar la serenidad e imparcialidad de quienes administran justicia. Se refiere ese ordenamiento legal a una relación entre quien dirige el proceso y las personas que en él intervienen, es decir, entre el Juez y las partes. De modo que —y esto resulta obvio— es suficiente ser parte para tener el derecho de recusar. (Casación Penal. Junio 14 de 1956. Nº 2169).....111, 1ª

— 278 —

PARTE POR CELEBRACION Y DERIVACION (Para efectos de la competencia)

El Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales tenía autonomía para desarrollar sus funciones en relación con las obras a realizar con motivo de los juegos atléticos, como puede verse en la Resolución que reformó la Carta Fundamental de los Juegos Atlénticos Nacionales, proferida por la Comisión Nacional de Educación Física. Ahora: suponiendo que la Nación pudiera tener interés en la negociación efectuada entre dicho organismo y la entidad demandante, no puede por eso decirse que el Estado sea parte original en la relación jurídica contractual, sino que por los efectos de esa relación, la Nación vendría a ser parte por deducción o más propiamente por derivación. De donde resulta que el concepto de parte puede tener dos acepciones: una especial, que se refiere a la causa o motivos concurrentes que originaron la relación jurídica en la cual los sujetos que figuran como activos y pasivos de ella son las partes originales o mejor dicho partes por celebración, concepto muy importante que debe tenerse en cuenta para efecto de fijar la competencia de la Corte en esta materia. La otra significación del concepto de parte mira en general a los efectos del vínculo contractual en el cual un tercero pueda tener un interés que viene a constituírlo en parte por derivación. De ahí que haya una oposición en el concepto de parte por celebración y parte por derivación. (Negocios Generales. Julio 16 de 1956. Nº 2170).....384, 2ª

— 279 —

PARTICION (Reglas para realizar este trabajo)

El partidor de una comunidad herencial

debe conformarse al verificar las adjudicaciones, a las normas generales que señala el Tít. X del Libro III del Código Civil y que singularizan los artículos 1394 y 1395 de la misma obra; **deberán ceñirse** a la equidad teniendo en cuenta el valor que a los bienes se les haya dado en el inventario; deberá **buscar la continuidad** de lo adjudicado al tenor de las reglas 3 y 4 del citado artículo 1394, siempre y cuando que esta continuidad no ocasione perjuicios mayores al mismo adjudicatario ni a los demás partícipes; procurará **guardar la posible igualdad,** es decir, adjudicará a los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad; deberá **hacer los lotes** en forma que procure no sólo la **igualdad** sino también la **equivalencia y semejanza.**

Son las anteriores, las principales normas que la ley previene para estos eventos y que ha impuesto el legislador con el ánimo de que el partidor se compenetre con el anhelo de equidad a que habrá de ajustarse, entre otros fines, con el de que se dé a cada uno de los herederos lo que en derecho y en justicia corresponda. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1956. Nos. 2174, 2175) .764, 1ª y 2ª

— 280 —

PARTICION MATERIAL (De un predio para adjudicarlo por lotes)

La partición material de un predio para adjudicarlo por lotes a los copartícipes supone, es obvio, que el avalúo de éstos se haya hecho singularmente o por lo menos que conste que las tierras que deben repartirse sean de valor uniforme, a propósito de que el partidor pueda adjudicar las porciones o formarlas mediante mensuras practicadas por él mismo; y supone también, que si el inmueble ha sido avaluado en globo puede tener necesidad de adjudicarlo proindiviso pues es innegable que él no ejerce funciones de perito avaluador. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1956. Nos. 2174, 2175) 765, 1ª

— 281 —

PELIGROSIDAD (Social o predelictual y criminal o posdelictual)

En derecho penal existen dos clases de peligrosidad: la social o predelictual y la criminal o posdelictual. La primera contempla una medida defensiva del Estado, en cuanto tiene como finalidad precaver o prevenir la comisión de un delito o todo hecho perjudicial que atente contra la seguridad social; es la tutela preventiva del orden contra sujetos que por sus condiciones psíquicas, orgánicas y ambientales están predispuestos al delito; la segunda, es una medida tendiente a evitar la repetición de actos que violan las normas jurídicas; esta parte de un hecho concreto que es el delito; su valoración no depende exclusivamente de las condiciones subjetivas de la persona, sino de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, de los motivos determinantes y de los múltiples factores que rodean la personalidad del delincuente, modalidades éstas que sirven de norma para fijar la sanción. La peligrosidad predelictual o social no se confunde con la peligrosidad criminal; aquélla es una medida preventiva o profiláctica del delito, ésta es el resultado de un hecho que entraña una violación concreta de la norma jurídica.

Los estados de "especial peligrosidad" o "prevención social" contemplados por el Decreto 0014 de 1955, no se confunden con el delito, ni son por consiguiente el delito mismo; los primeros —se repite— tienden a prevenir una infracción de la ley penal, es el concepto de peligrosidad o capacidad para delinquir sin la existencia del hecho criminoso; el segundo es la violación de la ley penal o sea, "la acción legalmente punible" que por quebrantar el orden jurídico tutelado

por el Estado es objeto de una sanción; aquéllos son siempre objeto de una medida de seguridad por tiempo indeterminado entre un mínimo y máximo y dura hasta que cese el estado de peligrosidad; éste tiene como resultado la aplicación de una pena por término fijo y determinado, con excepción de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal. (Casación Penal. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173). 539, 2ª y 540, 1ª

— 282 —

PERIODO DE PRUEBA (Debe constar por escrito en el contrato de trabajo)

Cuando el artículo 77 del C. T., hace la exigencia de constar por escrito el período de prueba, le está fijando su naturaleza a los contratos de trabajo que tengan esa estipulación, y no por simple formalismo. Tal estipulación es natural que deba constar al celebrar el contrato, porque en ese momento se producen las pretensiones de las partes, se fija el alcance de cada una de ellas con fines a evitar precisamente los cambios intempestivos o las malas interpretaciones.

Pensar que el contrato con período de prueba pueda celebrarse en cualquier momento de su duración de dos meses por escrito, es tanto como aceptar que la prestación de servicios del trabajador pueda quedar al capricho del patrono y a la inestabilidad que éste haya de producirle en cualquier momento, aún después de haber comenzado a trabajar sin haber condicionado nada sobre su duración. Esto porque la norma general es la de que todo contrato celebrado oralmente o que carezca de constancia escrita que fije los términos de su celebración o que pueda demostrarse con la presencia de una prestación de servicio mediante remuneración, ha de aceptarse como indefinido en su duración.

Se ve entonces, el por qué tiene que aceptarse que el contrato con período de prueba, cuando tal ocurra, ha de suscribirse en su momento inicial, y cómo es interpretar erróneamente la disposición en análisis, decir que dicha estipulación se puede suscribir en cualquier momento. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173). 562, 2ª y 563, 1ª y 2ª

— 283 —

PERJUICIO MORATORIO (En trabajos públicos)

La acción propuesta tiene por origen el acto de la Administración por el cual ocupa la propiedad ajena sin previa indemnización. Con tal acto se contraviene el ordenamiento constitucional de respeto a la propiedad y de ahí la obligación compensatoria. No satisfaciéndose oportunamente esta obligación de no hacer, ni pudiéndose deshacer lo hecho, el deudor ha de resarcir también el perjuicio moratorio, que no puede ser otro que el equivalente a la rata de interés anual de la suma debida, cumpliéndose así la regla del artículo 1615 del C. C. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170). . . . 347, 2ª

— 284 —

PERJUICIOS (Su cuantía)

Véase el aparte **Cuantía** en el número 127 de este Indice.

— 285 —

PERSONERIA (Del liquidador de una sociedad)

Quien otorga poder diciéndose liquidador de una sociedad, debe acreditar esa calidad y la aptitud jurídica necesaria para otorgar tal representación a fin de que pueda ser reconocido su apoderado. (Casación Laboral.

Octubre 19 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)
556, 1ª y 2ª

— 286 —

PETROLEOS (Identidad del inmueble)

Preferencialmente a los otros hechos cuya demostración se requiere en juicios sobre petróleo, es preciso demostrar que el terreno existe realmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos. Porque mientras no se compruebe plenamente la ubicación del terreno no podrá saberse con certeza si él está comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos y abarcado por la de la propuesta sobre exploración y explotación.

Desde luego, en juicios sobre petróleo no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto del derecho es, precisamente, el petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, es obvio que dicho terreno debe estar plenamente determinado e identificado dentro del proceso para que la declaración judicial del dominio recaiga sobre un cuerpo cierto. (Negocios Generales. Octubre 29 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....682, 1ª

— 287 —

PETROLEOS (Título)

El acta de venta en pública subasta de bienes de temporalidades no es título suficiente para acreditar que los terrenos, cuando se discute la propiedad de su subsuelo petrolífero, han salido del patrimonio del Estado. (Sala de Negocios Generales. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....696, 2ª y 697, 1ª

— 288 —

PETROLEOS (Título consistente en adjudicaciones de tierras hechas por la Corona Española a las entidades municipales)

Fácilmente se comprende, en vista del Código de Indias o Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, que las tierras pedidas debían destinarse a ejidos, dehesas, propios del Consejo y suertes de labor. Las tres primeras destinaciones correspondían, como es obvio, al aprovechamiento común y por eso el régimen de propiedad al cual estaban sujetas era especial, por ser objeto de derecho público, y no ordinario. Al régimen ordinario debían subordinarse, en cambio, las adjudicaciones que se hacían exclusivamente a particulares.

Era, pues, indispensable para cumplir plenamente esa especial regimentación de la propiedad correspondiente a Sitios, Pueblos, Villas, etc., que el terreno adjudicado conforme a los ordenamientos legales que se vienen comentando, es decir, señalando partes de él para solares, ejidos, dehesas y propios del Consejo, y al mismo tiempo determinando lo que debía repartirse individualmente a los pobladores. De ahí que siendo la destinación dual no puede entenderse que la entrega a estos últimos se estableciera como subsidiaria de la determinación de tierras para aprovechamiento común.

Estos razonamientos, desde luego incontrovertibles, demuestran que para la plena validez del título por el cual se adjudicaban tierras para aprovechamientos comunales, o sea para entidades de las que hoy se denominan de derecho público, se requería el cabal y fiel cumplimiento de los preceptos legales vigentes al expedirse el título; de manera que al incumplirlos, omitiendo la distribución en la forma y términos señalados, dejaba de llenarse un requisito esencial para la eficacia jurídica de dicho título. De ahí

que, en fuerza de todos estos razonamientos, haya considerado la Corte, que los actos de que da cuenta una titulación "no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado... porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época... que hacía obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público".

Esta ha sido la reiterada doctrina de la Corte como puede verse en fallos de diciembre 19 de 1946 (LXIII, 887), marzo 28 y abril 15 de 1947 (GACETA JUDICIAL, números 2046,2047, págs. 253 y 270). (Negocios Generales. Noviembre 28 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1204, 2ª y 1205, 1ª

— 289 —

PODER (Para el recurso de casación)

Para la Sala, cuando el representante interviene en todas las actuaciones del proceso con poder "amplio y suficiente", no existe impedimento en cuanto a la aceptación de la personería del apoderado en el recurso de casación. Distinto el caso en que se confiere en forma especial un poder, para una de las instancias o para determinado incidente. (Casación Laboral. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174, 2175).

— 290 —

POSESION (Elementos de la)

La posesión no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia como hecho externo o **corpus**, aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño —**animus domini** —o de hacerse dueño —**animus remsibi habendi**—, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175).... 775, 2ª y 776, 1ª

— 291 —

POSESION (Prueba)

La posesión material, como hecho que es, sólo se demuestra con hechos y no afirmando, confesando o negando esa determinada situación jurídica. (Casación Civil. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)... 485, 2ª

— 292 —

POSESION DE FUNDOS RURALES

El artículo 4º de la Ley 200 de 1936 trató de resolver uno de los más graves problemas de la tierra existentes en la época de su promulgación, cual era el de los colonos que poseían tierras privadas creyendo que eran baldías, durante dos o más años de posesión con anterioridad a la ley, pero menos del tiempo requerido para prescribir por medio de usucapión treintenaria, expuestos, por tanto, a ser vencidos en juicio reivindicatorio.

Dos medidas de excepción al derecho común introdujo aquel texto: una, tocante a la prueba del dominio que podían aducir quienes se juzgasen titulares de él; y otra, relativa a la posibilidad de que los colonos adquiriesen la tierra por ellos poseída. La primera era una modificación al derecho probatorio de la propiedad de la tierra; la

segunda, al régimen de las prestaciones mutuas, según las cuales el poseedor vencido debe restituir la cosa en todo caso. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169).... 75, 1ª y 2ª

— 293 —

POSESION DE FUNDOS RURALES (Requisitos. — Presunción de buena fe)

a) Si el reo en juicio reivindicatorio alega la prescripción extraordinaria (artículo 2531 C. C.) y en subsidio la agraria (artículo 12, Ley 200 de 1936), pero no la situación jurídica contemplada en el artículo 4º, de la Ley 200, referente a los colonos que al entrar a regir la ley llevaban por lo menos dos años de posesión, no puede el demandado-recurrente acudir en casación al planteamiento del artículo 4º, para que se desestime —sorpresivamente— la prueba de la propiedad territorial que el actor adujo de acuerdo con el derecho común, dado que la citada disposición no admite sino una prueba restricta, desde luego más difícil de suministrar. Se trata de un medio no alegado en instancia, y por tanto, inadmisible en casación. Si se hubiere alegado oportunamente, el actor se habría visto emplazado a demostrar en tiempo su derecho, de conformidad con la tarifa especial del artículo 4º.

b) En su defectuosa forma este precepto exige que el colono se haya establecido en tierras incultas, convencido de tratarse de tierras baldías, por una parte, y sin que haya mediado entre el Estado y él título alguno de mera tenencia, por otra. La existencia de un título de esta clase es incompatible con la posesión. La fórmula del artículo 4º "sin reconocer dominio distinto al Estado", equivale a la del artículo 12: "creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías".

c) Las dos fórmulas consagran una presunción legal de buena fe, en favor del colono, presunción que puede desvirtuarse demostrando que se estableció a sabiendas de que las tierras eran de propiedad privada. ¿Cómo? Para el caso de la usucapión el inciso 1º, del artículo 12, el mismo texto señala el criterio. Para el artículo 4º, nada dice. Pero, por tratarse de una presunción legal que reposa en el mismo hecho de creer que son terrenos baldíos, la desvirtuación, en el segundo caso, puede lograrse con el mismo criterio, aplicando la segunda parte de dicho inciso, sobre hechos que destruyen la presunción. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....79, 2ª y 80, 1ª

— 294 —

POSESION DE LA HERENCIA

La propiedad, como toda la masa de bienes del causante en estado de indivisión corresponde a los herederos en conjunto. Estos tienen la posesión legal desde el momento en que se les defiere la herencia. Es verdad que a términos del artículo 757 del C. C., la posesión legal no habilita a los herederos para disponer en manera alguna de un inmueble mientras no precede el decreto judicial que da la posesión efectiva y el registro del mismo y de los títulos que confieran el dominio. Pero esto no es óbice para que la sucesión, o sean los herederos, que representan la persona del difunto en todos los derechos y obligaciones transmisibles, puedan pedir la indemnización que correspondía a aquél y estén obligados asimismo a satisfacer la contraprestación correlativa de otorgar el título a la entidad demandada. La capacidad jurídica para responder de las obligaciones del causante y hacer efectivos los derechos del mismo, sin que sea forzoso que medie la posesión efectiva y la partición, está reconocida en el artículo 1155 del C. C. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Nº 2170) 400, 1ª

— 295 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL (Manera de computar la educación)

En relación con la posesión notoria del estado de hijo natural, el recurrente se empeña en que del período de la educación escolar debe deducirse el tiempo de las vacaciones, lo cual implica discontinuidad en el término de diez años de la posesión del estado civil.

Con este criterio sobre el concepto de educación, y esta manera de computar los términos, resulta no solamente que la discontinuidad es manifiesta, sino que para efectos de la posesión del estado civil la educación tendría que ser por diez y ocho o veinte años, por el descuento de tres, por lo menos, de toda clase de vacaciones, más cinco, seis o siete de la primera edad del pretenso hijo, por no ser posible llevarlo a la escuela desde el día del nacimiento.

Por una parte, el Código no habla exclusivamente de educación escolar, sino de **proveer** a la educación (así, en general) que puede darse en cualquier parte, aún en la casa; y, por otra parte, en la misma forma habría que entender los demás elementos de la posesión; presentación del pretenso hijo, como tal, **todos** los días, ante familiares y extraños; suministro de vestido, calzado, etc., también **diariamente.** Salta a la vista que no puede ser así. (Casación Civil. Julio 18 de 1956. Nº 2170) .265, 2ª y 266, 1ª

— 296 —

PRESCRIPCION (Cómo se cuenta la de la acción de simulación)

El lapso de la prescripción de la acción de simulación, debe comenzar a contarse, no desde el día en que fue celebrado el contrato, pues así carecería de finalidad la simulación, sino desde cuando el "comprador" desconoce el pacto oculto. En este pacto es natural que los contratantes prevean el tiempo y forma de ejecutar el acuerdo secreto; si no, cuando aquél contradiga o desconozca el derecho del dueño real. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170)...284, 2ª

— 297 —

PRESCRIPCION (De la acción penal)

El fenómeno jurídico de la prescripción extingue la acción penal y las consecuencias derivadas de ella, o sea las sanciones; es personal y opera por el simple transcurso del tiempo señalado por la ley; sus efectos se producen de manera oficiosa en cualquier estado del proceso y los términos tanto para la acción penal como para las sanciones son continuos; si se trata de la acción, los plazos se cuentan desde el día en que se consumó el delito para las infracciones agotadas; para las tentativas y delitos frustrados desde el día en que se consumó el último acto de ejecución y para los delitos continuos desde el día en que se verificó el hecho.

El acto de la prescripción lo subordina la ley a dos presupuestos o modalidades: la gravedad del delito y la pena privativa de gravedad y la sanción es de veinte años o más; la extinción de la acción penal se pro- la libertad, si el hecho reviste caracteres de duce en un lapso de treinta años; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para los hechos que tienen pena privativa de la libertad, mayor de cinco años y menor de veinte, y —por regla general— en un tiempo de cinco años para los demás delitos, o sea para aquellos que no revisten la gravedad de los dos primeros, ni la sanción fijada en ellos llega a los índices de los dos anteriores. (Casación Penal. Octubre 29 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....535, 1ª

— 298 —

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El fenómeno de la prescripción produce los efectos inmediatos de que cesen las consecuencias penales del delito. Su fundadento descansa en la consideración de que el transcurso del tiempo es un obstáculo legal para que el Estado, por conducto de los órganos jurisdiccionales, ejercite debidamente su facultad punitiva. Se afirma y es lo cierto que la fuerza natural del tiempo, hace que, por olvido, se extinga o disminuya la alarma social que trae consigo el ilícito cometido; además, al borrar las huellas, hace difícil el descubrimiento de la verdad histórica del hecho criminoso. Por otro aspecto, evita que se mantenga indefinidamente al procesado sin resolverle oportunamente su situación jurídica. (Casación Penal. Noviembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175).....955, 1ª

— 299 —

PRESCRIPCION (De las acciones judiciales)

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones también ajenas por haberse poseído aquéllas o no haberse ejercido éstas durante cierto lapso determinado por la ley (artículo 2512 C. C.).

Se dice prescribirse una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.

El juez no puede declararla de oficio y quien quiera aprovecharse de ella deberá alegarla (artículo 2513 ibidem).

Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra de la Nación, del Territorio, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de los menores, los dementes, los sordomudos y todos los que estén bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría.

En relación con esta norma tiene establecido el artículo 2541 ib., que no se tomará en cuenta la suspensión cuando hayan transcurrido 30 años a partir del nacimiento de la acción. La ley 50 de 1936 redujo a veinte este término, mas en virtud del principio de la no retroactividad de la ley, tiene la jurisprudencia establecido que no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que el legislador haya querido modificar el término de las prescripciones que habían empezado a correr bajo el imperio de la ley antigua y que al prescribiente que quiera ampararse en el artículo 1º de la ley 50, deberá contársele el lapso prescriptorio solamente desde la fecha en que la referida ley principió a regir. (Negocios Generales. Diciembre 12 de 1956. Nos. 2174, 2175)..... 1246, 2ª y 1247, 1ª

— 300 —

PRESCRIPCION (Requiere un interés jurídico en quien la alega)

El artículo 2512 del Código Civil es una disposición por medio de la cual se define qué debe entenderse por prescripción. Expresa que es uno de los modos 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.

Según la disposición citada la cosa ajena puede ser adquirida por haberse poseído durante cierto lapso de tiempo.

Y el no ejercicio de ciertas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, también produce el fenómeno jurídico de la extinción de ese derecho o de esa acción. Pero para que de esa situación jurídica pueda aprovecharse una persona, es necesario que

exista causa que justifique el beneficio que le reporta el transcurso del tiempo sin que otro ejercite sus acciones. Porque no podría nadie explicarse, por qué la parte demandante en el presente caso, debía pretender que el juzgador providenciara en el sentido de declarar en abstracto la extinción de derechos del demandado en determinada sucesión, si en realidad de ello no le resultara ningún provecho.

De ser así, la petición carecería de causa, le faltaría al peticionario título jurídico para impetrar tal declaración. (Casación Civil. Octubre 17 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)

461, 2ª y 462, 1ª

— 301 —

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS

La ley 51 de 1943, en su artículo 1º autoriza al comunero que haya poseído materialmente y en las condiciones legales el predio común proindiviso o una parte de él, a hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, tanto contra los demás comuneros o contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tengan poseído y explotado económicamente.

El fenómeno es muy sencillo: dado el supuesto de que exista una comunidad, y uno o varios de los condueños se hayan establecido en el predio común o en una parte de él, ejerciendo actos de dominio, con ánimo de dueños, o sea poseyendo materialmente y por todo el tiempo que la ley señala para que tenga lugar la prescripción adquisitiva, bien ordinaria o extraordinaria, tienen todo el derecho de considerarse dueños del bien poseído en esas condiciones, o sea de adquirir por prescripción, aún contra los demás condueños, siempre que esa posesión esté acorde con todos los requisitos necesarios que la misma ley señala al efecto.

Cuando se **cumplen** esas condiciones, o sea cuando haya transcurrido el lapso legal necesario para adquirir por prescripción y la posesión ha sido tranquila, pública y pacífica, entonces se consuma, por ministerio de la ley, el fenómeno de la prescripción adquisitiva, que si es la extraordinaria, no requiere ningún título para configurar el derecho de dominio en el prescribiente. El título, en ese caso, proviene de la ley y el modo como ese título se perfecciona, es la posesión en las condiciones anotadas y durante el tiempo necesario, que la misma ley señala. (Casación Civil. Julio 12 de 1956. Nº 2170)...

234, 2ª

— 302 —

PRESTACIONES MUTUAS (A cargo del poseedor vencido por el reivindicador de una mina)

De acuerdo con el criterio consignado en el artículo 963 del Código Civil, los deterioros de una mina pueden consistir en desmedros o menoscabos que hayan experimentado los minerales por hecho o culpa del poseedor, como en el caso de una explotación descuidada o de un incendio voluntario o culpable de los socavones; o pueden consistir en el agotamiento total o parcial de la mina por la extracción paulatina de los minerales que el poseedor ha vendido o empleado en su provecho. Sólo de estos últimos debe responder el poseedor de buena fe, lo cual equivale a pagar el valor de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación.

Por la naturaleza del objeto, la noción específica de frutos es extraña a la propiedad minera. Una mina no da **frutos** sino **productos**. Los minerales que se extraen son parte integrante de la misma mina, no se pueden separar sin disminuir o alterar la sustancia de la cosa sobre que recae la propiedad; a diferencia de los frutos, ellos no son reproducidos por la cosa misma. La extracción de los minerales trae como consecuencia el agotamiento de la cosa que los produce, la cual

se extingue o inutiliza en un tiempo más o menos largo.

Se comprende por todo lo anterior que en la reivindicación de una mina, las prestaciones accesorias a cargo del poseedor vencido y a favor del reivindicante, quedan reducidas al pago de los **deterioros** en la forma concebida por el artículo 963 del Código Civil: si el poseedor es de mala fe responderá de todos los deterioros causados por su hecho o culpa, incluyendo los minerales extraídos, aun cuando no los haya vendido o aprovechado; si el poseedor es de buena fe, sólo responderá de los productos de la mina, deducidos sus gastos de explotación. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....
104, 1ª y 2ª y 105, 1ª

— 303 —

PRESUNCION (Cuando proviene de indicios)

Las disposiciones de los artículos 660 y ss. del C. J. tienen establecido el medio probatorio de la presunción, librando a la conciencia del juzgador su valoración en juicio. Pero como la presunción no es sino la inferencia que mediante el raciocinio se hace de un hecho desconocido partiendo de la existencia de otro y otros, exige la plena prueba de éstos a fin de rodear ese raciocinio de mayores garantías de acierto.

De conformidad con el artículo 663 del C. J., la presunción basada en indicio necesario hace plena prueba y entiende por tal aquel en que la correspondencia entre el hecho indicio y el hecho que se investiga es tal que existiendo el primero, no puede menos que existir o haber existido el segundo.

Puede también obtenerse plena prueba de indicios no necesarios al tenor del artículo 665 ibidem cuando existiendo un número plural, sean graves, precisos y conexos, de suerte que todos concurran a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).....343, 2ª

—304 —

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO

En virtud del artículo 24 del Código Laboral, "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como tuvo oportunidad de advertirlo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, no es de **derecho**, sino **juris tantum**, por lo cual admite prueba en contrario, es decir, permite demostrar que los servicios personales recibidos se prestaron en razón de un vínculo distinto al de contrato laboral. (Casación Laboral. Octubre 10 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)...
553, 1ª

— 305 —

PRESUNCION DE CULPA

El artículo 2347 del C. C. estatuye una presunción de culpa, en favor de quien al transitar por una vía pública, sufre un daño, al ser golpeado por un madero desprendido de un edificio en construcción. El propietario de éste responde por sus agentes o empresarios. Aquél está obligado a seleccionar y elegir su personal, de manera eficiente, y en la falta de vigilancia o de mala elección radica la responsabilidad extracontractual de la persona obligada a prever la conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad debe probar que vigiló y puso cuidado en la actuación del empleado que causó el daño, es decir, que no tuvo medios para impedirlo, o que el hecho se debió a causa extraña, o a fuerza mayor o caso fortuito o culpa de la víctima. (Casación Civil. Julio 5 de 1956. Nº 2170)....
201, 1ª

— 306 —

PRESUNCION DE CULPA (Prueba de los hechos generadores de los daños)

La jurisprudencia de la Corte tiene de antiguo establecido que al igual que los particulares, las entidades de derecho público son responsables, en principio de los daños que causen a consecuencia de descuidos, imprudencias y omisiones en la prestación de los servicios, y que cuando se trata de actividades que de suyo se reputan peligrosas, se presume la responsabilidad de la empresa que presta el servicio; igualmente, en virtud de esta presunción de reponsabilidad se invierte la carga de la prueba que corresponde en tal caso al demandado que puede alegar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño. Pero al aplicar estas nociones no puede olvidarse, como ya lo dijo la Corte en sentencia de junio 10 de 1952 (LXXII, 393) 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 deberá destruir si quiere liberarse".

En consecuencia, y habiéndose afirmado en la demanda que los daños causados al actor se ocasionaron por un incendio y que éste se produjo debido a las chispas arrojadas a su paso por la locomotora de propiedad del Ferrocarril, la prueba de esta causa generadora del perjuicio debe aparecer plenamente comprobada. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).....341, 1ª

— 307 —

PRESUNCION DE DOMINIO (A favor del colono y en contra de la Nación)

a) Los litigios entre un poseedor de la tierro y el titular del dominio, no se resuelven a la luz del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, sino del artículo 12 de la misma ley. La presunción del artículo 1º de esta ley equivale, respecto de la Nación, a la **ocupación,** que es modo de adquirir los particulares el dominio de las tierras **baldías;** pero, entre estos carece de sentido, ya que la **ocupación** no es modo de adquirir el dominio agrario privado, por lo cual dicha presunción —que llega a asumir los caracteres de una presunción de derecho a favor de los poseedores y en contra de la Nación— no es aplicable sino a las relaciones jurídicas entre ésta y los colonos.

b) La posesión económica que consagra el artículo 1º de la ley está referida a la presunción de propiedad que establece, en desarrollo de la presunción general de dominio que estatuye el artículo 762 del C. C., pero únicamente en relación con la Nación, puesto que es para calificar las tierras así poseídas, de propiedad privada y no de baldíos. Se trata de una presunción a favor de los particulares y en contra de la Nación, con que el artículo 1º reformó la presunción tradicional de dominio establecida por los artículos 675 del C. C. y 44 del C. F. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169).... 74, 2ª, 75, 1ª, 80, 2ª y 81, 1ª

— 308 —

PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE LA ACCION

No se confunden los presupuestos procesales, con los presupuestos o condiciones de **la acción, o sean el hecho jurídico, la legitimación para obrar** y el **interés procesal.** Es-

tos inciden sobre el derecho mismo debatido y se deciden en el propio fallo de fondo, y aquéllos en el mero procedimiento para haceres efectivo y se deciden en una providencia sea inhibitoria, sea de excepciones o sea de realidad. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175).....947, 1ª y 2ª

— 309 —

PREVARICATO

Para que haya prevaricato, enseña el artículo 168 del Código Penal, se necesita que el Juez haya dictado resolución o sentencia contrarias a la ley, expresa o manifiestamente injustas, con pleno conocimiento de la injusticia, es decir, "a sabiendas", lo que requiere una intención criminosa especial, que se deriva del interés que el funcionario tenga en los resultados de la providencia, que se dicta por simpatía a unos interesados o animadversión a otros, lo que equivale a decir, por el deseo de favorecer a una parte o de perjudicar a otra. Como lo ha recordado la Corte, no basta que se dicte una providencia contraria a la ley y notoriamente injusta, sino que es menester que el Juez la haya dictado a conciencia de ser ilegal e injusta, y movido por sentimientos interesados de simpatía a una parte o de odio o de animadversión hacia la otra.

En cuanto hace a la Administración de Justicia, la ley tutela "la rectitud, la legalidad y la honestidad" de los encargados de esa actividad especial de la Administración Pública, ya sea en quienes cumplen actos de jurisdicción o en quienes sirven de auxiliares en esa misma Administración, como sucede en el caso de los peritos o intérpretes. Por consiguiente, es un delito que puede ser cometido por un Juez, un árbitro, un perito o un intérprete.

En todos estos funcionarios o auxiliadores hay violación maliciosa de los deberes que les corresponden en torno a la Administración de Justicia, no sólo por acción dolosa, sino por omisión en el cumplimiento de sus deberes, omisión que consiste en rehusar, negar o retardar, maliciosamente, un acto propio de esos deberes o funciones. Por lo tanto, hay que comprobar dentro de la investigación estos elementos: a) Calidad personal del funcionario jurisdiccional, y, en ciertos casos, el transitorio desempeño de funciones oficiales, como de intérprete, árbitro o perito; b) Acción intencional de dictar una sentencia, pronunciar una resolución o proferir un dictamen, contrarios a la ley, expresa o manifiesatmente injustos, lo cual presupone un dolo específico, que consiste en la conciencia de la ilegalidad o injusticia del acto por realizar o que se ejecuta; c) Omisión advertida y maliciosa consistente en rehusar, negar o retardar un acto propio de sus funciones oficiales; y, d) Un factor subjetivo de interés, derivado del afecto o del desafecto hacia unos o hacia otros de los interesados en el juicio. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1956. Nos. 2174, 2175)... 1078, 1ª y 2ª

— 310 —

PREVARICATO

Se caracteriza especialmente el delito de prevaricato artículo 168 C. P.) en que el funcionario público proceda, al administrar justicia, movido por simpatía o animadversión; o de otra manera, en forma parcial y de modo que se cometa un acto injusto contra una persona o entidad; y que estos actos se cumplan a sabiendas o de modo intencional. (Casación Penal. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....961, 2ª y 962, 1ª

— 311 —

PREVARICATO (No existe cuando se obra en obedecimiento de la ley)

El delito de prevaricato es la transgresión

de la ley realizada por un empleado o funcionario público con actos de acción o de omisión. La existencia del delito se condiciona al hecho esencial de que el funcionario a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, movido por estímulos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. El obrar "a sabiendas" implica el conocimiento exacto, de modo cierto, a ciencia segura de que su decisión es contraria a la ley y de que con este acto se comete una injusticia movido por el interés altruísta de simpatía hacia uno de los que intervienen en el juicio, o el egoísta, de animadversión hacia otros, móviles de simpatía o animadversión que en la generalidad de los casos constituyen el motivo determinante del delito. Así, pues, la negación de uno de estos elementos o la falta de comprobación, hacen inexistente el hecho como figura delictual.

Cuando el funcionario —Juez de la Causa— en cumplimiento de la ley aplica sanciones disciplinarias (artículo 530 del C. de P. P.) no comete delito de prevaricato, porque ese acto es simple obedecimiento de un precepto legal que el Juez debe cumplir no sólo con las partes que intervienen en la audiencia, sino, también, con todas las personas que a ella concurren. Faltaría a sus obligaciones morales y jurídicas el funcionario que en la audiencia pública —juicios con intervención de Jurado— por actos de omisión, complacencia o timidez, dejara irrespetar a los miembros del Jurado; su deber, se repite, radica en proporcionarles las garantías necesarias para que el veredicto se produzca con plena libertad y sin restricciones de ningún género, y esto, precisamente fue lo que hizo el funcionario acusado; por consiguiente su proceder no comporta ninguna violación de la ley penal. (Casación Penal. Noviembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175).....973, 1ª y 2ª

— 312 —

PROCEDIMIENTO (Su finalidad)

Parece que el recurrente interpreta el artículo 472 del C. J. en el sentido de que este artículo ha de reemplazar todo el ordenamiento procedimental cuando hay un derecho que la parte no puede hacer efectivo ajustándose al trámite establecido para el caso. Mas ello no es así. No podía el legislador dictar una norma que en la práctica viniera a derogar todas las disposiciones del procedimiento, en las que justamente se asienta el orden jurídico de la nación y dan seguridad y confianza a los asociados en el ejercicio de las acciones judiciales. No puede haber conflicto entre los derechos sustantivos reconocidos por la ley y los diversos procedimientos establecidos para su efectividad, pues precisamente es a través del proceso y dentro de él en donde se ventilan esos derechos y no fuera de él o por encima de sus reglas. Con razón se ha dicho que el proceso es el derecho en ejercicio. Cuando el artículo expresa "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", está reafirmando el concepto de virtualidad, eficacia y necesidad de esos procedimientos, y no subordinándolos en forma alguna. Lo que este artículo recaba, es que el derecho sólo puede hacerse efectivo mediante la aplicación estricta de los sistemas procedimentales establecidos para cada litigio y por consiguiente, que no podrá haber un reconocimiento judicial de derechos sin la observancia de los trámites preestablecidos. Claro está que las reglas de procedimiento cuando no están claramente definidas en la ley o son dudosas en su aplicación, han de interpretarse en forma que produzcan efectos en derecho; pero cuando son claras y precisas, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (Véase la 5ª edición del Código Judicial del doctor Gui-

llermo Mesa Prieto. Negocios Generales. Octubre 13 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) .. 619, 2ª

— 313 —

PROPIEDAD DE LAS MINAS DE CARBON

Dentro de la legislación actual, las minas de carbón pueden pertenecer al Estado o a los particulares; al primero, las descubiertas o que se descubran en terrenos de la Nación y en los terrenos que por ésta hayan sido adjudicados o enajenados con posterioridad al 28 de octubre de 1873; y a los segundos, las existentes en terrenos de propiedad privada que habían salido definitivamente del patrimonio nacional con anterioridad a esta fecha. (Casación Civil. Junio 28 de 1956. Nº 2169).....95, 1ª

— 314 —

PRUEBA DEL DOMINIO (En los juicios de indemnización de perjuicios por trabajos públicos)

Pide el señor Fiscal que se confirme el fallo de primera instancia, con la adición de que el demandado no debe pagar la indemnización hasta tanto el actor no le acredite la suficiencia del título de propiedad. Lo primero que cabe observar es que un fallo que dispusiera tal ordenamiento equivaldría a no resolver la cuestión que la justicia debe decidir. Porque uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del C. J. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble. (Negocios Generales. Junio 18 de 1956. Nº 2169).....186, 2ª y 187, 1ª

— 315 —

PRUEBA DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES

Pretender que pueda probarse el derecho de dominio sobre inmuebles por una sentencia que dijo que el demandante no acreditó su calidad de condueño en la cosa cuya decisión pedía, o por las declaraciones de unos testigos que afirman que el demandado suministró dineros para ejecutar algunas de las obras materiales necesarias para adelantar una construcción, no puede aceptarse por las más elementales razones de orden legal.

A propósito de las declaraciones rendidas por los obreros y artesanos que intervinieron en la construcción del edificio y que el recurrente afirma que prueban el dominio sobre el mismo, es bueno observar que esas declaraciones obedecen a una costumbre que sobre bienes inmuebles, y en éstos se convierten los materiales y elementos cuando por la edificación se incorporan al suelo, no se demuestra por declaraciones de testigos. (Casación Civil. Junio 21 de 1956. Nº 2169) 66, 2ª

— 316 —

PRUEBAS (Artículo 471 del C. J.)

El artículo 471 del C. J. no impone al sentenciador la obligación de relacionar todas y una a una las pruebas que se traigan al debate, sino aquellas que demuestran hechos importantes que tengan conexión con las ac-

ciones y medios de defensa que las partes hagan valer para la efectividad de sus derechos. De donde resulta que la simple omisión del Tribunal en citar en la parte motiva de la sentencia alguna prueba producida, cuando ésta no demuestra un hecho que tenga importancia en relación al punto de derecho que ha de resolverse en el fallo, no da base para invalidarlo si no se demuestra que por falta de apreciación de esa prueba el sentenciador erróneamente aceptó la existencia o no existencia de un hecho que la prueba contradice, configurándose así el error de hecho, y mediante éste, la infracción de la ley sustantiva por no aplicación o aplicación indebida. No es entonces la norma contenida en este artículo la que puede resultar infringida por la omisión sino otras. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Números 2174, 2175).....846, 2ª y 847, 1ª

— 317 —

PRUEBAS (En segunda instancia)

En casación, es doctrina de la Corte, no es procedente argüír en contra de los elementos probatorios por simples cuestiones de rito o procedimiento, menos en el sentido de que prueba practicada con las formalidades legales pueda venir a tornarse en ineficaz o en no vinculante al resultado de la litis "porque la práctica de ésta tan sólo era procedente en la primera instancia a términos del mandato del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951".

Evidente que a partir de la vigencia de este estatuto el acervo probatorio deberá aducirse en la primera instancia, porque en la segunda sólo puede concederse nuevo término cuando habiéndolo habido ante el inferior ocurre alguno de los eventos señalados por el artículo 550 del C. J.; pero advierte el decreto en su numeral a) que cuando se trata de la práctica de una inspección ocular puede solicitarse y practicarse en la segunda instancia. (Casación Civil. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).427, 2ª

— Q —

— 318 —

QUEJA (Objeto de este recurso)

El recurso de queja no tiene por objeto obtener la reforma o invalidación de la providencia pronunciada por el funcionario acusado, sino hacer efectiva la responsabilidad en que éste pudiere haber incurrido al pronunciar dicha providencia. (Sala Plena. Julio 19 de 1956. Nº 2170).....195

— 319 —

QUIEBRA (Corresponde conocer a la Sala de Negocios Generales de la Corte)

Si nos atenemos al texto del artículo 42 del C. de P. P., la Sala Penal de la Corte no debe conocer de los negocios de quiebra. Es la Sala de Negocios Generales quien decide estas cuestiones, al tenor del artículo 37 —ord. 3º— de la ley 105 de 1931. (Negocios Generales. Octubre 9 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....614, 1ª

— 320 —

QUIEBRA (Facultades del Síndico para el pago de prestaciones sociales)

Cuando el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940 dice que "las prestaciones sociales de los trabajadores en caso de que la quiebra imponga el despido, son gastos que deben ser pagados de preferencia", está relacionando lo ordenado, con lo preceptuado en el art. 23 anterior, que entre las funciones del Síndico de la quiebra, coloca en el ord. 4º, la facultad de "elaborar y someter a la consideración del Juez el presupuesto de gastos mensuales". Con ello quiere signifi-

car, bien se observa, su atención inmediata a los pagos por distintos conceptos, entre los cuales no habría razón valedera para negar la inclusión de las prestaciones debidas a los trabajadores, sin esperar a que ellas sean tenidas como créditos con la prelación establecida en los juicios de quiebra. (Casación Laboral. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1141, 1ª

— 321 —

QUIEBRA (Incompetencia de la Sala Penal de la Corte para conocer de estos negocios)

La Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— no tiene jurisdicción y competencia para conocer de los procesos que se adelantan de conformidad con el Decreto número 750 de 1940 sobre quiebras; esa competencia es del Juez Civil y sus Superiores Jerárquicos.

La facultad de administrar justicia —sobre nacionales y extranjeros —de acuerdo con la Constitución y las Leyes de la República, y el ejercicio concreto de esa atribución por los Jueces y Magistrados en un negocio determinado, presupone, necesariamente, los atributos de jurisdicción y competencia; la primera, corresponde a una manifestación de la soberanía nacional, pues con ella se trata de aplicar la ley en el orden civil o penal; la segunda, con una función especial y determinada en orden a actualizar las disposiciones legales en cada caso concreto, o sea que la competencia es "la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales".

Las leyes que reglamentan la jurisdicción y competencia son de orden público; tienen un imperio absoluto de carácter inmediato y obligatorio; por regla general, son de interpretación restrictiva y de literal observancia, que rechazan de por sí cualquier interpretación analógica e impiden el arbitrio judicial que puede permitir a los falladores el ejercicio de una atribución que la ley expresamente no les ha señalado. La competencia no puede estar sino regida por la ley, y tanto ésta como la jurisdicción, tienen su fuente principal en ella.

El artículo 18 del mencionado Decreto dice: "El Juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar". Es decir, la ley lo reviste de jurisdicción y competencia para conocer no sólo del negocio civil o comercial proveniente de la cesación en el pago corriente de sus obligaciones, sino de la acción penal que pudiera derivarse de la declaración de quiebra. Restableció el conocimiento promiscuo de acciones civiles y penales, y suprimió —para este caso— la facultad de los Jueces Penales para conocer exclusivamente de las acciones provenientes de los delitos (artículo 35 del C. de P. P.). (Casación Penal. Junio 19 de 1956. Nº 2169) ..... 118, 2ª y 119, 1ª

— 322 —

QUIEBRA (Pago de prestaciones sociales)

Cuando el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940 establece como "gastos que deben ser pagados de preferencia, la remuneración debida a los empleados y obreros por razón de sueldos y jornales, y todas las prestaciones sociales incluyendo el auxilio de cesantía, en caso de que la quiebra imponga el despido" —obsérvese bien: **gastos que deben ser pagados de preferencia**— no está refiriéndose a la quiebra declarada, ni hace distinción alguna entre despidos producidos antes o después de la declaración. Simplemente hace referencia, a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", de que trata el artículo 1º del mencionado decreto. Hay que aceptar, que el estatuto dio

un régimen preferencial a las prestaciones sociales de los trabajadores, sin que pueda entenderse que se refiere a situaciones anteriores o posteriores a la declaración; es un régimen especial, basado en la misma naturaleza del contrato de trabajo y de las obligaciones que de él nazcan. (Casación Laboral. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1140, 2ª y 1141, 1ª

— 323 —

— R —

RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES (Debe decretarse en Sala de Decisión cuando se trata de un Tribunal)

Examinando el articulado del Decreto 4135 de 1948, en él se observa sin mayor esfuerzo que está redactado para determinar que si el caso de la reconstrucción ha de llevarse a cabo o realizarse ante el Tribunal Superior, el Magistrado Ponente podrá o deberá dictar todas las providencias que tiendan a la prosecución del juicio, y que la sentencia o providencia que hubiere de concluir o terminar esa secuela de la reconstrucción, debería ser proferida por los tres Magistrados que constituyen la Sala de Decisión, y sólo con las firmas de los tres Magistrados lograría ese acto procesal adquirir el carácter que le imprime la ley.

Al referirse el artículo 10 al evento en que el demandado conviniere en la existencia del juicio; en que se han dictado las resoluciones indicadas bajo juramento por el pedimento del demandante; en que se ha surtido la actuación señalada; en que se adujeron las pruebas anunciadas y en el estado en que se encontraba el juicio en el momento de la actuación, expresa en manera precisa que "el Juez dictará auto en que así lo reconozca".

Esa expresión del texto legal, tan común en nuestra legislación, significa que si se trata de asunto que hubiera sido destruído en el Tribunal, es a éste a quien corresponde decidir sobre la reconstrucción. Y al decirse o entender "Tribunal", no puede ello envolver otra idea que la de una Sala, y nunca un Magistrado. Porque para ello habría sido menester disposición especial al respecto. Los Tribunales ejercen sus funciones por medio de sus Salas, salvo disposición contraria, que para este caso no la hay. Así se desprende de nuestro mandato sobre organización judicial.

El inciso 3º del artículo 14 del Decreto cuyo examen se concreta, explica con meridiana claridad que en esas diligencias de reconstrucción de procesos, practicadas las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer, el secretario dará informe "al Juez o Tribunal, quien deberá fallar dentro de los términos legales". Ya en el primero se había dicho que la práctica de esas pruebas suspendería el término que para fallar tenía el "Juez o Tribunal". El artículo 24 del mismo Decreto establece el recurso de súplica ante los restantes Magistrados de la Sala de Decisión en el caso en que un solo Magistrado profiera un auto interlocutorio en la tramitación del juicio de reconstrucción.

Y la mayor parte de los artículos finales del mismo texto legal, precisan cómo la aludida tramitación ha de concluir con una sentencia, muy particularmente al referirse a aquellas circunstancias que requieran especial intervención contra personas que hayan declarado falsamente.

Además, dado el carácter de inmodificable que el legislador de emergencia le imprimió a esos fallos al tenor de la parte final del inciso 1º del artículo 14, pues determinó que contra esa clase de providencias no se admitirá recurso alguno, se colige que tan grave responsabilidad en la administración de justicia por medio de un Tribunal no iba a establecerse excepcionalmente restringiendo los medios conducentes al mayor acierto en los fallos.

Proferida entonces una providencia de

esta naturaleza por el Magistrado Sustanciador y conocidos en forma dilatada sus errores y vicios, ello conduce a desestimar como ley del proceso esa providencia, desde luego que hay lo que con mucha propiedad podría denominarse sustracción de materia, y para la Sala, lo que con posterioridad a aquella actuación se adelantó queda sin fundamento procesal en la secuela del juicio. Esa misma suerte corrió la subsiguiente tramitación, inclusive la sentencia que dictada por el Tribunal en pleno fue recurrida en casación. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....930, 2ª, 931, 1ª y 932, 2ª

— 324 —

RECUSACION (Puede proponerla la parte civil)

Véase **Parte Civil** en el número 277 de este Indice.

— 325 —

RECURSO (Procedencia del de casación cuando erróneamente se interpone el de apelción)

Estima la Sala que la conducta seguida por el juzgador de segunda instancia de conceder el recurso de casación, cuando el recurrente manifestó interponer el de "apelación", no quebranta el orden jurídico procedimental, sino que, por el contrario, se ajusta a los términos que para su interpretación y aplicación fija el artículo 472 del C. J., operante por analogía en los juicios laborales en razón de lo dispuesto por el artículo 145 del C. P. T.

Al respecto pueden consultarse las doctrinas sentadas por la Corte Suprema de Justicia en casaciones de noviembre 18 de 1937 y noviembre 16 de 1951 (XLV, 844 y LXX, 795), que son de cabal aplicación al caso de autos, en donde por no existir contra la sentencia de segunda instancia, otro recurso que el de casación de que conocía, al tiempo de los hechos, el hoy extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, la intención del recurrente de hacer uso de este último medio defensivo aparece absolutamente inequívoca, aun cuando haya errado en la denominación del recurso. Esta solución no conlleva ninguno de los riesgos de anarquía procesal que advierte el memorialista, porque no se trata de consagrar la arbitrariedad de los jueces en la interpretación de los recursos que interpongan las partes, ni del desconocimiento de los objetivos y modalidades propias de cada uno de los medios defensivos o de la oportunidad de proponerlos, sino simplemente de darle al procedimiento un contenido racional, que buscando la equidad, no sacrifique lo esencial que sería la intención del recurrente de acudir al Tribunal Supremo contra la sentencia, a lo adjetivo que sería la denominación que el Código dá al correspondiente recurso. (Casación Laboral. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).565, 2ª y 566, 1ª

— 326 —

RECURSO DE CASACION (Incidente sobre libertad del procesado)

Tratándose del recurso extraordinario de casación, la competencia de la Sala se limita a tramitarlo y a proferir el fallo que lo desata, en el cual apenas le incumbe examinar los cargos formulados en la respectiva demanda contra la sentencia objeto de la impugnación, sin que pueda la Corte avocar oficiosamente cuestiones que son propias de los juzgadores de instancia. Sólo por excepción, podrá este Despacho ocuparse en incidentes extraños al recurso, cuando la ley así lo manda. Y una de esas excepciones es el beneficio de libertad del procesado, en el

caso de que éste haya cumplido la condena en detención preventiva (artículo 411 C. de P. P.).

Pero so pretexto de tal petición, no puede pretenderse que la Corte abra una nueva investigación probatoria para esclarecer la inocencia del sindicado, cosa que únicamente puede hacerse en las fases ordinarias del proceso, o mediante el recurso extraordinario de revisión. (Casación Penal. Julio 6 de 1956. Nº 2170) 292, 1ª

— 327 —

RECURSO DE HECHO

El abogado que recurre de hecho ante la Corte, debe estar inscrito en la Secretaría de la Corporación. (Casación Civil. Julio 10 de 1956. Nº 2170) .....208, 1ª y 2ª

— 328 —

RECURSO DE HECHO (Procede sólo cuando se ha denegado el de apelación o casación)

El recurso de hecho está exclusivamente consagrado para el caso de denegación de los recursos de apelación o casación. En el caso de estudio, el recurso de casación interpuesto fue concedido, como ya se vio, pero no pudo surtirse por omisión del pago del porte de correo. No se trata, pues, de denegación del recurso, sino de la aplicación del procedimiento que la ley prevé con el fin de evitar que el juicio quede indefinidamente paralizado si se le dejara en el correo pendiente de ser remitido al superior para evacuar un recurso interpuesto por alguna de las partes. Como no se trata de denegación del recurso de casación, es improcedente el recurso de hecho instaurado, ya que éste sólo tiene cabida cuando el Tribunal no otorga el primero. (Casación Civil. Octubre 1º de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)...439, 2ª y 440, 1ª

— 329 —

RECURSO DE QUEJA (Es el establecido en el artículo 12 del Decreto 3665 de 1950)

El artículo 12 del Decreto Extraordinario 3665 de 1950 dice: "**Contra las decisiones** del Superior, no habrá otro recurso que el de queja". Expresa textualmente que el recurso es **contra las decisiones** del superior y no **contra éste**, como lo es en todos los casos en que dicho recurso se autoriza.

Ahora, el fin para el cual se concede un recurso, explica su operancia y razón de ser. Todos los recursos que se conceden en nuestro sistema procedimental, lo son contra las providencias de los funcionarios, para que sean revocadas, corregidas o infirmadas, a excepción del de **queja** que no lo es contra dichas providencias, ni ha tenido jamás por finalidad el operar contra ellas para obtener su corrección.

En efecto, esta facultad de queja, que de modo impropio se llama recurso, es la mera facultad de querella o denuncia penal contra el funcionario en busca de descubrir su responsabilidad, si la hay, y de que sea sancionado penal y no disciplinariamente previo el juicio ordinario de carácter criminal, con todas las ritualidades de ley, diligenciado por la autoridad que sea competente para ello.

Si el texto de una ley especial, como en el caso que se estudia, se refiere a materia regulada de modo distinto en el sistema general de la legislación y la contraría en cuanto a sus fines, sin dar en sus fundamentos la explicación de hacer excepción clara y manifiesta para oponerse al espíritu general y vigencia del sistema, es preciso indagar si se trata de un error de técnica, de terminología o de concepto en el conjunto de su texto.

Entonces, si el artículo hubiera tenido por fin dar un medio de que el superior pudiera enmendar o corregir la providencia del inferior, así lo habría dicho y habría tenido que decirlo para romper el sistema general

de los recursos. Pero de ser así, habría concedido otro de los recursos procedimentales que en las leyes llevan ese fin y no simplemente el de queja. Como no lo hizo, hay que concluir que en su conjunto el sentido del artículo no es claro y permite consultar su espíritu, que no puede ser otro que el de todo recurso de queja contra el funcionario que dicta una providencia. Esta interpretación se refuerza con la consideración de que si el recurso contemplado en ese texto legal, fuera en realidad contra la providencia y no contra el funcionario o funcionarios que la dictan, cuando ésta emana de una entidad que no tiene superior jerárquico, como el Consejo de Estado, la Corte Suprema, el Tribunal Supremo de Aduanas, cada entidad en su ramo, el recurso no existiría y es claro que debe existir por la igualdad de razones que lo justifican y el artículo 12 opera sin excepción alguna.

Todo lo expuesto demuestra que los primeros términos del citado artículo obedecen a un error de concepto, puesto que no operan dentro de la finalidad del recurso y como la norma debe interpretarse y aplicarse en el sentido racional en que produzca los efectosa que para esos casos ha tenido en mente el legislador, y es la finalidad perseguida la que debe predominar en el señalamiento de su alcance, se tiene que en el artículo en mención no pudo proponerse recurso alguno contra la providencia misma, sino contra la conducta de sus autores en relación con ella. (Sala Plena. Diciembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175) .719, 2ª y 720, 1ª y 2ª

— 330 —

RECURSO DE QUEJA (Sus finalidades)

El recurso de queja no ha sido establecido con el fin de que se "subsanen, corrijan o enmienden" las tesis del inferior, sino para hacer efectiva la responsabilidad en que hayan incurrido los jueces por violación de la ley en los casos definidos por el Código Penal.

Este fue el criterio seguido por la Comisión a cuyo estudio estuvo la revisión del Código Judicial vigente y el que ha expuesto la Corte en diversas providencias, una de las cuales es la de la Sala de Negocios Generales de junio 8 de 1953. (G. J. 2130). (Sala Plena. Noviembre 14 de 1956. Nos. 2174 y 2175).....712, 1ª

— 331 —

RECURSO DE QUEJA (Su naturaleza)

Tanto en la mente del legislador, como en sus consecuencias jurídicas, lo que impropiamente se denomina **recurso de queja**, no es un medio de actuación en el proceso civil, penal, administrativo, policivo, etc., para llegar a un grado superior de la jurisdicción y obtener que se modifique, enmiende, revoque o infrinja lo resuelto por el juez o funcionario, en beneficio del interés jurídico que tenga la parte recurrente.

La decisión o providencia que da lugar al recurso de queja, es un acto consumado, definitivo, intocable aún por el funcionario que la dicta, y precluye toda posibilidad de actuar contra ella, por ilegal, injusta o arbitraria que sea; toda jurisdicción en el proceso termina en ella y precisamente para salvaguardiar el interés público y no el privado de las partes, se concede a éstas el mencionado recurso de queja, que en el fondo es nada más y nada menos, una querella o denuncia penal contra el funcionario, en la creencia o seguridad de que infringió delictuosa o culposamente la ley para que se investigue su responsabilidad y se le sancione penalmente, en el juicio a que haya lugar, si fuere el caso.

En los demás casos de investigación penal, se procede de oficio o por denuncio de cualquier ciudadano y por la autoridad inmediata del ramo, en tanto que en este caso

sólo se puede hacer la denuncia por la parte que en el juicio tiene el interés jurídico lesionado y ante el inmediato superior del funcionario, para que éste estudie la providencia y las pruebas pertinentes y determine si se procede a la investigación penal con motivo de la queja. (Sala Plena. Diciempre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175).....719, 1ª y 2ª

— 332 —

RECURSO DE QUEJA Y SANCIONES DISCIPLINARIAS

Conviene aclarar que, el recurso de queja contra los Magistrados y Jueces, para sanciones penales, no es el reglamentado en el Decreto Extraordinario 3665 de 1950, que se refiere exclusivamente a las sanciones disciplinarias que tanto en él, como en otras leyes se establecen, no ya por razón de providencias dictadas en juicio, sino por faltas, omisiones e irregularidades que pugnan contra la dignidad y diligencia del funcionario y no alcanzan a la categoría de culpas o delitos, penalmente punibles, sino simplemente sancionadas con multas, suspensión o destitución del cargo. Lo dicho no significa que si con motivo del recurso de queja ejercido conforme al artículo 12 de este Decreto, el superior halla que se ha incurrido por el inferior en un caso de sanción disciplinaria, no pueda ordenar la investigación pertinente, para los efectos del Decreto mencionado. (Sala Plena. Diciembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175) 719, 2ª

— 333 —

REEMBOLSO (De los gastos sufragados por una de las partes y que deben ser pagados por la otra)

Según el artículo 571 del C. J., "si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente, para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y mientras tanto, ésta no será oída en el juicio.

El legislador ratifica en este texto su pensamiento expreso y claro de que el pago en estos casos debe hacerse **inmediatamente, tan pronto como se fije la cuantía**, de modo que ni el legislador da plazo alguno ni deja posibilidad de que el juez lo señale, porque es cuestión de inmediata ejecución, bajo explícita sanción de no oír al litigante renuente al pago. Se trata aquí de obligaciones sustancialmente procesales que nada tienen qué ver con las de origen y carácter **estrictamente civil;** aquéllas miran al interés público, éstas al privado. Habiendo intereses diferentes, causas y fines distintos en las obligaciones de uno y otro orden, no es dable pedir, para su cumplimiento, la aplicación de las mismas normas como si se tratara de casos iguales y de derechos de igual naturaleza. De allí que es improcedente pensar que deben señalarse plazos judiciales, cuando la ley de procedimiento ordena otra cosa; o que debe proceder previamente el requerimiento. La solicitud del reembolso y la notificación del auto que lo ordena, son suficientes para que la parte obligada cumpla su obligación inmediatamente como lo exige la ley procesal de manera inequívoca, bajo la sanción terminante de que la parte renuente no sea oída en solicitud alguna o recurso que interponga mientras no cumpla su obligación.

Sobre este artículo ha dicho la Corte: "Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces ese deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, al que es obligado, por duro que ello parezca". (Casación

Civil. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....477, 1ª y 2ª y 478, 1ª

— 334 —

REGISTRO (Cuando falta esta nota a una escritura puede ser puesta durante el término probatorio)

La disposición del artículo 2673 del C. C. tiene su aplicación y desarrollo, en juicio a través de la regla de derecho probtaorio consignada en el artículo 630 del C. J., la cual exige que las escrituras públicas para ser estimadas, como pruebas, deben ser presentadas en copias autorizadas por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el correspondiente registro.

El registro es el medio de tradición de los derechos sobre inmuebles, así como de publicidad de los actos y contratos que trasladan o mudan esos derechos. De esta regla nace la probatoria de que la falta de registro de una escritura impide estimarla judicialmente como elemento de convicción, porque es falta de mérito. Es decir, que por este medio, el legislador subordina el mérito probatorio de las escrituras públicas a su inscripción en las Oficinas de Registro.

Pero, a pesar de este principio, no es necesario que en el momento de su presentación aparezca demostrado ese registro, pues, es en el fallo donde se califica su fuerza probatoria, de donde se infiere que la irregularidad inicial de la falta de la nota de registro, bien puede ser corregida dentro de los respectivos términos probatorios de los negocios. Así, procesalmente no se requiere que se complete la pruebe de la escritura pública en el momento de su aducción sino en la oportunidad propia para decidir sobre su mérito. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175).....923, 2ª y 924, 2ª

— 335 —

REGISTRO (De la escritura de cesión de derechos hereditarios)

Dispone el artículo 1967 del C. C. que el que cede a título oneroso su derecho a una determinada herencia sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero. Consiguientemente, debe entenderse, que el cesionario de un derecho de herencia no obtiene dominio sobre ningún bien singular de la sucesión sino que adquiere, simplemente, el derecho de ocupar en ésta el lugar que correspondíale al heredero cedente, con el entendido, de que éste sigue siendo tal porque su título es personal e intransmisible como que no puede disponer que otro ocupe su lugar en la familia ni tampoco ceder su parentesco. De ahí resulta, que como la venta de la universalidad herencial abstracta no tiene la virtud de mutar el dominio de ningún bien ni nada transmite, a no ser la simple aptitud o personería para hacer efectivos los derechos del heredero cedente, la escritura de ese contrato se registra ante el Registrador del lugar del otorgamiento pero únicamente como acto pasado ante el Notario y no en el libro destinado a ubicar el traslado o cambio de dominio de los bienes raíces. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175).....832, 2ª

— 336 —

REIVINDICACION (Confesión del demandado)

Si se trata de reivindicar un inmueble y el demandado afirma que lo posee, porque le pertenece en propiedad, tres de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria quedan establecidos: la posesión por parte del reo, la singularidad y la identidad

de la cosa. (Casación Civil. Junio 22 de 1956. Nº 2169).....72, 2ª y 73, 1ª

— 337 —

RELACIONES SEXUALES (Probadas por confesión)

Estimar como confesión de vínculo de carácter sexual el reconocimiento que el absolvente hace, al contestar una de las preguntas contenidas en el pliego de posiciones, de que la demandante había trabajado como sirvienta en su finca rural, constituye un error evidente de hecho en la interpretación de las citadas posiciones. Esta interpretación de la respuesta y este concepto sobre el significado y alcance de los servicios domésticos, constituirían un precedente gravísimo, porque implicarían la presunción de que el embarazo de toda sirvienta se debía al dueño de la casa y de que éste era el padre natural de todos los hijos que diera a luz aquélla. (Casación Civil. Julio 17 de 1956. Nº 2170).....244, 1ª

— 338 —

RELACIONES SEXUALES ESTABLES (Debe acreditarse la época inicial)

Es innegable que, no obstante admitir la jurisprudencia que (LXXVII, 602) "para que pueda hacerse la declaración judicial de paternidad natural por haber existido entre el presunto padre y la madre del demandante relaciones sexuales notorias y estables no es necesario que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron; basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo anteceda al nacimiento del que pretenda ser hijo natural, un lapso igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción", hay necesidad de acreditar bien, en todo caso, la época inicial de tales relaciones. (Casación Civil. Julio 17 de 1956. Nº 2170).....244, 1ª

— 339 —

REMATE (Su nulidad)

La nulidad de un remate causado en pública subasta puede ser acusada en cuanto a su validez general o efectos relativos, como contrato de venta en el que el juez representa al vendedor o como simple acto procesal. Entonces, según el caso, las normas que deben tenerse en cuenta para dilucidar la cuestión serán las sustantivas que gobiernan la teoría de los actos y declaraciones de la voluntad o las meramente procedimentales, vale decir, aquella que determinan las causales de invalidación de los remates por omisión de formalidades de previo y necesario cumplimiento. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175).....832, 1ª y 2ª

— 340 —

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA (El vendedor no puede acogerse a la acción de tenencia para obtener la entrega del bien)

Exige la acción consagrada en el artículo 1115 del C. J., como principal elemento estructural, que la cosa cuya restitución se pide haya sido **dada en tenencia** a la persona demandada, y que haya llegado el tiempo de exigir su restitución. La tenencia según lo define el artículo 775 del C. C., es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, esto es, reconociendo siempre el dominio ajeno.

Por consiguiente, para hacer efectivo el derecho que tiene el vendedor a la restitución y entrega material del bien por parte del demandado, cuando en el contrato de

compraventa se ha pactado que puede darse por terminado por falta de pago, no puede el actor acogerse a una acción de tenencia, puesto que en manera alguna cabe calificar la situación de dicho demandado como mero tenedor del inmueble. Y no puede ser de otra manera, porque por el contrato de compraventa y su inscripción en el registro público, acompañada de la entrega real y material de la cosa vendida, el adquirente **es poseedor** del bien, y esa calidad no puede convertirse en simple **tenencia** como efecto de la resolución del contrato de venta, porque la posesión es un **hecho,** así sea legítima o irregular, y no una ficción jurídica. De modo que en el presente caso, si la resolución del contrato fuese una realidad jurídica, por haber sido válidamente decretada, y hubiese de surtir todos sus efectos, se tendría que el poseedor, renuente a devolver el inmueble, carecería de justo título para seguir poseyendo el bien, pero seguiría poseyéndolo, aún de modo irregular o de mala fe, y por consiguiente cabrían contra él las acciones inherentes a esa condición. Mas no la de tenencia intentada, cuyos presupuestos y alcances están claramente determinados en el artículo 1115 del C. J. Negocios Generales. Octubre 16 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) ..... 631, 1ª y 2ª y 632, 2ª

— 341 —

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El punto relativo a la obligación que se impone al Estado de indemnizar y responder por los daños causados a consecuencia de la actividad de quienes actúan en su nombre, es cosa que hoy nadie discute: todo daño imputable a culpa de otro, debe ser reparado. Solamente que para admitir la responsabilidad del Estado algunos lo hacen sobre la considerarión de una culpa de su parte en la escogencia de las personas que actúan a su nombre, y otros la fundamentan en el principio de que todo daño causado a los ciudadanos con ocasión del funcionamiento inadecuado del servicio público, debe ser reparado. (Negocios Generales. Noviembre 2 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1164, 2ª

— 342 —

RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA (Utilidad de la distinción)

Deducida como se halla la responsabilidad del demandado por las probanzas del juicio, no es necesario ni importante —a juicio de la Sala— establecer si esa responsabilidad es directa o indirecta, porque tales términos hacen relación al **modo** como se compromete la responsabilidad de la persona moral, pero no a la responsabilidad misma. Sólo sería pertinente esa definición judicial si se estuviese en presencia de una controversia relativa a la prescripción de la acción, prevista en el artículo 2358 del C.C. (Negocios Generales. Diciembre 19 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1272, 2ª y 1273, 1ª

— 343 —

RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL ESTADO (Por accidente de aviación)

La responsabilidad que a la Nación podría deducírsele, cuando un avión que le pertenece ocasiona daños con ocasión de precipitarse a tierra, sería la indirecta, proveniente del hecho culposo de un dependiente suyo, conforme al artículo 2347 del C. C., y como una consecuencia natural de la obligación que le asiste de escoger y seleccionar el personal a su servicio. Porque el piloto de un avión es apenas un dependiente que actúa en acatamiento a órdenes superiores, sin que de él pueda afirmarse que constituye el asiento de la voluntad que dirige el servicio público, salvo el caso de vuelos realizados por directores o funcionarios cuya voluntad

se confunde con la de la persona moral cuya representación ostentan, de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte en sentencia de mayo 15 de 1944 y abril 16 de 1955 (LVII, 791 y LXXX, 177). (Negocios Generales. Noviembre 2 de 1956. Nos. 2174, 2175)... 1164, 2ª y 1165, 1ª

— 344 —

REVALIDACION DE PAPEL COMUN (Necesidad del requerimiento)

La Corte reitera la necesidad de requerimiento, expreso o tácito, para que se produzca la sanción prescrita en el inciso 2º del artículo 351 del C. J. El requerimiento para que la parte revalide el papel común empleado implica la necesidad de un término dentro del cual aquélla cumpla esa carga, término que podrá fijar el juez de acuerdo con la facultad general que le otorga el artículo 367 del C. J., siendo entendido que si no lo señala, será el de la ejecutoria del auto del requerimiento. (Casación Civil. Junio 26 de 1956. N: 2169).....83, 1ª

— 345 —

REVISION (Decreto 0014 de 1955)

El Decreto 0014 de 1955 en su artículo 62 establece el recurso de apelación y el grado de consulta ante el respectivo superior para las sentencias de primera instancia que se dicten de conformidad con dicho estatuto, y en el artículo 76 permite el recurso extraordinario de REVISION ante la Corte Suprema de Justicia en los casos contemplados por los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del C. de P. P. En ninguna parte faculta para interponer el recurso de casación contra los fallos pronunciados por autoridades de policía para reprimir los estados de especial peligrosidad social que el Decreto contempla. (Casación Civil. Noviembre 15 de 1956. Números 2174, 2175).....985, 1ª y 2ª

— 346 —

REVISION (Demanda de)

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, la petición por la cual se solicita la revisión de un proceso, técnicamente es una demanda porque es una acción que se promueve contra la autoridad de la cosa juzgada; por consiguiente, ella debe sujetarse a los requisitos que señala el artículo 572 ibidem, o sea: Determinación del juicio cuya revisión se demanda; la denominación del Juzgado o Tribunal que hubiere fallado el negocio; el delito o delitos que lo motivaron y la clase de sanción impuesta; los hechos y el derecho en el cual se apoya la demanda. Además con esta petición se acompañarán las pruebas atinentes a demostrarlos.

Entre las excepciones consagradas por la ley al principio general de que nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, no se halla la de que el procesado tenga facultad para formular ante la Corte la demanda de revisión; y si conforme a los mandatos de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 69 de 1945 la demanda de revisión debe formularse por abogado inscrito, es obvio y natural que la petición que no reúne los requisitos legales debe rechazarse. (Casación Penal. Septiembre 27 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 510, 2ª

— 347 —

REVISION (De procesos adelantados según el Decreto 0014 de 1955)

La Corte le da aplicación extensiva al artículo 574 del Código de Procedimiento Pe

nal, en relación con las autoridades competentes según el Decreto 0014 de 1955, disponiendo que otro Alcalde del Departamento de Cundinamarca revise el proceso. O sea que —por vía jurisprudencial se decide—, cuando se trate de revisión de procesos seguidos por los trámites del Decreto 0014 de 1955, sobre Prevención Social, aquélla se adelantará por otra oficina de la misma categoría de la que conoció en primera instancia, es decir, por otro Alcalde del mismo Departamento. (Casación Penal. Octubre 23 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)..523, 1ª y 2ª

— 348 —

REVISION (Naturaleza del recurso)

Nuestra ley procedimental en materia penal habla del recurso extraordinario de revisión, que técnicamente es una acción tendiente a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada. Es un medio de impugnación extraordinario, suspensivo, relativamente devolutivo y extensivo, que se propone como lo enseña Manzini, a instancia de parte, contra una sentencia penal ejecutoriada, demandándose su revocación y, eventualmente, su sustitución con otra. La revisión, a diferencia de la casación, se funda en errores de hecho que hacen materialmente injusta la sentencia acusada.

Este recurso procede en casos extraordinarios y taxativamente determinados por la ley de procedimiento penal, y se halla establecido para corregir un error judicial y reparar de esta suerte una injusticia notoria. De esta definición, como lo sostiene Jiménez Asenjo, se desprende que tiene los siguientes elementos que lo caracterizan: a) Es un recurso impugnativo, por cuanto supone un **examen nuevo de la cosa juzgada** o del objeto procesal; b) Es extraordinario, "en un doble sentido, por cuanto se interpone exclusivamente por motivos especiales de hecho y ataca la fuerza de la cosa juzgada"; c) Es suspensivo, porque interfiere el cumplimiento o ejecución del fallo impugnado, cambiándose la condición del sujeto pasivo de la acción penal, de condenado en sindicado; y d) Es relativamente devolutivo, por cuanto sólo en el caso de que se decrete la revisión del proceso, hay lugar a remitir éste a una autoridad con el mismo grado de jurisdicción de la que conoció anteriormente.

La revisión tiene por objeto enmendar errores de hecho que afectan sustancialmente la autoridad de la cosa juzgada, partiendo del principio de que esta fuerza se sustenta sobre bases verdaderas, y, en casos de error, o sea, cuando se apoya en bases materiales evidentemente falsas, debe hacerse a un lado "la santidad de la cosa juzgada", a fin de que este elevado principio sólo sea vinculante y obligatorio cuando sea "la expresión de la justicia real y verdadera", como dice el expositor Plaza.

La cosa juzgada tiene un destacado interés social, indispensable para el logro de los fines de la justicia, que debe ser respetada e intangible, partiendo de la base de que las sentencias se edifican sobre una presunción absoluta de verdad. (Casación Penal. Octubre 23 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173)... 521, 2ª y 522, 1ª

— 349 —

REVISION (Recurso de)

El recurso extraordinario de revisión se ha establecido no con el fin de que se intente un análisis crítico-jurídico de la sentencia, sino encaminado a que se ofrezcan elementos de juicio, según los cuales pueda evidenciarse una de estas situaciones: a) que se ha condenado a dos o más personas por un delito que no pudo ser cometido sino por una solamente; b) que era indebida la condena por ser imposible el delito; c) que ella tuvo origen en un testimonio, peritazgo o documetno falso; d) que la sentencia se ob-

tuvo mediante una prueba secreta que no obró en el proceso; y e) que después del juzgamiento apareció un hecho nuevo o se presentó una prueba ignorada al tiempo de los debates. Es decir, una serie de cuestiones de hecho y no de derecho, que es lo que tiende a subsanar la revisión.

Que la prueba sea apta o no para condenar, es algo que escapa a su naturaleza, porque el objeto de este recurso no es confrontar la sentencia con la ley, desde luego que se trata no de reponer el fallo sino el proceso mismo. De ahí que los elementos de juicio que se aduzcan deben ser otros distintos de los ya analizados, y de tal vigor y fuerza demostrativa que conduzca a presumir, cuando menos, si no ya a evidenciar la irresponsabilidad del procesado. No es, pues, la sentencia, aisladamente, la que se va a modificar o a reemplazar, sino que ella desaparece como resultado de un procesamiento incompleto o de bases deleznables, bien porque se omitió considerar una prueba decisiva o porque su construcción fue falsa. Y al ordenar que se revise, principia uno nuevo, cuyas consecuencias no podrán ser menos favorables que las del anterior. De donde se concluye que, siendo la cosa juzgada lo que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la Ley Penal, el error al apreciar las pruebas y aun la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura en las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron. (Casación Penal. Julio 10 de 1956. Nº 2170).....298, 2ª y 299, 1ª

— 350 —

RIÑA IMPREVISTA (Como circunstancia modificadora de la responsabilidad)

La riña para que sea circunstancia modificadora de la responsabilidad debe ser imprevista, es decir, intempestiva, de improviso, que no se prevee o conoce de antemano o con anticipación; es un lance que surge casualmente sin preparación anticipada y sin concierto previo en la intención y en la voluntad: es una circunstancia inesperada para uno de los contrincantes que lo pone en trance de repeler un ataque en la mayoría de los casos injusto e inmotivado. Pero la riña deja de ser imprevista para las personas que intervienen en ella, cuando previamente existe un episodio preliminar de mutuas ofensas de palabra que por lógica consecuencia los conduce a las vías de hecho. En estos casos no puede hablarse de imprevisión porque quien ultraja debe prever las consecuencias de la reacción; porque quien actúa voluntariamente y se traba en lucha con su contendor, por anticipado prevee las consecuencias de su proceder y en estas condiciones no puede alegarse que la riña sea imprevista para quien fue su provocador. (Casación Penal. Julio 5 de 1956. Nº 2170).....290, 1ª

— S —

— 351 —

SALARIO MINIMO LEGAL

El Decreto 1156 de 1955, que es una normación referente al sistema para fijar el salario mínimo legal, en ningún caso limita la posibilidad de que las partes se muevan libremente para fijarlo en la cuantía mayor que consideren conveniente, ya por medio del acuerdo directo en el contrato de trabajo, pacto o convención colectiva, o ya por medio del sistema del arbitraje, cuyos efec-

tos son los mismos de la convención colectiva, de acuerdo con el artículo 461 del C. S. del T. (Casación Laboral. Noviembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1096, 1ª

— 352 —

SENTENCIA (Elementos)

Toda sentencia judicial se integra por las declaraciones de hechos que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por la consiguiente declaración del derecho discutido en el pleito. (Casación Civil. Octubre 2 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....446, 1ª

— 353 —

SENTENCIA (Su valor como prueba cuando se presenta a otro juicio)

No vale argumentar que la sentencia dictada en un juicio y presentada como prueba en el presente, no está registrada porque esa formalidad del registro no es necesaria cuando se presenta entre las mismas partes. Al respecto véase la sentencia de casación publicada en el Tomo LXXIX, pág. 860, de la GACETA JUDICIAL. (Casación Civil. Julio 12 de 1956. Nº 2170).....235, 1ª

— 354 —

SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (Competencia para su ejecución)

La regla general es la de que cada jurisdicción tiene sus normas especiales aplicables al cumplimiento y ejecución de fallos. Pero como puede ocurrir el caso de condenaciones a favor o en contra de la Administración que necesiten juicio especial para su cumplimiento, el legislador de 1941 proveyó lo conducente en el artículo 123 de la ley 167.

Esta disposición ha suscitado polémicas diversas porque evidentemente se presta a interpretaciones diferentes en cuanto a la competencia que por ella se consagra para conocer de los trámites conforme a los cuales ha de darse cumplida ejecución a los fallos que en abstracto dicte la jurisdicción contencioso-administrativa: hay quienes la interpretan en el sentido de que la competencia en estos casos corresponde a la justicia ordinaria, basados en la frase "la competencia la tienen los jueces orrinarios...", y con el argumento de que la ley es clara al respecto; otros, por el contrario, sostienen que como esta disposición manda categóricamente regirse por las reglas del Título 15, Capítulo 1º del C. J. y entre ellas se encuentra el artículo 550 que dispone que este incidente "corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia", para determinar la competencia debe distinguirse el caso en que sea necesario seguir un nuevo juicio de aquel en que se trate de un simple incidente del juicio principal.

La jurisprudencia de la Corte y la del Consejo de Estado se han inclinado siempre por la segunda de las interpretaciones propuestas considerando que reñiría contra los más elementales principios de organización judicial dividir la continencia de la causa al atribuir a una jurisdicción distinta el conocimiento de un incidente que por su propia naturaleza forma parte del juicio principal atribuído a la jurisdicción contenciosa. En realidad, nadie más indicado para resolverlo que el propio Juez o Tribunal que ha resuelto lo principal del negocio, que ha decidido sobre el derecho mismo que se discutía entre las partes y que se halla en mejores condiciones para determinar su extensión y su cuantía.

La claridad de los artículos 123 del C. C. A. y 550 del C. J. es incuestionable: si bien el primero remite al Código Judicial, tam-

bién el segundo ordena que cuando no se requiere seguir otro juicio, la ejecución del fallo corresponde al juez o tribunal que conoció en primera o única instancia.

Por otra parte, no es menos evidente que cuando el artículo 123 del C. C. A. afirma que la competencia la tienen los jueces ordinarios, somete a éstos a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia al agregar que deben actuar "según las disposiciones comunes", y que entre éstas se comprenden no solamente las del Código Judicial encaminadas a dirimir las diferencias entre particulares, sino también las del Código Contencioso Administrativo enderezadas a dirimir las controversias entre el ciudadano y el Estado, y que atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todos los conflictos de contención administrativa. Lo anterior en desarrollo de la norma general de la Carta que ha dividido la jurisdicción o facultad de administrar justicia entre los diversos tribunales del país, llámense ordinarios, contenciosos o del trabajo, y atribuídoles a cada uno de éstos la competencia necesaria para conocer de los negocios según la naturaleza de éstos. (Negocios Generales. Noviembre 9 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1169, 1ª y 2ª y 1170, 1ª

— 355 —

SEPARACION DE BIENES (Demandada por la mujer adúltera)

No es aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes como consecuencia de una culpa que haya cometido y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido. Al estatuir el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 que son causales de separación las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, implícitamente establece que la mujer, al aducir para la separación alguna de estas causales, ha de estar en la misma situación en que debería hallarse si fuera a pedir el divorcio en vez de la separación, según el artículo 156 del C. C. Hay la misma razón para lo uno como para lo otro. Habiendo sido la cónyuge la única responsable de la turbación de la paz y el sosiego, es imposible ante la ley, la moral y la justicia que su degradación le pueda servir de sustentáculo a una demanda de separación de bienes. Al negarse en estos casos la acción de separación de bienes a la mujer culpable, no se le priva de sus gananciales, los que podrá reclamar al disolverse la sociedad conyugal en los otros casos previstos por la ley. Lo que ni el derecho ni la moral pueden autorizar es el ejercicio por la mujer adúltera, de la acción de separación de bienes con fundamento en la flagrante violación de sus primordiales deberes conyugales. (Casación Civil. Julio 13 de 1956. Nº 2170).....240, 1ª y 2ª

— 356 —

SIMULACION (Amplitud probatoria del heredero)

Véase el aparte **Heredero** en el número 181 de este Indice.

— 357 —

SIMULACION (Cuando se es tercero)

Cuando son dos los compradores, cada uno se hace dueño de su derecho y pasa a ser un tercero respecto a las escrituras privadas que el otro comprador y el vendedor hagan para alterar lo pactado en la escritura pública en que se hizo constar el contrato de compraventa. Si no fuera así fácilmente podría arrebatarse el derecho al primero mediante confabulación del vendedor y el otro comprador. (Casación Civil. Noviembre 29 de 1956. Nos. 2174, 2175).....876, 2ª

— 358 —

SIMULACION (Indicio de)

Es un indicio de la simulación el que el inmueble, objeto de la promesa de compraventa que se tacha de simulada, se encuentre en poder del acreedor —prometiente vendedor— debiendo encontrarse en el del deudor —prometiente comprador—. (Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 498, 2ª

— 359 —

SIMULACION (La acción es prescriptible)

La acción de simulación es prescriptible en el lapso de veinte años, pues el "comprador" no podrá adquirir el dominio de los bienes sino mediante la usucapión extraordinaria, ya que los recibe a título de mera tenencia (artículo 2531 C. C.). La acción es prescriptible por la razón de que el "comprador" puede adquirir por usucapión la propiedad de la cosa; por tanto, ha de transformar su estado de mero tenedor, en el de poseedor, desconociendo el derecho del "vendedor", negándose a cumplir el acuerdo secreto, y poseyendo la cosa durante los veinte años de rigor. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170).....283, 1ª y 2ª

— 360 —

SIMULACION (Prescripción de la acción)

Mientras el "adquirente" reconozca el derecho del propietario, y esté listo a cumplir lo pactado, no será sino un mero tenedor, y la mera tenencia no se muda jamás en posesión —que es indispensable para usucapir— por el simple transcurso del tiempo, según el artículo 777 del C. C. Por tanto, mientras sea un mero tenedor jamás prescribirá el dominio, y en tanto no prescriba el dominio subsistirá la acción del dueño para que se declare la simulación. "Toda acción por la cual se reclama un derecho —reza el artículo 2538 del C. C.— se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", de manera que si no se prescribe el dominio mal podrá extinguirse la acción del dueño encaminada a que se haga por los jueces la declaración de ser simulado el contrato y se restituya la cosa sobre la cual recae su derecho. (Casación Civil. Julio 26 de 1956).. 283, 2ª

— 361 —

SIMULACION (Prueba de la falta de pago del precio)

La comprobación del pago del precio cuando se ejercita la acción de simulación no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al demandante a quien corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por ese motivo. (Casación Civil. Noviembre 29 de 1956. Nos. 2174, 2175) 824, 1ª

— 362 —

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y CESACION DEL PROCEDIMIENTO

Es cierto que según el artículo 437 ibidem, se dictará sobreseimiento definitivo cuando apareciere que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación ó cuando éste no sea constitutivo de delito, y cuando esté claramente demostrada la inocencia del sindicado.

Pero no puede olvidarse que la sentencia sui generis que estatuye el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, también ha de proferirse en los casos en que aparezca

comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción, y que sus efectos son idénticos a los del auto de sobreseimiento para dejar establecida la inocencia del inculpado ya que la providencia al declarar que el hecho no se ha cometido, o que éste no constituye delito, mantiene incólume la reputación y buena fama del procesado. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1956. Nos. 2174, 2175) .1031, 2ª

— 363 —

SOCIEDAD CONYUGAL

El ordinal 3º del artículo 1781 del C. C. lleva al haber de la sociedad conyugal el dinero que cualquiera de los cónyuges adquiera, con derecho a restitución o reembolso. De manera que, aunque se probara legalmente, que uno de los cónyuges heredó el dinero con que compró un inmueble, tal dinero será de la sociedad conyugal y lo que con él se adquiera, también lo será, con derecho a la restitución de él. (Casación Civil. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 490, 2ª, 491, 1ª y 2ª

— 364 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Como integrante de la sucesión del de cujus)

La sucesión hereditaria de una persona la integran dos elementos primordiales: la sociedad conyugal, cuando ha existido matrimonio del causante, y la herencia propiamente dicha, representada por el cónyuge sobreviviente y los herederos.

La masa de bienes de una sociedad conyugal disuelta pertenece a ésta, no exclusivamente a uno de los cónyuges, esto, antes y después de la vigencia de la ley 28 de 1932, porque esa exclusividad no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondiente. Igual fenómeno acontece con las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral. Casación Civil. Octubre 31 de 1956. Números 2171, 2172 y 2173).....501, 1ª

— 365 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Finalidades y alcance de la ley 68 de 1946)

La ley 68 persiguió que las enajenaciones que sin el consentimiento de la cónyuge hubiese hecho el marido o hiciera en lo sucesivo de bienes comunes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de entrar a regir la ley 28, quedasen en firme, esto es, a cubierto de la acción de reivindicación creada por la doctrina para tales casos. La ley 68 fue la reacción —injustificada, dijo la Corte en sentencia de octubre 16 de 1947 (LXIII, 80 y 81)— contra la construcción jurisprudencial elaborada por la Corte, para fijar el alcance de la reforma en relación con el patrimonio social existente al entrar a regir, con la nueva capacidad civil de la mujer, que no hacía distingo y con el interés concreto de la misma vinculado a los bienes comunes adquiridos antes de 1933, puesto que dejando al marido la libre administración de esos bienes, tal como se lo otorgaba el C. C. se resentía la capacidad que le había sido reconocida a la mujer en el nuevo estatuto. (V. cas. febrero 13 de 1948, LXIII, 735; julio 22 de 1952, LXXII, 535 y noviembre 16 de 1953, LXXVI, 746). Esa reacción negó a la mujer, siendo ya capaz, el derecho de disponer de los bienes por ella adquiridos como gananciales bajo el régimen del C. C., para conferírselo al marido, quien así volvía a reunir los poderes cancelados por la ley 28, con respecto a tales bienes y a las sociedades conyugales no liquidadas provisionalmente.

Así que la causa real de la ley 68 de 1946 fue el propósito del legislador de evitar que las enajenaciones de que se trata dejasen de ser inoponibles a la cónyuge, quien tenía, por tanto, acción para hacer volver los bienes a la masa social. Condicionada a tal finalidad debe ser interpretada la ley 68, porque no hay criterio más seguro para fijar el sentido o alcance de una ley que aquel que parte de sus causas o fuentes reales, de las cuales la ley no es sino su fiel repercusión. De esta suerte, la limitación que la ley 68 introdujo a la nueva capacidad de la mujer, en lo tocante a los bienes comunes en referencia, debe circunscribirse a los actos de enajenación. Este fue el campo en donde el legislador de 1946 halló la causa real generadora de la ley 68. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170) 281, 1ª

— 366 —

SOCIEDAD CONYUGAL (No es persona moral)

Ni la sociedad del C. C. ni la de la ley 28 de 1932 es persona moral; a ella no se le demanda en la persona de los cónyuges, ni ella demanda representada por éstos; carece de patrimonio propio respecto a terceros, ante quienes son los cónyuges los titulares de los bienes. Es lo mismo demandar a A en su propio nombre, o haciendo referencia a su calidad de miembro de la sociedad conyugal que compone con su mujer o marido, o como "representante" de esta sociedad, inexistente como entidad jurídica, porque siempre será A, con calificaciones o sin ellas, el extremo pasivo, personal, de la acción, con incidencia interna y necesaria sobre la comunidad conyugal. (Casación Civil. Julio 26 de 1956. Nº 2170) 281, 2ª

— 367 —

SOCIO INDUSTRIAL Y CONTRATO DE TRABAJO

Entre las actividades que puedan corresponder a un socio industrial, con remuneración a base de porcentaje, en una sociedad que subsiste puntualizada únicamente con el ánimo de sus integrantes, y un contrato de trabajo con persona que lleva a sus labores conocimientos especializados sobre la base de una remuneración, también a porcentaje, existen zonas de semejanza que obligan a un examen detenido para despejar confusiones que hagan posible fijar la ubicación de cada caso.

En las sociedades colectivas, en las de responsabilidad limitada y en las en comandita por acciones, el conocimiento personal entre los socios, es un elemento fundamental en la decisión de vincularse con ánimo de asociación, y la facultad de administrar la empresa o bienes, nacida por otorgamiento legal, hace que cuando la ejercen, es diferente de la situación de los trabajadores dependientes como lo es otro cualquiera que actúa en función de su condición de empleado. En estas sociedades, por ministerio de la ley y por el mismo régimen interno que acuerdan, hay claridad y formas distintas en las funciones de un socio y las funciones que correspondan a un empleado.

Pero hay sociedades de personas, que por no tener la plenitud de las formalidades legales, forman entre las llamadas sociedades de hecho, y en las cuales puede darse el caso de socios con aporte de una especialidad o industria, que intervienen en trabajos de dirección, pero cuya sujeción en ejercicio de sus funciones no tiene el sometimiento ni las exigencias, que tiene el empleado. Porque el trabajador a contrato, en razón del vínculo, tiene obligaciones de su esencia nacidas de la ley y de los reglamentos internos, y entre las cuales la subordinación, ór-

denes impartidas en todo momento, tienen que ser observadas y a las cuales no se puede substraer sin que se le atribuya incumplimiento del contrato. Por eso se ha dicho, por los autores de la materia y por la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que la subordinación es en el contrato de trabajo de carácter jurídico real, proveniente de la existencia de una disposición legal.

También es aspecto que cabe observar en las sociedades de hecho, el de los riesgos o pérdidas en el negocio; porque, si de contrato de trabajo se trata, el trabajador no los sufre. En cambio, el socio lo es para las ventajas y desventajas, siendo ésta otra diferencia ostensible y fundamental para decidir sobre la naturaleza de una u otra relación. (Casación Laboral. Noviembre 23 de 1956. Nos. 2174, 2175)..1105, 2ª y 1106, 1ª

— 368 —

SUJETOS PROCESALES

Todo funcionario judicial debe comprender que la demanda es como la llave que abre el juicio, el acto que toca a las puertas de la primera de sus tres etapas: **la constitución regular del proceso.** Esta se integra por tres sujetos o elementos formales: **Juez, demandante y demandado;** cada uno debe cumplir requisitos o aptitudes especiales, pues no basta su mera presencia en el juicio, para la formación de éste y la viabilidad procesal.

a) El juez debe ser competente, objetiva y subjetivamente, esto es, que la ley orgánica le atribuye el conocimiento para actuar y decidir en la litis planteada y que no tenga impedimento en relación con las partes, para poder ejercer imparcialmente la tutela jurídica que el Estado le confía. Debe, pues, en primer lugar, estudiar oficiosamente, el planteamiento que se le hace, quien lo hace y contra quien, para saber si reside en él la facultas ferdicondi, ya por la especie y naturaleza del negocio (facultas in objecto), ya por la calidad de las partes (facultas in subjecto), ya por el lugar o radio de su acción jurisdiccional locativa (facultas in loco).

b) Demandante. Según el principio romano "nemo judex sine actore", corresponde luego estudiar la calidad y situación del demandante o segundo sujeto de la **constitución procesal** ya que en materia civil el juez no obra de oficio, sino cuando el titular de un derecho desatendido por la parte obligada, reclama su intervención para hacerlo efectivo, y es entonces necesario estudiar si dicha actor tiene capacidad para ser parte, esto es capacidad civil para ser sujeto de un derecho como el que invoca en su demanda, y a la vez si tiene capacidad para actuar en el proceso o la tiene quien obra a su nombre, esto es la capacidad procesal o legitimatio ad processum.

c) Demandado. Como al sujeto titular del derecho reclamado, debe corresponder el sujeto titular de la obligación correlativa, o sea el **demandado,** también se estudiará respecto de éste, su capacidad para ser parte, o sea sujeto capaz de contraer civilmente obligaciones como la que en la demanda se le exige, e igualmente si tiene capacidad para actuar en el proceso, o la tiene quien se diga representarlo, para su legitimatio ad processum.

El proceso sólo se puede estructurar o armar en su primera etapa fundamental, cuando concurren sólidamente estos tres presupuestos procesales o "pilares del juicio" para que éste pueda iniciarse, desarrollarse y terminar con decisión de fondo, sin vicios que afecten el control de la actuación y originen las **excepciones** y **las nulidades procesales.** Sin ellas no puede surgir la verdadera **relación jurídico procesal** y toda la actuación marcha hacia el fracaso final. La doctrina exige, por razones de orden lógico y de eco-

nomía procesal, para bien de las partes y de la administración de justicia, que el juez estudie previamente la situación precisa de los sujetos del proceso, o sea su propia y clara competencia, la capacidad de los litigantes para ser parte, y la capacidad de los mismos para comparecer en el juicio, en la representación propia o delegada.

Sólo planteado un debate legítimo entre partes que tienen derecho de debatirse y que lo hacen por sí o por representante que demuestre la facultad de serlo, y ante juez competente, el juicio no resulta írrito o baldío. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175).....947, 2ª y 947, 1ª y 2ª

— 369 —

SUSPENSION DE LEYES (En estado de sitio)

El no haber llenado alguno de los requisitos indicados en la ley, no es motivo constitucional para declarar la inexequibilidad del Decreto acusado, porque entonces se privaría al Presidente de la República de la facultad que le otorga la Constitución misma, de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, y se le impediría tomar las medidas que estime convenientes y oportunas para el restablecimiento de la normalidad. (Sala de Negocios Constitucionales. Diciembre 18 de 1956. Nos. 2174, 2175) 742, 1ª

— 370 —

SUSPENSION DEL PROCESO (A causa de la expiracón del mandato)

La inhabilidad del apoderado en el juicio, a virtud de sanción disciplinaria impuesta por la autoridad judicial, consistente en suspensión en el ejercicio profesional, produce la expiración del poder con que venía actuando en el juicio (ord. 4º, artículo 370, C. J.).

Esta situación, conforme a la ley procesal determina una crisis del procedimiento, caracterizada en la suspensión de términos. En el momento en que el poder expira el juicio se suspende. La suspensión es consecuencia de la expiración del mandato, su inmediato antecedente. (Casación Civil. Junio 19 de 1956. Nº 2169).....47, 2ª y 48, 1ª

— 371 —

SUSPENSION DEL PROCESO (Cuando ocurre por expiración del mandato, debe quedar constancia en los autos)

Lo que la ley manda y quiere que se haga, en guarda del derecho de defensa, es que en el proceso quede testimonio auténtico de que la parte privada de representación en el juicio tenga conocimiento de este hecho y pueda constituir nuevo apoderado, para que la litis no continúe desarrollándose sin su audiencia y tenga así cumplido efecto el mandato constitucional, a virtud del cual, nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada proceso. Tal exigencia no quedaría satisfecha con el informe particular que el apoderado diera al mandante sobre la circunstancia de haber perdido su capacidad procesal para continuar en ejercicio del mandato. (Casación Civil. Junio 19 de 1956. N. 2169).....48, 1ª y 48, 2ª

— 372 —

SUSPENSION E INTERRUPCION DEL JUICIO

En la moderna doctrina procesal, consagrada en algunos códigos de procedimiento civil extranjero, los hechos externos al proceso, ajenos a la actividad de las partes, como la muerte del litigante o de su apoderado, o la inhabilidad de éste para el ejer-

cicio de la profesión de abogado, dan lugar al fenómeno de la interrupción del juicio, así como los hechos que se producen dentro de éste, por obra de la ley o de la voluntad de los litigantes, como por ejemplo, la denuncia del pleito, el conflicto de competencia, la acumulación de autos, etc., ocasionan su suspensión, figura procesal distinta de la anterior.

Aunque el Código Judicial, en su artículo 370, identifica la suspensión con la interrupción del proceso, no se aparta de la ciencia procesal al señalar sus efectos, en ambos fenómenos idénticos, a saber: la paralización del juicio. Se ajusta también a los principios del derecho procesal al señalar el término de esta crisis del procedimiento cuando la interrupción se produce por la expiración del mandato judicial, esto es, hasta que se haga saber a la parte que ha quedado privada de representación en el juicio. (Casación Civil. Junio 19 de 1956. Nº 2169).....48, 2ª

— T —

— 373 —

TERMINOS JUDICIALES (Restitución)

Obvio es que, de accederse a la reposición solicitada del auto de citación para sentencia, con el objeto de practicarse una prueba, se quebrantaría el sistema procesal vigente, cuya característica esencial es la de articularse en etapas de tiempo determinado, para que dentro de él se realicen los actos previstos en la ley para cada acción. Precluída una etapa válidamente tramitada no es posible volver sobre ella, a menos que se pida la restitución del término correspondiente, o de que en su desarrollo se haya incurrido en alguna causal de nulidad.

En materia de términos la ley es de aplicación estricta. Términos judiciales —dice el artículo 366 del C. J.— son los plazos señalados por la ley o por el juez para que dentro de ellos se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho, o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Ellos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Sólo por excepción puede operarse legalmente la suspensión de un término, o sea cuando se presenta alguna de las causales enumeradas en los artículos 369 y 370 del C. J., o su restitución, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de él, conforme al artículo 372 ibidem. (Negocios Generales. Octubre 13 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) 619, 1ª y 2ª

— 374 —

TESTAMENTO CERRADO (Nulidad por discrepancia entre la fecha de la cubierta y la de la escritura de protocolización)

La equivocación consistente en que el amanuense de la Notaría estampó en la cubierta que contiene el testamento cerrado una fecha distinta de la de la escritura, en forma alguna está erigida en causal de nulidad del testamento cerrado; es un accidente que no alcanza a constituir un defecto capaz de invalidar el acto testamentario cuando no se presenta ninguna duda sobre la autenticidad y sobre el lleno de las exigencias legales en el otorgamiento de la escritura, porque entonces dicha escritura cumple el fin que se propuso el legislador, o sea, el de tutelar la autenticidad del testamento cerrado y que en su otorgamiento se han cumplido las solemnidades que garanticen la fiel expresión de la voluntad del exponente. (Casación Civil. Julio 11 de 1956. Nº 2170)..212, 1ª y 2ª, 213, 1ª y 214, 1ª

— 375 —

TESTIMONIO (Cuando se afirma ser cierto el contenido de la pregunta)

El testimonio es la expresión de los hechos percibidos por los sentidos; es un recuento

de las diversas modalidades que rodearon el acto y del modo como han llegado a su conocimiento los hechos que se aseveran. Su credibilidad depende de las condiciones personales y sociales de quien declara; del objeto al cual se refiere el testimonio; de la forma como fue percibido y de la manera como se rinde la declaración, circunstancias éstas que deben constar en la respectiva declaración, para que el funcionario ante quien se exhibe pueda apreciarlo.

Cuando el testimonio no reúne estos requisitos, o cuando el contenido del mismo radica en la afirmación de ser "cierto el contenido de la pregunta", o cuando la respuesta es versión exacta o aproximada del interrogatorio, no existe declaración porque ese testimonio, ante la ley, no tiene validez ninguna (artículo 239 del C. de P. P.). Es claro que en la mayoría de las veces, la omisión de estas formalidades no depende de quien declara sino de quien lo recibe, y entonces, bien por ignorancia o desconocimiento del procedimiento, ora por negligencia del funcionario que lo recibe, la prueba testimonial no tiene eficacia ante la ley ni para demostrar los hechos que se trata de probar, ni para formar criterio de convicción en el funcionario que debe apreciarlos. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1009, 1ª y 2ª

— 376 —

TRABAJOS PUBLICOS

En los juicios sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, el actor debe demostrar que la persona de derecho público demandada ordenó la ejecución del trabajo y la consiguiente ocupación del inmueble. Este requisito se relaciona con la personería sustantiva o legitimatio ad causam de la parte demandada. (Negocios Generales. Noviembre 13 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1180, 2ª

— 377 —

TRABAJOS PUBLICOS (Acción cuando el inmueble afectado pertenece a una comunidad)

Cuando en el momento de la indemnización de los trabajos públicos el dominio sobre el inmueble afectado por ellos se halla en comunidad, la acción para reclamar la indemnización de los perjuicios que dichos trabajos producen, pertenece y se consolida en cabeza de la comunidad por ser la víctima directa de los daños ocasionados. En estas circunstancias, si un copartícipe intenta dicha acción en nombre propio y para sí, la demanda debe fracasar porque carece de título suficiente sobre la totalidad del inmueble para ejercitar la acción. Su derecho se contrae a una cuota proindiviso en el bien y es, por tanto, persona distinta de la comunidad de que forma parte. Su calidad de condueño sólo le da personería suficiente para demandar **a nombre y para la comunidad.**

Planteada la acción por un comunero en nombre propio, no puede alegar después que ha completado su personería con la prueba de que los demás condueños vendieron, con posterioridad a la demanda, sus cuotas partes en el inmueble al actor, puesto que esa prueba sólo acredita que el demandante es en la actualidad propietario exclusivo del inmueble, mas no que lo fuera en el momento de la realización del trabajo público, en forma de poder afirmarse que fue la víctima de los perjuicios y, como tal se hubiera hecho titular de la acción. Tampoco acredita la escritura por la cual se hizo la venta que la acción perteneciente a la comunidad le hubiera sido cedida.

Cuando los comuneros vendieron al demandante sus cuotas, éste adquirió el inmueble en la forma y extensión que tenía en ese momento, o lo que es igual, adquirió la propiedad sobre un inmueble ya desmembrado, de suerte que de existir la acción,

continuaría radicada en el patrimonio de la comunidad. (Negocios Generales. Julio 18 de 1956) 395, 1ª

— 378 —

TRABAJOS PUBLICOS (Acción cuando el inmueble pertenece a una sucesión)

Si la acción, conforme al artículo 263 del C. C. A. se origina o tiene por causa la ocupación de la propiedad particular por una entidad de derecho público, no puede haber duda de que, quien tiene derecho a que se le pague la indemnización debida es el legítimo dueño de esa propiedad. Tan evidente es esto, que uno de los efectos de la sentencia en estos juicios, es la transferencia del derecho de dominio del inmueble ocupado a la entidad pública como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular expropiado.

Entonces, apenas sí hay para qué decir que cuando los demandantes no son titulares del derecho de dominio de los inmuebles afectados por la ocupación, sino meros cesionarios de derechos dentro de la universalidad de los bienes del causante que se hallan en estado de indivisión, es claro que no podrían otorgar un título traslaticio de dominio a favor de la entidad demandada, sino tan sólo los mismos derechos que poseen.

Síguese de lo expuesto que hay falta de legitimación en la causa de los demandantes o carencia de derecho para demandar, y que ese hecho conlleva la inhibición de desatar el litigio conforme a los ordenamientos que impone la ley, o sea, el pago de los terrenos al expropiado y la transferencia del derecho de dominio por parte de éste a la entidad pública que los paga. Y no se diga que la sentencia podría pronunciarse ordenando el pago tan pronto como los herederos puedan transferir la propiedad, o sea una vez practicada la partición de los bienes sucesorales, porque tal pronunciamiento equivaldría a dejar sin solución el litigio, posponiendo el reconocimiento de los derechos y obligaciones para un futuro incierto. (G. J. LXXXIII, 391 y ss. y 396 y ss.-. (Negocios Generales. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) .... 1263, 2ª y 1264, 1ª

— 379 —

TRABAJOS PUBLICOS (Acumulación de acciones)

Encuentra la Sala que la construcción de un canal o zanja de aguas negras implicó, fuera de la ocupación del terreno particular para la construcción de la obra pública, otros daños que afectan el resto de la propiedad, daños cuya relación íntima y directa con aquella obra de interés público no puede remitirse a duda, pues es muy claro que la insalubridad, la división del terreno y las demás condiciones en que quedó, son hechos que no se hubieran producido sin la apertura de la zanja dentro del propio inmueble de los demandantes. No se verifica por tanto la aseveración de la Procuraduría de que se demandan indemnizaciones por simples daños a causa de un trabajo público, de que tuviera que conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Negocios Generales. Octubre 8 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....605, 2ª

— 380 —

TRABAJOS PUBLICOS (Alcances de la sentencia)

Las decisiones basadas en el Decreto 0293 de febrero 15 de 1956 no se oponen a las demandas que conforme al derecho común puedan presentarse para obtener el pago de terrenos privados ocupados permanentemente por causa de trabajos públicos. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170) .335, 2ª

— 381 —

TRABAJOS PUBLICOS (Aplicación del inc. 2º, artículo 268 del C. C. A.)

Sobre si es o no deducible de la cantidad en que se estima la indemnización el 20% de ella, de conformidad con el inc. 2º, art. 268 del C. C. A. considera la Sala que como todo el lote de los demandantes fue incorporado a la vía pública, no hay fundamento para ordenar la deducción en referencia, pues es obvio que la norma en mención sólo es aplicable en los casos en que la ocupación no sea total sino parcial, en los cuales se infiere lógicamente que el trabajo público realizado valorizó la zona no ocupada. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).. 359, 2ª

— 382 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cómo se realiza la ocupación de la propiedad en caso de licencia de construcción)

Es evidente que el acto administrativo por el cual una entidad municipal, facultada para dictar disposiciones sobre trazado, ensanche y apertura de calles, fija los hilos, perfiles o paramentos de una futura edificación, no tiene la virtualidad de producir por sí solo el hecho físico de la ocupación de la propiedad privada, ni la ampliación o apertura de la vía. Tal acto produce sí el efecto de una condición en el uso y goce del terreno particular, cual es la de no poder edificarlo sino con sujeción a los planos urbanísticos reguladores de la ciudad, a que deben someterse los propietarios del inmueble por la razón constitucional de que el interés privado debe ceder al interés público o social. Pero la fijación del paramento para una nueva edificación, cuya sola finalidad es la de ensanchar o abrir la calle, no tiene operancia si el propietario no construye, o por lo menos, si no deja libre el tránsito, y delimitada convenientemente, la zona señalada en la demarcación. Y es que, si no se acata la disposición oficial sobre el paramento, o mejor, si el propietario particular resuelve no construir en las condiciones prefijadas, la entidad de derecho público no tiene cómo utilizar o servirse del dominio ajeno, y por lo tanto, el titular de ese derecho carece de causa o razón para demandar una indemnización que no se le debe por ese concepto. La obligación a cargo de la Administración nace desde el momento en que utiliza o se sirve del dominio privado para el beneficio colectivo. (Negocios Generales. Octubre 25 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....663, 2ª

— 383 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando el daño es conexo de la ocupación permanente de la propiedad privada, las dos acciones son acumulables y de ellas conoce la Corte)

Consagra el artículo 263 del C. C. A. dos acciones: una por ocupación permanente de la propiedad particular, y otra por los daños causados a dicha propiedad. De la primera conoce hoy la justicia ordinaria de conformidad con el fallo sobre inexequibidad de varios artículos de la Ley 167 de 1941, proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y en atención al Decreto-legislativo 0293 de 15 de febrero del presente año, en vigencia desde el 29 de ese mismo mes; de la segunda conoce la justicia contencioso-administrativa. Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquélla se causan éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria.

Queda así definido claramente que los perjuicios de naturaleza diferente a los de la ocupación permanente de la propiedad particular con motivo de trabajos públicos, no corresponde considerarlos a la justicia ordi-

naria sino a la de lo Contencioso Administrativo. (Negocios Generales. Junio 11 de 1956. Nº 2169) 143, 1ª

— 384 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando el inmueble pertenece a una sucesión)

La acción indemnizatoria por la ocupación de la propiedad inmueble con motivo de trabajos públicos, sólo puede ser ejercitada por el verdadero o legítimo dueño del bien raíz ocupado, hecho que no puede demostrarse por medio probatorio distinto al de la exhibición del título válido de adquisición, debidamente registrado.

El dominio o propiedad es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer libremente de ella. Ninguno de los herederos —dentro del proceso sucesoral— tiene la propiedad de cosas determinadas dentro del acervo o masa de bienes dejados por el causante, sino simples derechos sobre ella. Sólo cuando se verifica la partición y se aprueba por el juez, surge el efecto traslativo del causante al heredero sobre el objeto determinado o cuerpo cierto.

Mientras no exista la adjudicación concreta a alguno o algunos de los herederos del bien raíz ocupado por la Administración a causa de trabajo público, no pueden ellos conjunta ni individualmente transferir la propiedad de ese bien a la entidad pública, y por tanto, no puede decretarse por sentencia esa contraprestación necesaria. Por consiguiente, la sucesión en estado ilíquido no tiene capacidad jurídica para ejercitar la acción indemnizatoria de que trata el artículo 263 del C. C. A. (Negocios Generales. Diciembre 14 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1264, 2ª

— 385 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando la acción se ejerce por cesionarios)

Uno de los demandantes es cesionario del derecho que pueda reconocerse por la ocupación del inmueble de que es copropietario el cedente. Lo cedido no es el dominio de la zona ocupada sino el eventual derecho a la indemnización, por lo cual es perfectamente claro que el cesionario no tiene capacidad jurídica para disponer del inmueble, ni facultad para hacerlo. Ahora bien, dada la naturaleza de la acción indemnizatoria por trabajos públicos, el demandante ha de ser dueño del inmueble que ha ocupado la entidad pública con motivo del trabajo pues las resultas del pleito afectan tal dominio. El actor ha de transferir su derecho de propiedad al demandado. Sería ilógico el ordenamiento judicial que recayera sobre persona no dueña del bien y resultaría improcedente dictarlo en contra de persona extraña a la litis. El contrato de cesión no puede tener más alcance del que realmente le corresponde: el de percibir el valor de la indemnización. El cesionario en este caso no ocupa el lugar del cedente en las resultas del pleito, porque, como ya se dijo, sólo tiene acción en este juicio especial quien es dueño del bien raíz afectado por el trabajo público y puede válidamente enajenarlo. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Nº 2170) 400, 1ª

— 386 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando la acción se ejerce por comuneros)

Si el causante no era propietario exclusivo del inmueble sino únicamente poseedor de derechos en común, y tal comunidad indivisa continúa vigente, los herederos, demandantes en el juicio, no tienen el dominio sobre un cuerpo cierto, y en tal circunstancia sólo podrían legalmente transferir sus res-

pectivos derechos en la comunidad. De modo que, no pudiendo éstos transferir el dominio del inmueble al demandado, como no lo puede hacer tampoco el cesionario codemandante, quien ni siquiera tiene derechos en la comunidad, la acción ha de serles desfavorable a todos los actores. Porque el litigio, cuyo objeto es el traspaso de la propiedad inmueble que ha sido ocupada por la Administración mediante el pago que ésta haga de su valor, quedaría sin solución al disponerse solamente el traspaso de parte de derechos en común y proindiviso en la propiedad.

Estas consideraciones permiten concluir que hay falta de legitimación en la causa en los demandantes, por no ser ninguno de ellos propietario exclusivo del inmueble objeto del juicio. Han debido demandar en nombre y para la comunidad en la cual tienen sus derechos. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Nº 2170).....400, 2ª y 401, 1ª

— 387 —

TRABAJOS PUBLICOS (Decreto Extraordinario 0293 de 1956)

Aunque la jurisprudencia de la Corte sofrenó la aplicación de los artículos 261 a 269 del Código Contencioso Administrativo, para los casos en que se tratara del pago del precio de la propiedad privada ocupada, el Decreto Extraordinario 0293 de 1956, considerado en forma objetiva, y a la luz de los principios generales del derecho sobre acumulación de acciones, sobre subordinación de lo accesorio a lo principal, y sobre economía procesal, conduce a establecer lo siguiente:

El Decreto se refiere a los juicios, o sea que comprende todas las acciones ejercitadas en ellos, cuando la principal versa sobre pago de precio de la propiedad inmueble ocupada en forma permanente; y la accesoria a los daños ocasionados directamente por la ocupación. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1956. Nos. 2172, 2172 y 2173).....606, 2ª y 607, 1ª

— 388 —

TRABAJOS PUBLICOS (Determinación de la fecha en que se realizó la ocupación de la propiedad privada)

Además de los requisitos necesarios para ejercitar la acción de indemnización de perjuicios causados con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada para realizar trabajos públicos, el artículo 263 del C. C. A. establece que las demandas de esta clase deberán presentarse ante el Tribunal competente a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el hecho o de verificada la ocupación.

Pero se pregunta cuál es la fecha exacta que sirve para contar ese término en aquellos casos en que, dada la naturaleza de los trabajos, la ocupación no puede llevarse a cabo en un solo día, como ocurre cuando se trata de la construcción de una vía pública. Es evidente que cuando los trabajos de construcción de una vía pública llegan al límite de un predio determinado, se inicia la ocupación del mismo; mas como éstos son trabajos continuos y la realización de la obra sobre el predio en cuestión puede ser más o menos demorada, es evidente también que el fenómeno de la ocupación por parte del Estado continúa verificándose a diario, a medida que avanzan los trabajos y que, el propietario no está en capacidad de saber, en ese primer instante, la extensión del terreno que a la postre será objeto de la ocupación, ni tampoco la cuantía del daño. En estas condiciones lo equitativo parece ser, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en casos como éstos el término de caducidad se cuente a partir de la terminación de los trabajos sobre el predio en cuestión, ya que solamente en ese momento su propietario está en condiciones de conocer la extensión ocupada y la cuantía de los daños que en virtud de ella se hayan podido ocasionar. Lo que no podría aceptar-

se sin quebrantar el claro sentido de la disposición que se comenta es que la caducidad se contara a partir de la terminación de la obra completa, tomando ésta en toda su extensión y conjunto, o por zonas determinadas, porque finalizados los trabajos sobre un inmueble cualquiera, bien puede ocurrir que en la terminación del resto de la vía, hasta la llegada al punto final, se empleen varios años. Y no podría aceptarse esta interpretación porque terminada la ocupación de un predio determinado, su propietario se halla en condiciones de conocer y probar con exactitud todos los elementos esenciales de la acción, y porque esperarse a la terminación completa de la obra sería tanto como prorrogar indefinidamente el término que en forma perentoria señala el artículo 263. (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170) 333, 1ª y 2ª

— 389 —

TRABAJOS PUBLICOS (En caso de ensanche de vías públicas. — Licencia de construcción)

En concepto de esta Sala, lo fundamental en las acciones como la que se ventila en este juicio, consiste en demostrar que por motivo de un trabajo público de interés social se ocupó la propiedad privada sin indemnización al propietario. La tesis de la voluntad tácita de éste en ceder el terreno necesario para la obra, ni puede deducirse ni aceptarse en presencia de estos dos hechos: ocupación por el trabajo público sin contrato expreso y válido de la venta o cesión, que es el modo legal de expresar la voluntad del vendedor, o sin orden judicial y sin indemnización previa, conforme al ordenamiento del artículo 30 de la Constitución. El hecho de que el Municipio esté facultado para disponer lo conveniente sobre trazado, apertura y ensanche de las calles y como consecuencia para fijar los paramentos correspondientes, no puede llegar hasta el extremo de vulnerar la norma de la Constitución que garantiza la propiedad privada. Tal facultad no exonera al Municipio del deber de rezarcir el perjuicio con la correspondiente indemnización, como lo prevé la ley 167 de 1941 (artículos 261 a 268). (Negocios Generales. Julio 9 de 1956. Nº 2170).....351, 1ª y 2ª

— 390 —

TRABAJOS PUBLICOS (Incompetencia de la Corte para conocer de los negocios en que no se alega ocupación permanente de la propiedad privada)

De los términos de la demanda no aparece el cargo contra la Nación de haber procedido a la ocupación permanente de la propiedad privada, para derivar de ello la indemnización correspondiente. Por la misma razón la parte demandada no contempló ese aspecto en la contestación del libelo, ni la litis se trabó sobre tales bases. La cuestión relativa a la variación del libelo, consistente en ampliación del cauce de la zanja que sirve de tal, no se presenta con el fin de obtener el pago por la ocupación de la zona, sino como un hecho determinante de los daños. No es pues dable a la Sala pronunciarse sobre esas cuestiones para absolver o condenar al demandado ya que no se planteó en este juicio una acción de las que compete decidir a la justicia ordinaria, sino una propia del fuero contencioso administrativo.

Invadiría jurisdicción extraña la Corte si fallara acerca de los daños que no tocan con la ocupación permanente de la propiedad privada. (Negocios Generales. Junio 2 de 1956. Nº 2169).....135, 1ª y 136, 1ª y 2ª

— 391 —

TRABAJOS PUBLICOS (Indemnización por el valor total del inmueble aunque sólo se haya ocupado parte de él)

Cuando la ejecución del trabajo público

impone la necesidad de ocupar la mayor parte de un inmueble de propiedad privada, y el resto de ella, por cualquier circunstancia resulta inaprovechable natural y económicamente para su dueño, lógicamente debe concluirse que el trabajo público afectó el bien en su totalidad, pues no sería equitativo ni justo establecer una división matemática del terreno para efecto de la indemnización a sabiendas de que la parte no ocupada carece en absoluto de valor, por inútil e inaprovechable. Si la inutilización del resto del inmueble es una consecuencia inmediata y necesaria de la ocupación con motivo del trabajo público, debe indemnizarse en su totalidad aunque no haya sido coupado íntegramente, porque el daño se produjo en todo el predio. (Negocios Generales. Junio 15 de 1956. Nº 2169) 172, 2ª

— 392 —

TRABAJOS PUBLICOS (Indemnización por lucro cesante)

En los juicios por ocupación so pretexto de trabajos públicos, se ha considerado siempre que el daño emergente lo representa el valor del inmueble, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de la ocupación. Pero como en toda indemnización por perjuicios, constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por demostrar la existencia de esos perjuicios, el hecho de haberlos sufrido y que se deben a consecuencia de la ocupación. El sólo hecho de la ocurrencia de ésta, si bien implica que se ha privado al propietario de un bien cuyo valor debe serle indemnizado, no implica necesariamente la existencia de perquicios de otro orden, que haya dejado de reportarse una ganancia o provecho derivado de ese bien que es lo que constituye el lucro cesante. Puede ocurrir que se trate de bienes improductivos. Por eso para condenar por concepto de lucro cesante debe acreditarse también la cesación de lucro, de suerte que si falta esta prueba, la condena no podrá producirse.

Ahora, si es verdad que la Corte ha estimado que ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, también es cierto que esta jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicio debe ante todo acreditar la existencia de éstos. (Negocios Generales. Diciembre 1º de 1956. Nos. 2174, 2175) 1214, 1ª

— 393 —

TRABAJOS PUBLICOS (Licencia de construcción)

El propósito de la Administración de ampliar las calles de la ciudad queda realizado a medida que se van levantando nuevas construcciones con el paramento prefijado, y las zonas sin construir dejadas por los propietarios, pasan al servicio público. Es decir, el trabajo de ampliación se va ejecutando y no puede sostenerse que sólo cuando el personal obrero procede al arreglo y pavimentación es que se ejecuta el trabajo. La Administración efectúa una ocupación permanente y definitiva de la zona privada, que le permite darla al servicio público. Y ese hecho es precisamente el que está previsto en el artículo 263 del C. C. A., como causa de la acción indemnizatoria allí consagrada. (Negocios Generales. Diciembre 10 de 1956. Nos. 2174, 2175) 1234, 2ª

— 394 —

TRABAJOS PUBLICOS (Necesidad de demostrar el dominio sobre la zona ocupada)

No se discute, en el juicio de indemnización de perjuicios, ocasionados por la ocupa-

ción permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, el dominio de los bienes raíces; mas, no obstante, él debe demostrarse de manera plena, puesto que si se condena a la entidad demandada a pagar, a título de indemnización, el valor del inobligado a transferirle el derecho de propiemueble ocupado, es obvio que el actor está dad en dicho inmueble, y entonces esa transferencia debe hacerse cumpliendo, al respecto, todos los ordenamientos legales, entre ellos el de establecer la tradición completa del mismo inmueble, para lo cual es indispensable el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., certificado que ha de referirse a un período de veinte años. (Negocios Generales. Julio 24 de 1956. Nº 2170).

403, 2ª

— 395 —

TRABAJOS PUBLICOS (Prueba de la calidad de dueño en el demandante y certificado sobre suficiencia de los títulos)

El dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de trabajos públicos es uno de los elementos axiológicos de indemnización por perjuicios, desde luego que el artículo 264 del C. C. A. dispone que en la demanda se debe expresar, en primer término, "El carácter o título con que la indemnización se reclama".

Desde luego, en esta clase de juicios no se trata de discutir el dominio de los bienes raíces, como en la controversia de la acción reivindicatoria; sin embargo, el demandante debe acreditar suficientemente su condición de dueño, por medio de la escritura pública debidamente registrada, puesto que si el predio ha sido ocupado, con motivo de trabajos públicos, por una entidad de derecho público, y se condena a ésta a pagar, a título de indemnización, el valor de la zona ocupada, aquél está obligado a transferir al demandado la propiedad de esa zona otorgándosele el título correspondiente, registrado como lo ordena la ley. Para establecer la tradición completa del inmueble que se transfiere es indispensable el certificado sobre libertad y vigencia de la inscripción, por el término de veinte años como lo informa el artículo 635 del C. J., es decir que de ese certificado aparezca plenamente establecida la suficiencia del título. Así ocurre en los negocios de expropiación de inmuebles decretada por la autoridad competente, en los cuales el demandante, que es la entidad oficial, debe acompañar al juicio, según el artículo 832 C. J. el certificado de libertad del bien que se va a expropiar, o sea que ese bien esté libre de todo vicio en un período de veinte años. De manera que si esa exigencia es obligatoria en los juicios de expropiación, también debe serlo en los juicios de indemnización por ocupación permanente de una propiedad, por parte de una entidad oficial, a causa de trabajos públicos; porque si en aquéllos, que conducen a una especie de venta forzada, la tradición del bien debe aparecer completa, libre de gravámenes y de vicios que puedan afectar dicha venta, por tratarse de la transferencia de una propiedad raíz, en los de indemnización los requisitos deben ser iguales para tener lugar la misma transferencia que constituye una operación de igual naturaleza.

Considera la Sala que si esta calidad de dueño no resulta comprobada en la forma exigida, no puede decirse que el demandante tenga personería suficiente para impetrar de la justicia las súplicas invocadas en esta clase de juicios, esto es que su personería gitimación en la causa, conocida con el nombre de personería sustantiva, la que es uno de los elementos esenciales de la acción. (Negocios Generales. Junio 14 de 1956. Nº 2169)

161, 1ª y 2ª y 162, 1ª

— 396 —

TRABAJOS PUBLICOS (Prueba del carácter público de la obra)

Cuando se realiza una obra pública, la Administración produce siempre un acto administrativo reglamentario de la obra; generalmente se suscribe un contrato para la realización de ésta, contrato que se publica en el Diario Oficial, o se designa un ingeniero de la correspondiente dependencia oficial para adelantarla cuando se hace por administración directa. De suerte que la comprobación del carácter público del trabajo se hace fácil mediante la presentación al juicio de los documentos en que consten tales hechos, o en virtud de los testimonios de los propios funcionarios o agentes de la Administración. (Negocios Generales. Diciembre 1º de 1956. Nos. 2174, 2175).....1212, 1ª

— 397 —

TRABAJOS PUBLICOS (Su prueba cuando se trata de licencias de construcción)

No es voluntaria sino obligada la cesión que hace el propietario de la zona cuando proyecta la construcción de su predio y obtiene para ello la licencia, condicionada ésta de antemano al paramento que determina la Administración, y luego, al someterse al plano de ensanche de la vía, deja una parte de su inmueble para ese objeto. La resolución administrativa que señala el paramento, por sí sola limita el derecho de dominio del particular sobre su inmueble, puesto que no lo puede usar o gozar en su totalidad, y al propio tiempo expresa tal resolución el reconocimiento de la Administración de que necesea legítima, que es lo que constituye la lesita y reclama parte del inmueble privado para el ensanche de la vía pública. Al levantarse la construcción se produce instantáneamente la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público. Es decir, la ocupación y el trabajo. El ensanche de la vía queda realizado. De ahí que no parezca necesario demostrar que sobre el terreno se han ejecutado determinados trabajos de pavimentación, etc., porque el trabajo público es la ampliación. (Negocios Generales. Julio 6 de 1956. Número 2170).....329, 1ª y 2ª

— U —

— 398 —

USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS

Cuando el que dicta una providencia lo hace con la investidura de funcionario público y con la autorización legal derivada del respectivo nombramiento y posesión del cargo, no puede hablarse de la usurpación de funciones públicas (LII, 674). (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175). 1063, 2ª

— 399 —

USURPACION E INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

La **usurpación de jurisdicción** no es figura delictuosa y la incompetencia de jurisdicción no es sino una de las causas de nulidad de los procesos. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1063, 1ª

— V —

— 400 —

VEREDICTO

La respuesta "sí es responsable, pero sin intención de matar", o "sí, pero sin intención de matar" ha sido entendida como un veredicto absolutorio, partiendo de la tesis de que en los procesos por homicidio, la ne-

gativa de la intención de matar equivale a absolver, por carencia del elemento psíquico, subjetivo o moral. Esta muy respetable tesis de la jurisprudencia de la Corte empezó a tener una necesaria rectificación en casación del 23 de enero de 1953, cuando la Corte no invalidó la sentencia del 21 de marzo anterior, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Heroína Jiménez Ferrara, a quien se condenó como responsable de homicidio preterintencional en Antonio Salazar Gaviria. (G. J. LXXIV, 142). Al Jurado se le había preguntado si la acusada era responsable de haber lesionado a Salazar Gaviria, con arma cortante y punzante y con propósito de darle muerte. A esa pregunta, el Jurado contestó: "Sí, sin intención de matar".

Esta tesis fue ratificada ampliamente, y explicada a cabalidad en casación de 8 de julio de 1955, cuando la Corte dijo que la afirmación de la responsabilidad por el Jurado, con la adición de la negativa del propósito de matar, no equivale a una absolución, por cuanto que dicha adición no significa otra cosa "que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas de un homicidio intencional". En esa misma sentencia, la Corte explicó cómo un veredicto así concebido no es contradictorio, porque sus términos "sí es responsable" (parte primera), y "pero sin propósito de matar" (parte segunda), no contiene la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino "el reconocimiento de una especie de homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción". (G. J. Tomo LXXX, pág. 783). (Casación Penal. Octubre 27 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....528, 1ª y 2ª y 529, 1ª

— 401 —

VEREDICTO (Cuando se afirma la responsabilidad pero se niega la intención)

En el auto de proceder se formulan al acusado los cargos correspondientes al homicidio, y en el cuestionario se interroga al Jurado sobre la responsabilidad, el propósito y el nexo de causalidad entre la acción humana del agente y el resultado dañoso de la muerte. Afirmados por el Tribunal Popular estos tres elementos, los Jueces de Derecho se encuentran frente a un homicidio de simple intención. Cuando el Jurado afirma la responsabilidad, está indicando que el acusado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa; pero si le agrega que no se tuvo la intención de causar la muerte, apenas se niega el segundo de los elementos tipificadores (la intención), con lo cual el homicidio, por regla general, se convierte de intencional en preterintencional, pues no se ha negado el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Para absolver sería necesario que el Jurado negara la responsabilidad o afirmara alguna de las causas justificativas del hecho. Pero cuando afirma la responsabilidad, reconoce que el agente ejecutó los actos materiales que causaron la muerte, acepta la relación de causalidad entre la actividad del reo y el daño causado y niega apenas el propósito de matar, es lógico que está indicando que debe sufrir la pena correspondiente a esa responsabilidad así deducida, que no es otra que la prevista para el homicidio preterintencional. Absolver habiéndose afirmado la responsabilidad es arbitrario y conduce a la impunidad. Arbitrario, porque el Juez de Derecho desconoce que su misión no es otra que la de condenar cuando el Jurado afirma la responsabilidad y la de absolver cuando los Jueces de hecho niegan esa responsabilidad. Y que conduce a la impunidad es obvio, porque establecido que se cometió un hecho pu-

nible por ser ilícito y sabiéndose quién es el autor, no obstante se deja a dicho agente sin sanción legal. (Casación Penal. Octubre 23 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173) .530, 1ª

— 402 —

VEREDICTO (Su interpretación en lo referente a la complicidad)

La complicidad bien sea principal, accesoria o correlativa, es —por regla general—, una circunstancia accesoria respecto del hecho principal al cual accede. El denominador común de la complicidad es el hecho realizado y la pluralidad de personas que responden de él; pero ello no significa que la diversidad de copartícipes cambie o modifique la esencia jurídica de la infracción, porque ésta, una vez consumada, sigue siendo la misma o idéntica ante el derecho penal sustantivo, cualquiera que haya sido el número de agentes que intervinieron en su realización. Por esto es por lo que, la responsabilidad que se predica del autor o autores de un delito, es personal, individual e intransmisible, y al responder de los cargos que se le formulan en el auto de proceder no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal.

Cuando en el cuestionario se interroga al Jurado sobre el tema de la complicidad necesaria (coautoría), y éste, en su veredicto, niega esa coparticipación para afirmar otra —complicidad correlativa—, ello quiere decir que el Juri rompe el fenómeno jurídico del concurso de delincuentes y la solidaridad criminosa, no sólo en la realización del hecho sino respecto de las personas que lo ejecutaron, sin que ello implique que por esta circunstancia el delito carece de sus elementos esenciales objetivos y subjetivos, ni que la responsabilidad desaparece totalmente; ella únicamente se atenúa por la modificación. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1074, 1ª y 2ª

— 403 —

VEREDICTO CONTRADICTORIO

La contradicción del veredicto no se deduce de los términos del cuestionario y de la respuesta del Jurado como lo sostiene el recurrente, sino de las proposiciones del mismo veredicto. La afirmación de la responsabilidad y la frase explicativa de ella no implica contradicción porque ésta radica en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo; y en el caso de estudio, esa contradicción no aparece porque el Jurado afirma la responsabilidad negando la coparticipación principal, para reconocerla dentro de la complicidad correlativa y lo segundo no se opone a lo primero, ni éste a aquél; por consiguiente, el veredicto no es contradictorio. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1956. Nos. 2174, 2175).....1074, 2ª

— 404 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

La violación directa de la ley surge cuando la norma se quebrante expresamente y sin consideración de los elementos probatorios que hayan servido al sentenciador para formar su juicio; si así no fuera, el error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas induciría a una violación indirecta de la ley, y no habría entonces violación directa sino indirecta a causa de la apreciación errónea de la prueba bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho. (Casación Civil. Octubre 30 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....484, 1ª

— 405 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

La violación directa de una norma puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella, sea por-

que la desconoce o porque conociéndola la desecha, todo sin tener en cuenta en forma alguna el análisis de pruebas. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....562, 1ª

— 406 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Con ocasión de un fallo la ley sólo puede quebrantarse por la **vía directa** cuando el sentenciador entiende la ley equivocadamente, esto es, cuando le da a la norma una interpretación contraria a sus términos; cuando interpretándola rectamente, se la aplica sin embargo para regular un caso o hecho no previsto; o cuando se deja de aplicarla al caso previsto. (Casación Civil. Noviembre 23 de 1956. Nos. 2174, 2175).....864, 2ª

— 407 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Conocidas jurisprudencias de la Corte tienen establecido que cada uno de los tres casos a que se refiere la causal 1ª (infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea) derivan de fuentes distintas: el primero tiene lugar, generalmente, cuando se aplica la norma a un hecho inexistente o se niega aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, no menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. De ahí, pues, la importancia en orden al éxito del recurso de casación, que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. (Casación Civil. Octubre 8 de 1956. Nos. 2171, 2172 y 2173).....452, 2ª

— 408 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

No procede en casación acusar un fallo empleando esta forma: "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". Se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber aplicado el texto llamado a resolver la litis: la segunda, por acción, esto es, por haber aplicado un texto no llamado a resolver la litis; y la tercera, por haber errado al señalar el significado, alcance o sentido de una norma legal.

Estas distintas formas influyen poderosamente en la elaboración de la doctrina siempre en función de renovarse en sí misma, para el progreso de las instituciones jurídicas, la adaptación de la ley a los nuevos emplazamientos de la vida y la creación del Derecho, y de allí la importancia científica de especificar la acusación basada en la causal primera del artículo 520 del C. J.: si por quebranto directo, indebida aplicación o interpretación errónea. (Casación Civil. Julio 5 de 1956. Nº 2170).....198, 1ª y 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXIII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL DE 1886	
—	167
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
2º	164
16	164
20	10, 64
23	222
26	229, 267
30	135, 197, 389
38	18
40	346
63	164
76	215
76, ord. 4º	244
76, ord. 19	244
76, ord. 20	244, 245
78	215
118, ord. 5º	173
118, ord. 8º	167
120	165
120, ord. 7º	164, 167
121	118, 163, 166, 167, 173, 273
122	163
130	164
163	96
214	118, 167, 204
ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1945	
53	118
CONCORDATO	
1º	238
CONVENIO ADICIONAL DEL CONCORDATO	
1º	99
2º	99,
CODIGO CIVIL	
—	249, 338, 365, 366
16	214
27	17, 139
27, inc. 2º	175
63	144
156	355
303	17
675	307
738	12
739	12
757	294
762	307
777	360
946	26
963	302
1155	181, 294
1168	233
1394	243, 279
1394, num. 1º	227
1394, num. 3º	279
1394, num. 4º	279
1395	279
1405	227
1506	168
1546	19
1602	115
1609	19
1615	283

Artículos	Números
1758	121
1759	181, 361
1761	181
1766	181
1767	181
1781, ord. 3º	363
1783, ord. 3º	11
1795, inc. 2º	109
1799	233
1880	19
1882	19
1888	19
1930	19
1934	104
1967	335
2142	251, 252
2143	252, 253
2144	252
2145	252
2146	249, 251
2177	249, 251
2181	251
2184	252
2184, ord. 3º	252, 253
2304	168
2347	305, 343
2358	342
2512	299, 300
2513	299
2531	293, 359
2538	360
2541	299
2547	121
2570	121
2599	121
2637	148
2673	334

CODIGO DE COMERCIO

—	17, 249
331	251
332	251
356	249
367	249
379	250
383	251

CODIGO PENAL

—	4, 38, 330
19	119
20	119
28	223
29	149, 255, 281
38, ord. 5º	149
95	200
100	172
160	93
167	266
168	309, 310
171	9, 10
172	7
178	2
180	219
208	30
295	140
302	222
303, inc. 2º	222
333	37
335	39
337	37
343	39
385	103

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

3º	116
4º	116
24	304
38	117
46	117
63	138
77	282
461	351
491	116

CODIGO JUDICIAL

—	133, 330
9º	34
37, ord. 3º	319
40	94, 98
76	95, 98
109	102
121, num. 2º	120
152, num. 1º	102
153	102
208	204
209	240
231	338
250	238
282	148
297	18

Artículos	Números
298	18
300	17, 170
306	18
321	238
333, num. 2º	239
341	133
343	133
346	274
347	253
351	274, 275
351, inc. 2º	344
366	373
367	344
369	373
370	372, 373
370, ord. 4º	370
372	373
395	134
435	191
442	190
456	134, 269
461	137
465, num. 3º	137
466	179
471	241, 316
472	312, 325
482	21
482, inc. 2º	20
496	126
520	76
520, num. 1º	76, 77, 154, 408
520, num. 2º	80
520, num. 3º	86
520, num. 6º	64
531	56, 58, 61
550	317, 354
571	333
575	124
587	202
593	242
597, num. 2º	143
604	110
607	108
608	110
630	334
630. inc. 2º	121
635	314, 394, 395
660	202, 303
663	202, 303
665	202
684	202
724	18

Artículos	Números
775	340
814	117
832	395
1115	340

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

—	63, 100, 101, 148
7º	58, 61, 190
8º	221
10º	221
11	210
12	221
24	200
25	200
28	209, 210
35	321
42	178, 319
44	97, 177
47. ord. 1º	96
58	46
61, ord. 1º	225
72	194
73, ord. 4º	192
75	190
153	362
156	190
161	190
198, ord. 8º	153, 270
239	375
272	130
284	221
320	222
354	52
364	52
365	183, 184
374	178
379	139
383	139
387	139
411	326
429	139
431	139
437	362
471	229
498	255
499	91
528	229
530	31, 311
531	229
537	89
554	89

Artículos	Números
563, inc. 2º	61
566	61
567, num. 1º	79
567, num. 3º	87
567, num. 5º	88
567, num. 7º	89
571, num. 3º	345
571, num. 4º	345
571, num. 5º	90, 345
572	346
574	347
574, inc. 2º	346

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

—	85
50	128
87	156
92	128
143	230
145	325

CODIGO FISCAL

44	307
110	263

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

—	247, 383
68	246
123	354
126	114
134	114
261	27, 114, 387, 389
262	387, 389
263	378, 383, 384, 387, 388, 389, 393
264	387, 389, 395
265	387, 389
266	387, 389
267	387, 389
268	27, 387, 389
268, inc. 2º	381
269	114, 387
271	195
275	195

CODIGO DE DERECHO CANONICO

Canon	Números
145	238
147	238
159	238
200, inc. 2º	238
431	238
432	238
726	49
1406	238
1495	49
1747, inc. 3º	238

Artículos	Números
4º	150

CODIGO DE MINAS

CODIGO DE INDIAS o RECOPILACION DE LAS LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS

—	288

LEYES ESPECIALES

Ley 57 de 1887

5º	117

Ley 153 de 1887

—	133
17	135
19	176
21	147
38	135, 214
91	181
93	181

Ley 105 de 1890

324	51
325	51
326	51
327	51
328	51
329	51
330	51
331	51

Ley 8ª de 1922

2º	355

Ley 21 de 1931

10	4

Artículos	Números
Ley 28 de 1932	
—	364, 365, 366
5º	265
Ley 10 de 1935	
—	116
Ley 83 de 1935	
6º	34
Ley 45 de 1936	
—	176, 258
4º	256
28	175
Ley 50 de 1936	
—	299
1º	299
Ley 62 de 1936	
16	253
Ley 96 de 1936	
3º	204, 207
Ley 200 de 1936	
1º	307
4º	292
12	35, 307
12, inc. 1º	293
21	259
Ley 92 de 1938	
—	23
Ley 167 de 1941	
(V. Código Contencioso-Administrativo)	
Ley 1ª de 1943	
—	34
5º	34
7º	34

Artículos	Números
Ley 4ª de 1943	
—	255
Ley 51 de 1943	
1º	301
Ley 67 de 1943	
2º	98
3º	195
4º	195
5º	195
Ley 29 de 1944	
48	39
Ley 6ª de 1945	
—	96
4º	116
Ley 50 de 1945	
—	135, 215
Ley 52 de 1945	
—	244
Ley 69 de 1945	
—	5
1º	346
9º	4
Ley 85 de 1945	
1º	261
Ley 68 de 1946	
—	16, 265, 365
Ley 71 de 1946	
—	245
Ley 83 de 1946	
—	175

Artículos	Números
DECRETOS	
Decreto-Ley 1350 de 1932	
—	215
5º	135
Decreto-Ley 1405 de 1934	
160	93
Decreto 652 de 1935	
4º	116
Decreto-Ley 750 de 1940	
—	321
1º	322
18	321
23	320
23 ord. 4º	320
24	320, 322
Decreto 1842 de 1943	
—	13
Decreto 2127 de 1945	
—	116
Decreto 805 de 1947	
—	263
Decreto 1403 de 1948	
—	208
Decreto 4135 de 1948	
10	323
14, incs. 1º, 3º	323
24	323
Decreto 2136 de 1949	
—	208
Decreto 1591 de 1950	
4º	100

Artículos	Números
Decreto Legislativo 3665 de 1950	
—	8, 332
12	329, 332
Decreto Legislativo 243 de 1951	
1º	317
2º	125, 126
2º, num. 1º	124
Decreto Extraordinario 2460-bis de 195	
1º	34
Decreto Legislativo 2900 de 1953	
153, num. c)	100
Decreto 3153 de 1953	
1º	116
Decreto-Ley 617 de 1954	
1º	117
2º	117
Decreto Legislativo 3000 de 1954	
—	38
1º	37
2º	37
15	39
Decreto Legislativo 0014 de 1955	
—	281, 347
62	345
76	345
Decreto 852 de 1955	
—	171
8º	171
Decreto 1156 de 1955	
—	351
Decreto Legislativo 0293 de 1956	
—	380, 383, 387
4º	114

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Acosta de Ortiz Alicia contra Marco A. Ortiz.—Ordinario sobre separación de bienes 237

Acosta Díaz Luis Felipe.—La Sala admite el desistiminto del recurso de casación interpuesto contra el fallo condenatorio, por el delito de lesiones personales..... 511

Actos Legislativos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 1954 de la Asamblea Nacional Constituyente y Decretos Legislativos números 1724 y 2331 de 1953. — Se rechaza la demanda de inexequibilidad formulada contra éstos 733

Acuña Euclides.—Cambio de radicación.... 1007

Agudelo Ana de Jesús contra Departamento de Antioquia. —Ordinario.—Indemnización de perjuicios ocasionados en accidente de tránsito 405

Aguirre Ortiz Juan Bautista.—Casación por homicidio 992

Algarra Rocha Enrique contra "Hospital Distrital de San José de Guaduas"—Ordinario. — Laboral 1110

Alvarado Torres José Mª (ex-Juez de Cto.) Se confirma el sobreseimiento proferido en su favor 1065

Alvarez Abad Jesús Mª—Se confirma el sobreseimiento proferido en su favor..... 1089

Angulo Gustavo contra Cafetería Almendra Tropical.—Se admite el recurso de casación interpuesto 564

Anzola Escobar Hernando. — Proposición aprobada en Sala Plena, por la cual se deplora su fallecimiento 423

Págs.

Aramburo José Luis y otros contra Pedro Arroyave R.—Ordinario.—Petición de herencia 204

Arango de Martínez Lya contra Departamento de Antioquia y otros. — Ordinario sobre nulidad de unas escrituras..... 1242

Arango José Miguel (ex-Magistrado de la Corporación).—Moción de duelo aprobada en Corte Plena, con motivo de su fallecimiento 707

Arboleda Valencia José Enrique.—Proposición aprobada en Corte Plena, por medio de la cual lo felicita por su exaltación al cargo de Ministro de Gobierno..... 423

Artículos 5º y 7º del Proyecto de Ley por el cual se dictan medidas tendientes a mitigar los efectos causados por unas calamidades públicas.—Se declaran inexequibles los mencionados artículos 737

"Arrocera Central Limitada" contra Arturo Henao L. — Ordinario sobre pago de una suma de dinero..... 780

Avila Eleuterio.—No se admite la demanda de revisión del proceso que se le adelantó por hurto de ganado mayor..... 956

Avila Núñez Mª Rosario (como representante legal de sus menores hijos Martín Alonso Avila o Pérez y otros) contra Eva Flórez Pérez Soto.—Ordinario.—Filiación natural 215

— B —

Banco Agrícola Hipotecario (Sucursal Cali) contra Félix Varela y otros. — Ordinario. Reivindicatorio 69

Becerra Valderrama Santiago de Jesús. —

Págs.

Casación por homicidio y lesiones personales 113

Benavides Zamora Germán.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el Fiscal del Tribunal para conocer del proceso que por peculado se adelanta a aquél 1021

Boada Arturo contra Rafael Munar y otros. Ordinario.—Requerimiento para revalidar papel común empleado en la actuación... 891

Bonilla de Uribe Aurora contra la Nación. Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 163

Botero Mejía Eudoro contra Darío Arango Tamayo.—Ordinario. — Laboral..... 1144

Buendía Barrios Nicolás. — Cambio de radicación 950

Buitrago Rozo Amalia contra Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, S. A. Ordinario sobre prestaciones e indemnizaciones 557

Bustamante Ríos Euclides—Colisión de competencias 1023

Bustos César C. — Se confirma el sobreseimiento consultado 1016

Bustos Victoria contra Dolores Manuela Lauzao Rodríguez y otras. — Ordinario.—Recurso de hecho..... 46

— C —

Caicedo Gil Antonio.—Se confirma la providencia extintiva de la acción penal, por defunción de aquél..... 1050

Calderón de Cuéllar Lucila y otro contra la Nación.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 603

Calderón de Quintana Stella contra la Nación. — Indemnización por trabajos públicos 1207

Págs.

Calderón Luis Miguel contra Jorge Grillo. Ordinario. — Rescisión de un contrato de compraventa. (Se admite el desistimiento del recurso de casación)..... 755

Camacho o Bolaños Ana Inés y otro contra Florinda y Josefina Camacho.—Ordinario. Filiación natural 468

Camelo Reyes Antonio contra la Nación.—Indemnización de perjulcios por trabajos públicos.—Auto.—No se accede a la solicitud de reposición del auto de citación para sentencia, por faltar la práctica de unas pruebas en el aludido juicio..... 618

Cárdenas Narváez Arturo contra Fábrica de Tejidos Obregón, S. A. — No se reconoce personería al abogado del liquidador de la entidad demandada para representarla en el recurso 556

Cardoso Torres Filemón (Juez del Circuito de Orocué). — Cesación del procedimiento por prescripción de la acción..... 322

Carvajal Marco Antonio contra Instituto Nariño.—No se admite el recurso de casación interpuesto 554

Carrasco de Cortés Helena.—Sucesión.—Objeciones a la partición..... 849

Carrión Casilda (como madre natural de Hernando Carrión y otros) contra Emma Gómez Pérez de Arévalo. — Ordinario.—Filiación natural 245

Casallas H. Rafael contra Isidora Nava v. de Nieto y otros.—Declaración de pertenencia 769

Castañeda Morales José Antonio (ex-Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo).—Cesación del procedimiento.... 974

Castro Aluma Hortensio (ex-Juez Penal del Circuito de Quibdó).—Sobreseimiento definitivo 131

Castro de Pupo Leticia contra Municipio de

Págs.

Valledupar.—Ordinario. — Indemnización de perjuicios 137

Castro Villamil Daniel. — Casación por homicidio 986

Ceballos Jiménez Luis Eduardo.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso que se le adelanta por peculado 1033

Clavijo Campo Elías contra la Nación.—Nulidad de unas Resoluciones Administrativas 653

"Cía. Empresaria del Camino del Carare, S. A." contra la Nación.—Acción exhibitoria 1249

"Cía. Empresaria del Camino del Carare, S. A." contra la Nación. — Ordinario.—Incidente de exhibición 668

La Sala mantiene el anterior auto suplicado 674

"Comunidad de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena en Colombia" contra Ricardo Castillo Franco. — Ordinario sobre reconocimiento de unos derechos herenciales 454

Concesionaria de Petróleos Shell - Cóndor contra la Nación.—Ordinario sobre interpretación de un contrato y nulidad de unas Resoluciones Administrativas..... 576

Córdoba de Lamilla Gumercinda contra Sebastián Lamilla y otra.—Ordinario.—Reivindicatorio 58

Cuéllar Tamayo Ernesto contra la Nación.—Indemnización por trabajos públicos..... 1176

— D —

Dávila Angulo Alfredo (ex-Juez Civil del Circuito de Bogotá).—Sobreseimiento definitivo por prevaricato y abuso de autoridad 107

Daza Erazo Luis Milcíades y otra. — Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto en el proceso que se les adelanta por el delito de lesiones personales. 532

Págs.

Decreto 1403 de 1948.—Se declara que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad de sus artículos 3º y 5º 39

Decreto 2996 de 1950.—No es el caso de decidir sobre su inexequibilidad..... 18

Decreto 2064 de 1953 (artículos 2º, aparte b), 3º, 6º, 7º, 8º y 11).—Se declaran exequibles las disposiciones acusadas del Decreto aludido 724

Decreto 1974 de 1955.—Se resuelve que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda formulada contra este Decreto..... 43

Decretos números 2798 y 3112 de 1955.—La Corte los interpreta, en relación con el nombramiento de Jueces 708

Decreto Legislativo 003664 de 1950.—Se declara exequible 21

Decreto Legislativo 2231 de 1954 (artículos 2º y 4º) — Se declaran exequibles dichos artículos 741

Decreto Legislativo 852 de 1955 (artículo 8º)—Se declara exequible el artículo mencionado antes 727

De la Pava Alfonso y otro.—Se declara no fundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal, para conocer del proceso que se adelanta a aquéllos por peculado 1038

De la Pava Danilo y otros.—Se abstiene la Corte de decidir sobre el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal, para conocer del proceso que se adelanta a aquéllos por estafa..... 1043

Departamento de Antioquia contra Jesús Mª Rojas G.—Acción de tenencia..... 630

Departamento del Atlántico contra "Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A."—Acción exhibitoria 650

Díaz Barreto Alfonso.—Se ordena la revisión del proceso que se le adelantó..... 519

Págs.

Díaz Silva Enrique (Juez de Circuito) — Se confirma el sobreseimiento proferido en su favor 1076

Diócesis de Pasto contra Alfonso y Miguel Montenegro V.—Ordinario. — Reivindicatorio 936

Domínguez Cicerón y otro (Magistrados del Tribunal Superior de Neiva).—Se declaran infundadas las causales de recusación aducidas contra éstos, para que sean separados del conocimiento del proceso que se adelanta a Marco Antonio Ruiz Cadena y otros por el delito de homicidio..... 513

— E —

Echeverri de Marcucchi María contra Norberto Navarro B. y otro.—Ordinario—Reivindicatorio 903

"Empresa de Tipacoque, S. A." en liquidación, y otros contra Banco Agrícola Hipotecario y otros. —Ordinario.—Reconstrucción del juicio 926

Estrada Ramos Pedro (Juez de Circuito Civil). — Se confirma el sobreseimiento decretado a su favor en el proceso que se le adelanta por falsedad en documentos públicos, denegación de justicia y abuso de autoridad 1047

— F —

Farrut de Sánchez Carmen Elena contra Salomón Farrut.—Ordinario. — Filiación natural 250

Fernández Miguel y otra contra Basilia Saldaña.—Ordinario. — Recurso de hecho 438

Ferreira Vidal.—Cambio de radicación..... 1040

Ferrer Ibáñez Próspero contra Departamento del Chocó. — Embargo y secuestro preventivo 182

Franco Rodríguez Manuel.—Se revoca la declaración de extinción de la acción penal. 1026

Págs.

— G —

Garcés de Tamayo Elisa y otras contra la Nación.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 588

Se aclara parcialmente el fallo de que trata el aparte anterior 599

García Ramírez Félix (Ministro de Minas y Petróleos).—Moción de duelo aprobada en Corte Plena con motivo de su fallecimiento 424

García Solano Alvaro y otros (Magistrados del Tribunal del Trabajo de Barranquilla). Queja. — Se resuelve que no hay lugar a imponerles sanciones 710

García v. de Vásquez Guadalupe y otro contra Ramón Antonio Vásquez Cifuentes.—Ordinario, sobre propiedad de unos derechos herenciales 459

Garzón Mario Alberto.—Recurso de revisión 296

Giraldo Luis Carlos.—Proposición de saludo aprobada en Corte Plena, con ocasión de su nombramiento para Ministro de Justicia 424

Giraldo Víctor Manuel contra Antonio José Jaramillo.—Ordinario. — Reivindicatorio. 488

Gómez Arenas Pedro (Magistrado de Tribunal Superior).—Casación del procedimiento..... 1011

Gómez Arrubla Antonio contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 1232

Gómez de Lavalle Simón y otros contra la Nación—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 677

Gómez Gustavo contra Elena Gutiérrez Montejo de Torres.—Se niega la solicitud de reposición del auto por medio del cual se resolvió sobre la aclaración de una sentencia 464

Se niega la solicitud de que se declare nula

Págs.

la sentencia dictada en el negocio a que se refiere el aparte inmediatamente anterior de este Indice 467

No se considera la reposición solicitada contra el auto anterior..... 467

Gómez R. Absalón contra Edmond Zaccour. Ordinario. — Indemnización de perjuicios ocasionados durante la construcción de un edificio 197

Gómez Rodríguez Alberto (ex-Juez Penal de Circuito).—La Sala se abstiene de conocer del proceso que por detención arbitraria se adelanta a aquél..... 1045

González M. Roberto contra Municipio de Medellín. — Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 349

Goyeneche Juan Nepomuceno contra Bernarda Goyeneche.—Ordinario. — Se interpreta el artículo 351 del C. J. en relación con los recursos interpuestos sin revalidar el papel común..... 82

Guarín Porras Flor de María contra Municipio de Málaga.—Ordinario.—Indemnización por trabajos públicos..... 159

Guerrero Fonseca Nicolás contra la Nación. Incidente de liquidación de la sentencia.. 635

Gutiérrez Alzate Vicente contra María Angel v. de Angel. — Ordinario.—Simulación de una compraventa 920

— H —

Hernández González Guillermo. — Casación por homicidio 977

Hernández José de los Santos.—Casación por homicidio 293

Hernández Márquez Luis Carlos y otros contra Mercedes Ríos de Quiceno.—Ordinario. Dominio 447

Hernández Moré Cenón (Juez de Circuito). Se revoca la providencia consultada..... 964

Págs.

Herrán Scarpetta Diomedes contra la Nación.—Ordinario. — Pago de una renta de capellanía laica redimida 1227

Herreño Merchán Diógenes contra Rafael Sánchez Castro.—No se admite el desistimiento del juicio 549

Hurtado T. Luis contra Gabriel Hoyos Botero y otro.—Ordinario.—Nulidad de una permuta 836

— I —

Iglesias Luis Carlos contra "Sociedad de capitalización y ahorros Bolívar".—Ordinario, sobre pago de una suma de pesos.... 744

Se resuelve la solicitud de aclaración del fallo de que trata el aparte anterior..... 753

"Industria de Construcciones Catroconcreto Ltda." contra Departamento del Tolima. Acción exhibitoria e inspección ocular.... 1266

Infante Nicolás y otros.—La Sala se inhibe de conocer de un incidente de colisión de competencias 538

Insignares Miguel contra Raymon Concrete Pile Company of South America.—Ordinario. — Laboral 1150

— J —

Jaramillo de Uribe Lía y otros contra la Nación. — Ordinario. — Indemnización de perjuicios por accidente aéreo..... 1157

Jaramillo V. Raúl contra la masa de la quiebra de "Cías. Unidas de Transportes, S. A."—Ordinario. — Laboral..... 1137

Jiménez José Antonio.—Casación por detención arbitraria 998

Jordán Miguel y otro contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 1261

Págs.

— L —

Ladrón de Guevara Carlos. — Cesación del procedimiento 1028

Laserna José Miguel y otro contra la Nación.—Ordinario. — Cumplimiento de un contrato 178

Latorre U. Luis Felipe (Presidente de la Corte Suprema de Justicia).—Estudio sobre reducción del término de las prescripciones treintenarias 3

"Lemps & Cía." contra Municipio de Cali. Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 660

León de Alvarez Garzón Paulina y otros contra la Nación.—Ordinario. —Propiedad de unos yacimientos de azufre..... 1171

Ley 25 de 1923 (orgánica del Banco de la República).—La Sala se abstiene de conocer de la demanda de inexequibilidad formulada contra dicha Ley..... 722

Lince de Vásquez Susana contra Municipio de Medellín.—Indemnización por trabajos públicos 345

Lizarazo Alcibíades.—Cambio de radicación 541

Loewy Emilio.—La Corte declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal, para separarse del conocimiento del negocio que sobre quiebra se le adelanta a aquél..... 612

Loewy Emilio.—Quiebra. — Impedimento de un Magistrado para conocer de este negocio 118

Lomónaco Rafael contra Juan Cuesta Bernett.—Ordinario. — Rceurso de hecho.... 208

López José A. contra Sociedad "Pizano Hernández & Cía." — Ordinario sobre pago de prestaciones e indemnización por mora.. 550

López Lozano César.—Proposición aprobada en Sala Plena por la cual se deplora su fallecimiento 707

López Ochoa Serapio.—Casación por homicidio 307

Lozano B. Alfredo y otro contra Municipio de Neiva. — Indemnización por trabajos públicos 1239

Lozano Blanca Dilia contra Herederos de Alfonso Rodríguez.—Ordinario. — Recurso de hecho 475

— LL —

Llanos Montes Rafael y otro contra Municipio de Barranquilla.—Ordinario.—Indemnización de perjuicios 787

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla. — Recurso de queja.—La Corte se inhibe de conocer de la formulada contra éstos 714

Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona.—Se resuelve que no es el caso de abrir investigación penal contra éstos.... 122

Malo de Nieto Isabel y otra contra la Nación.—Ordinario.—Resolución de una promesa de compraventa 174

Marín Juan de J. contra Departamento de Caldas.—Ordinario — Reivindicación..... 387

Mariño Parra Francisco. — Ordinario.—Recurso de hecho 433

Martínez Martelo Juan B. contra Municipio de Barranquilla.—Indemnización por trabajos públicos 623

Marulanda González Bernardo de Jesús contra "Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, S. A."—Ordinario. — Laboral..... 1115

Matéus José Joaquín.—Queja..... 195

"Max Borrero e Hijo, Ltda." contra la Na-

Págs.

ción. — Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 381

Medina Herrera Manuel y otros contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 396

Mejía Rivera Bernardo (ex-Gobernador de Caldas). — Sobreseimiento definitivo por calumnia e injuria..... 125

Mejía v. de Restrepo Ana, comunera con la Sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", en liquidación, contra Pedro Luis Restrepo Botero y otros.—Ordinario—Propiedad y reivindicación de unas minas de carbón 84

Meluk Aluma Gabriel (ex-Magistrado de Tribunal)—Se sobresee definitivamente en su favor 1079

Méndez de Metke Matilde contra José Gregorio Reyes R.—Ordinario.—Propiedad de unos derechos herenciales 826

Ministros de Gobierno, Justicia y Trabajo. Proposición de reconocimiento aprobada en Corte Pelna, por la labor desarrollada por aquéllos en beneficio de la administración de justicia 424

Minotta Palomino Juana y otros contra Julio César Girón y otros.—Ordinario sobre pertenencia 228

Moncayo Francisco de P. contra Sucesión de Josefina Moncayo de Guerrero. — Ordinario. — Reivindicación 815

Montiel González Manuel Salvador y otro. Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por la Gobernación de Córdoba..... 984

Montoya Agustín contra Uladislao Montoya Hurtado.—Ordinario. — Nulidad de una escritura 267

Mora de Beaine Rosa Atilia contra Flaminio Mora y otra. — Ordinario.—Simulación de un contrato de compraventa..... 278

Págs.

Moreno Luis Ernesto contra Eliseo Moreno Aguirre.—Ordinario. — Laboral 1122

Moreno M. Hernando contra Hans von Mellenthin—Ordinario.—Cobro de honorarios profesionales 881

Municipio del Cerro de San Antonio contra la Nación.—Propiedad del subsuelo petrolífero 1196

Municipio de Salamina contra la Nación.— Se declara la nulidad de lo actuado, a partir de la diligencia de inspección ocular, por falta de citación de la Nación demandada 621

Muriel José Ciro.—Recurso de revisión..... 510

— N —

Naranjo González Salvador y otro. — Casación por lesiones personales..... 285

— O —

Ordóñez Mutis Emilio y otro contra Departamento de Santander.—Indemnización de perjuicios ocasionados por un disparo de revólver 1270

Orjuela Luis A. y otros contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 1254

Ortiz C. Antonio contra Cayetano Castro.— Ordinario. — Laboral..... 1112

— P —

Pacheco García Nicolás y otros.—Colisión de competencias 300

Paláu B. Eduardo contra Ricardo Velásquez y otra.—Ordinario. — Reivindicación..... 894

Palma Angel María.—Sucesión.—Se desatan las objeciones formuladas a la partición.. 757

Pardo Castañeda Alvaro contra Sociedad

Págs.

Matera & Lajud Ltda. — Ordinario. — Laboral 1125

Parra García María (como madre de sus menores hijos Berta Cecilia y Alba Mª) contra Eduardo Caicedo Melo. — Ordinario.— Filiación natural 241

Páez R. Néstor contra la Nación. — Indemnización de perjuicios causados por un disparo de fusil..... 1182

Paz Sarmiento Zoila Rosa contra Municipio de Popayán.—Indemnización por trabajos públicos 169

Peraza Manuel M. contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 642

Perea C. Juan B.—Cambio de radicación... 1038

Pérez Miguel María contra Juan Manuel Pabón y otros. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa..... 479

Pérez Sotomayor Pedro (ex-Juez 4º Superior de Bogotá).—Sobreseimiento definitivo por prevaricato y abuso de autoridad. 111

Pérez v. de Camacho María (en su carácter de cónyuge supérstite y como representante legal de su menor hija María Rebeca) contra Víctor J. Camacho y otros.—Ordinario. — Nulidad de testamento..... 209

Presidente de la República.—Proposición de saludo aprobada en Sala Plena..... 423

— Q —

Quintero Martínez Miguel. — Cambio de radicación 536

— R —

Ramírez Gómez Francisco contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 402

Ramírez Montoya Félix Antonio.—Casación por lesiones personales 312

Rengifo Arcesio y otros.—Cambio de radicación 318

Renza Francisco Antonio contra Municipio de Palmira.—Se confirma el auto que declaró inadmisible la causal de recusación formulada contra un Magistrado..... 665

Reorganización de la Corte Suprema de Justicia.—Cartas cruzadas entre el Excelentísimo señor Presidente de la República, algunos juristas de Antioquia y los miembros del Colegio de Abogados del mismo Departamento 418

Repartimiento General de Sala Plena..... 425

Repartimiento General de la Sala de Casación Civil 428

Repartimiento General de la Sala de Casación Laboral 544

Repartimiento General de la Sala de Casación Penal 505

Repartimiento General de la Sala de Negocios constitucionales 426

Repartimiento General de la Sala de Negocios Generales 567

Restrepo Francisco Eladio y otras contra Municipio de Medellín. — Indemnización por trabajos públicos 352

Robles Graciliano Ascanio y otro.—Casación por homicidio 1070

Roca v. de Cepeda Sara Isabel contra la Nación.—Indemnización por trabajos públicos 633

Rochels S. Luis Enrique.—Faltas en el ejercicio profesional 188

Rodríguez Gómez Ignacio contra "Cooperati-

Págs.

de Trabajadores de Avianca, Ltda."—Ordinario sobre prestaciones e indemnización 560

Rojas Cipriano contra Antonio Martínez.—Ordinario. — Reivindicación 859

Rojas Córdoba Angel.—Faltas contra la ética profesional 145

Rojas O. Gerardo contra Consejo Administrativo de de los FF. CC. Nacionales.—Ordinario. — Indemnización de perjuicios.. 149

Rojas Peña Acisclo (ex-Juez de Circuito).—Cesación del procedimiento por prescripción de la acción 534

Romano Armesto Carlos contra la Nación.—Ordinario, sobre propiedad del subsuelo petrolífero 572

Romero Aguirre Alfonso contra Víctor Oppenheim T.—Ordinario. — Cobro de unos honorarios profesionales 441

Romero Javier contra Sucesión de Calixto Romero.—Ordinario. — Simulación y restitución de unos bienes..... 492

Ruiz T. Mario Enrique.—Se le niega la libertad incondicional solicitada..... 291

— S —

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Jaramillo Giraldo, en el fallo de 19 de diciembre de 1956, de la Sala de N. G. 1276

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de 1º de diciembre de 1956 de la Sala de N. G..... 1216

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de 10 de diciembre de 1956 de la Sala de N. G.... 1236

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de 14 de diciembre de 1956 de la Sala de N. G..... 1258

Págs.

Sánchez de Sánchez Elvira contra José Acevedo Camacho.—Ordinario.—Se admite el recurso de casación 436

Sánchez Molina Pedro Ricardo.—Se revoca la absolución decretada en su favor, en el proceso que se le adelanta por faltas contra la ética profesional..... 1085

Sánchez Rodríguez Marco Emilio.—Recurso de revisión 302

Sardi de Tenorio Silena contra la Nación.—Indemnización por trabajos públicos..... 361

Serna Juan de la Cruz y otros.—Colisión de competencias 1052

Silvera Polo Rafael contra Empresa de Confites "El Dromedario, Ltda." — Ordinario. No se admite el recurso de casación interpuesto 1101

Sindicato Ferroviario de Cúcuta contra Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. Recurso de homologación contra el fallo arbitral 1090

Sociedad American International Underwriters de Colombia, Ltda. (en representación de la Firemen's Insurance Company of Newark, New Jersey) contra Departamento de Antioquia.—Ordinario.—Repetición de lo pagado al damnificado por concepto de seguro..... 1219

Solano Manrique Ignacio y otra contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero 684

Solarte Hurtado Alfonso (ex-Juez de Circuito).—Se confirma el sobreseimiento definitivo 967

Strizeo Adum Antonio contra Roberto Parra Bernal.—Ordinario. — Laboral..... 1103

Suescún de Meck Lucrecia contra Municipio de Bogotá. — Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 391

Págs.

— T —

Tietjen González Carlos Augusto contra Alfonso Salazar Vásquez y otra.—Ordinario. Nulidad de una compraventa de derechos herenciales 908

Tovar Daza Juan y otros (Magistrados de Tribunal Superior).—Cesación del procedimiento) 958

Toro Patiño Gonzalo contra Gilberto Ceballos Cuéllar (menor representado por su madre natural Amalia Ceballos P.)—Acción de cobro de unos honorarios profesionales 50

Travecedo José Ramón (ex-Juez Civil de Circuito).—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor..... 1088

— U —

Unión Sindical de Choferes del Altántico contra Flota Verde Ltda. y otras.—Homologación 1120

"Urbanizadora Asturias Ltda." contra la Nación. — Indemnización por trabajos públicos 658

Uribe de Gómez Rosa y otra contra Pedro Uribe Mejía y otro. — Ordinario.—Rendición de cuentas 791

Uricoechea Mario (ex-Juez Municipal)—Cesación del procedimiento..... 954

—V —

Valdivieso O. Crisanto contra Departamento de Santander. — Indemnización por trabajos públicos 184

Valenzuela de Umaña Sofía de contra la Nación—Ordinario. — Pago de perjuicios.... 133

Valle O. Víctor G. contra María Ramos de Güete.—Ordinario. — Cobro de honorarios profesionales 220

Vargas José Vicente contra Departamento de Santander y otro.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos..... 331

Vieira Jaramillo Bernardo (Magistrado de Tribunal Superior).—La Sala se abstiene de investigar los hechos denunciados contra aquél 1057

Villa Mendoza Manuel (Magistrado de Tribunal Seccional del Trabajo). — Se inhibe la Sala de conocer de la denuncia formulada contra aquél 966

Villada Marco Tulio.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso que por el delito de homicidio se adelanta a aquél 516

Villamizar M. Juan Antonio contra Municipio de Bogotá.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 327

Villegas Aristizábal Oscar (Juez 1º Superior).—Se confirma el sobreseimiento definitivo ..... (7)

Villegas Aristizábal Oscar (Juez 1º Superior).—Se confirma la cesación del procedimiento 1004

Villegas Luis Carlos contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios causados por incendio 336

— Y —

Yepes Velilla Nina contra Departamento de Antioquia—Incidente de ejecución de sentencia proferida por la jurisdicción contencioso-administrativa. — Nulidad..... 1167

— Z —

Zarama de Luna Amalia contra Antonio Santacruz y otra.—Ordinario.—Simulación... 869

Zuleta Marín Fabio de Jesús.—Casación por homicidio 524

ERRATAS ADVERTIDAS

Pág. 278, columna 1ª, renglón 26, dice: "LXXV"; léase: **LXXVI.**

Pág. 281, columna 1ª, renglón 3, dice: "La ley 69"; léase: **La ley 68.**

Pág. 281, columna 1ª, renglón 24, dice: "noviembre 16 de 1936"; léase: **noviembre 16 de 1953.**

Pág. 312, columna 1ª, renglón 26, dice: "la proposición"; léase: **la proporción.**

Pág. 492, columna 2ª, último renglón y pág. 493, columna 1ª, primer renglón, dice: "así como son transmisibles las penas o sanciones"; léase: **así como no son transmisibles las penas o sanciones.**

Pág. 558, columna 2ª, renglón 15, dice: "laborla"; léase: **laboral.**

Pág. 559, columna 1ª, renglón 26, dice: "labor la par"; léase: **laboral para.**

Pág. 703, columna 1ª, renglón 36, dice: "Bedoya"; léase: **Bayona.**

Pág. 780, columna 1ª, primer renglón, dice: "de esta figura del mandante sin representación"; léase: **de esta figura del mandato sin representación.**

Pág. 859, Título, dice: "Los artículos 209 y 593 del Código Judicial no son disposiciones sustantivas para efectos del recurso de casación" debe entenderse en el sentido de que el artículo 593 no es disposición sustantiva, mientras que el 209 sí lo es.

Pág. 908, columna 1ª, renglón 13, dice: "demandante"; léase: **demandado.**

Pág. 984, columna 1ª, numeral 1º, renglón 7º, dice: "a otros señalados en la ley"; léase: **a otros no señalados en la ley.**

Pág. 1137, columna 1ª, renglones 39 y 40, dice: "relacionado"; léase: **relacionando.**